

# 体系的にみた水利権

法律ができる以前から、人は水を利用し、また、水を利用するための秩序を形成してきました。

歴史的・社会的に生成されてきた水利権の権利は、

地域社会の慣習に基づいて成立しているため、慣行水利権と呼ばれています。

消費型で受益者が明確である水利権を中心に組み立てられてきた、

従来の水利使用許可制度。

環境用水や小水力発電用水という〈非消費型〉の水利使用の登場によって、

この制度は新たな局面を迎えています。



## 宮崎 淳

みやざき あつし  
創価大学法学部教授

1964年生まれ。1993年創価大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学。創価大学助教授、英国ケンブリッジ大学客員研究員を経て、2007年より現職。専門は、水法、民法。

主な著書に『水資源の保全と利用の法理——水法の基礎理論』（成文堂 2011）、『レクチャー民法学 債権各論』（成文堂 2006）ほか

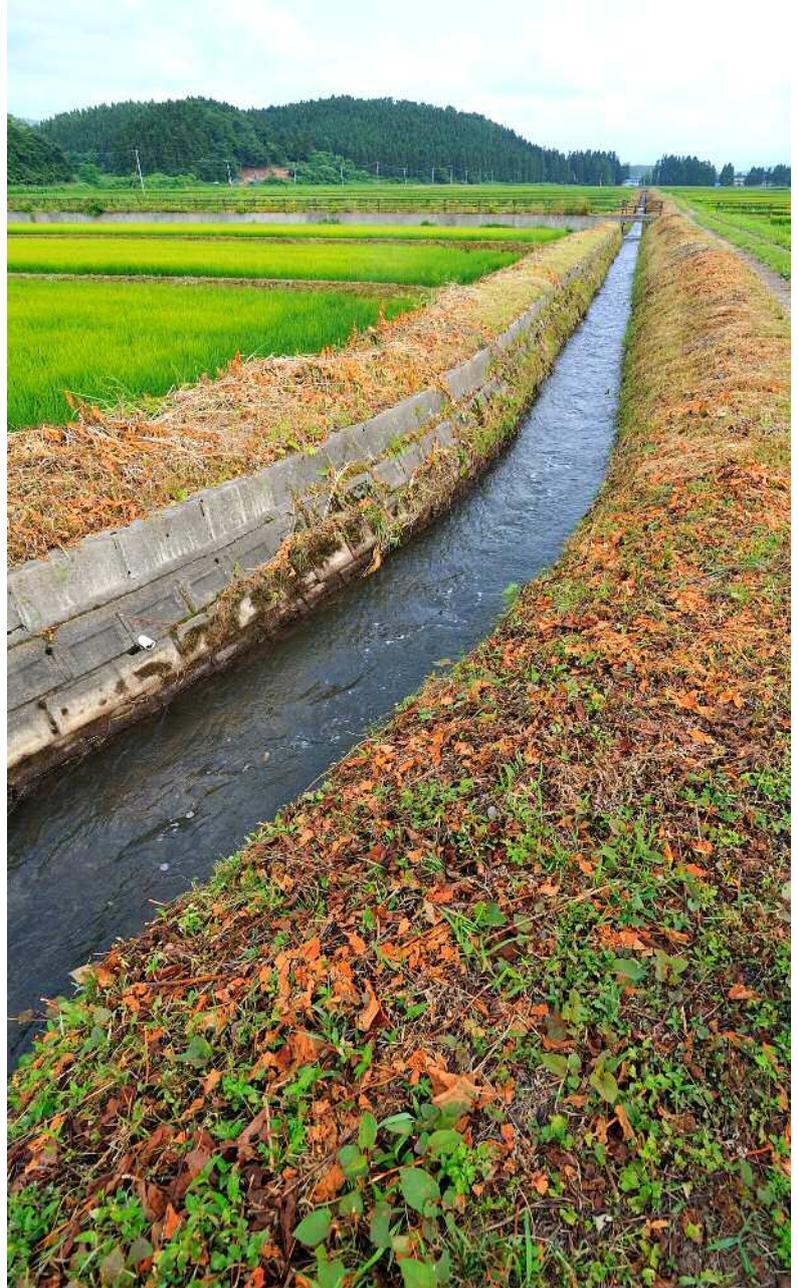
## 小水力発電と水利権

小水力発電を行なうときに、必ず言われるのが「水利権の壁」です。河川法施行令2条3号は、発電のための水利使用については規模の大小にかかわらず、すべて特定水利使用とする旨を規定しています。河川に工作物を設置して行なう水力発電は、河川の自由使用の範囲を超える水利使用であるため、河川管理上の支障の有無をチェックする必要があります。

したがって、小水力発電についても河川法による許可を受けなければなりません。この許可は、河川法23条に定める「流水占用の許可」であり、いわゆる「許可水利権」といわれるものです。

小規模の水力発電でも「流水占用の許可」が必要であることには変わりなく、大規模なダムを建設して行なう水力発電と同様な手続きを経なければならぬことになります。しかしながら、2002年（平成14）に制定された「電気事業者による新エネルギー等の利用に関する特別措置法」（通称RPS法）により、河川管理者は小水力発電に関する許可水利権について、その手続きを緩和しました。RPS法によって、一定割合以上の新エネルギーを導入することが義務づけられたことを受けて、小水力発電を促進するためです。

そこで、小水力発電用の許可水利権に関する手続きの緩和の背景を探りつつ、近時の水利使用許可制度の動向について考えてみたいと思います。



特定水利使用  
水利使用で河川法施行令2条3号に掲げるものを特定水利使用という。特定水利使用に関する河川法23条、24条、26条1項等に基づき処分にあたっては一級河川においては権限を都道府県知事に委任せず、国土交通大臣等が自ら処分を行なう等としている。

## 水利権とは

そもそも水利権とは、どのような権利なのでしょうか。簡単に言えば、特定目的のために必要な水を継続的、排他的に利用することができる権利といえます。したがって、河川法の存在の有無にかかわらず、農業用や飲料用などのような特定目的のために必要な、河川の流水を継続的、排他的に利用している場合には、水利権が成立していると考えられます。

水利権は、河川法のような制定法によって創設された権利ではありません。歴史的・社会的に生成された権利、つまり地域社会の慣習に基づいて成立した権利なのです。これを慣行水利権といっています。水利権という用語には、流水使用権、公水利権、水利使用権、用水権などさまざまな呼び方があります。このような多様な呼称があることから、水利権が制定法によって定義、創設された権利ではないということがわかるのではないのでしょうか。

水利秩序という視点からみれば、

法律ができる以前から、人が水を利用していて、その人たちによって水を利用する秩序が形成されてきたのです。主要な河川の流水については、江戸期以前より農業用水を中心とした水利秩序が網羅されていたといわれています。

### 旧河川法と現行法

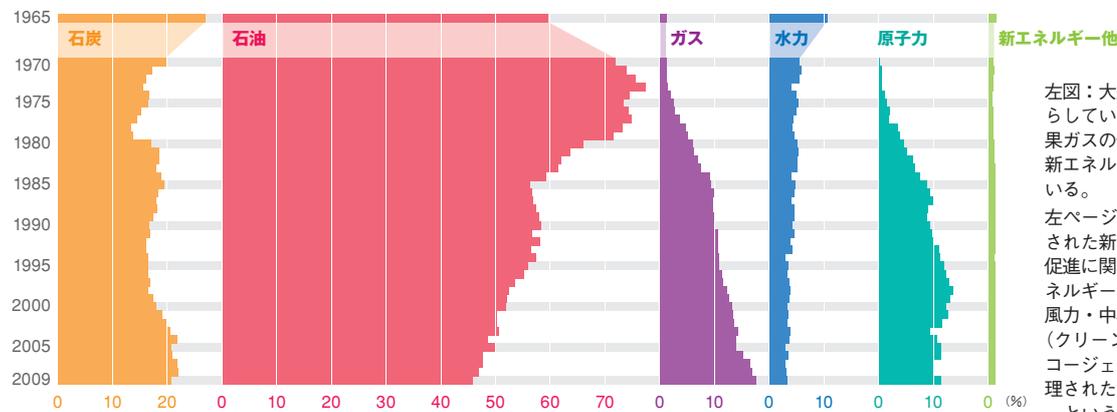
1896年（明治29）旧河川法が制定されたときに、このような慣行水利権は、同法の許可を得たものとみなされる「みなし水利権」と位置づけられ、許可水利権と同じ法的地位が与えられた。また、古田（こでん）優先主義や上流優先主義のような考え方にもみられるように、慣習に基づく水利秩序を尊重して制度運用されてきた。

「みなし水利権」としての慣行水利権  
旧河川法施行の際に、現に流水を使用していた者で、旧法施行規程11条1項により旧法18条の許可を受けたものとみなされる場合をいう。

旧河川法は、治水に主眼を置いた法律でした。1964年（昭和39）には、利水面を充実させた現行河川法が制定されます。同法の利水関係の諸規定によって、現在の水利使用許可制度ができあがりました。現行法23条は、河川の流水を占有しようとする者は、河川管理者の許可を受けなければならないと規定し、一級河川については河川管理者である当時の建設省が水利権の許可権者となったのです。

### 河川法改正

近時では、環境保護意識の高揚に伴い、身近な都市水路や河川などにも清流を取り戻し、水環境を整備・保全していくという市民の要望が強くなってきた。このよう



### エネルギー供給構成比の推移

〔EDMC / エネルギー・経済統計要覧(2011年版)〕(財)日本エネルギー経済研究所をもとに編集部で作図

左図：大規模水力発電も、その割合を減らしていることがよくわかる。温暖化効果ガスの発生を減らすためにも、水力や新エネルギーを増やすことが求められている。

左ページ：2008年（平成20）4月に改正された新エネ法（新エネルギー利用等の促進に関する特別措置法）により、新エネルギーの概念は供給サイド（太陽光・風力・中小水力発電など）と需要サイド（クリーンエネルギー自動車、天然ガスコージェネレーションなど）に分けて整理された。その結果、再生可能エネルギーという大きなくくりの中で、「普及のために支援を必要とするもの」が新エネルギーとして位置づけられた。

### 環境用水の誕生

女環境保護の潮流を背景にして、1997年（平成9）に河川法が改正され、従来の治水と利水に加え、「河川環境の整備と保全」が同法1条の目的に追加された。この改正は、治水、利水、水環境という河川に関する三つの水秩序について、河川管理者の権限が及ぶことを認めたという意味を持つ。

河川法改正によって、環境のための水利用に関する論議は、より現実味を帯びるようになりました。2006年（平成18）3月、国交省は「環境用水に係る水利用許可の取扱いについて」という通達を発出し、環境用水としての水利用を許可する制度を創設しました。この通達では、環境用水とは、「水質」〈親水空間〉〈修景等生活環境〉または〈自然環境〉の維持、改善等を図ることを目的とした用水と定義されています。

許可水利用権として認められる水利用の基本的な性質には、水を消費すること、権利主体が特定していること、権利者が受益することなどが挙げられます。農業用水を例にとると、土地改良区などの特定の団体が、農業用に水を消費し、受益していると考えられるわけです。

ところが、環境用水は、水を消費しない非消費型の水利用ですから、基本的な性質から外れた水利用の形態に属することになります。

今までとはまったく違った水利用の形態が、認められるようになってきたといえるでしょう。

新しいタイプの水利用については、従前の水利用許可制度の中で、それをどのように位置づけていくかが問題となります。非消費型の水利用である小水力発電用水についても、同様の課題があるといえます。したがって、小水力発電の許可水利用権を検討する際には、小水力発電用水だけをみるのではなく、環境用水も視野に入れながら、水利用許可制度の運用のあり方を考えていく必要があると思っております。

### 環境用水の特徴

環境用水の特徴は、第1に「引水プロセスの目的化」にあると考えられます。水の消費が目的ではなく、ある空間における水または水流の存在自体が、権利目的となっているのです。今までは、河川から取水した水を消費し、それによって受益している人または団体が水利用の主体となっており、水の消費が許可されてきました。つまり、水を引いてくるプロセスは権利の内容とされていなかったのです。

ところが、水を水路などに流すことによって、生活・自然環境の維持、改善を目的とする水利用が

# 新エネルギーの概念

「総合資源エネルギー調査会新エネルギー部会(第37回)」  
(2009年(平成21))資料をもとに編集部で作図

## 再生可能エネルギー

エネルギー源として持続的に利用することができ、  
利用実効性があると認められるもの

### 大規模水力

(波力発電)

(海洋温度差熱発電)

## 新エネルギー

再生可能エネルギーのうち、その普及のために  
支援を必要とするもの

太陽光発電

太陽熱利用

風力発電

バイオマス発電

バイオマス熱利用

バイオマス燃料製造

温度差熱利用

雪氷熱利用

中小水力発電(1000kW以下)

地熱発電(バイナリ方式)

## 革新的なエネルギー高度利用技術

再生可能エネルギーの普及、エネルギー効率の  
飛躍的向上、エネルギー源の多様化に資する新規  
技術であって、その普及を図ることが特に必要  
なもの

### エネルギー効率の飛躍的向上に資する新規技術

定置用燃料電池、ハイブリッド自動車、天然ガスコー  
ジェネレーション、ヒートポンプ、石油残渣ガス化技  
術(IGCC、IGFC等)、クリーンコール技術(炭酸ガス  
化(IGCC、IGFC等))

### エネルギー源の多様化に資する新規技術

クリーンエネルギー自動車、GTL製造技術、DME製  
造技術、非在来型化石燃料利用技術(メタンハイ  
ドレートの利用技術、オイルサンド等超重質油の効  
率的分解技術)

認められることになったわけです。これは、水または水流の存在自体を、水利使用の目的としていることにほかなりません。環境用水の概念は、まさしく水循環の一過程を水利権の客体に取り込むことであり、水循環の考え方に適合したものであると思います。

第3として、受益者に水利に伴う収益が生じない点、第4として、人の生存に不可欠な水利ではないため、市民生活への影響は間接的であるという特徴があります。このような特殊性を有する環境用水は、水が余っているときに限って水利使用を認める「豊水水利権」としても許可できることになっていきます。

## 小水力発電用の水利使用

小水力発電用の水利使用については、2005年(平成17)と2006年(平成18)に国交省が通達を出しました。すなわち、「他の水利使用に従属する水利使用に係る添付図書の省略等について」と「他の水利使用に従属する水利使用に係る許可処分の対象範囲について」です。これらを見ると、環境用水の制

度創設と並行して、小水力発電用水の許可手続きが緩和されてきたことがわかります。前述したように、河川の水を使用して小水力発電を行なう場合は、原則として水利使用許可が必要ですが、2002年のRPS法により、一定割合以上の新エネルギーを導入することが義務づけられたため、小水力発電用水についても許可手続きが簡素化されました。

新エネルギー

風力・太陽光・地熱・水力(水路式の1000kW以下)・バイオマス・石油を熱源とする熱以外のエネルギー

しかし、これは他の水利使用に従属した水利使用の許可手続きに限られています。例えば、農業用水として既に水利権を取得している場合において、田んぼに水を引いてくる途中で小水力発電を行なうときには、許可のための手続きを簡便にするということです。

そしてこの1年後には、もう一段階進めて、許可を受けた他の目的を完全に果たしたあとの水を使用する場合には、許可も必要ないという場合があります。たとえば、排水路のみ機能をもっている水路において小水力発電をする場合には、許可は不要となります。

前者の通達では、他の水利使用に従属した水利使用であったとしても、当初の水利使用の目的がまだ達成されていない以上、目的外取水を防止し、水利使用の秩序を保持する必要があることから、別途の許可処分を要するが、その許可の申請手続きは簡略化できるとしています。

その一方で、後者の通達では、既に許可を受けた他の水利使用の目的を完全に達成したあとで、その水を利用する場合には、他の水利使用に支障をきたさないため、別途の許可処分を要しないと捉えています。

小水力発電のために送ろうと努力するでしょう。そのような努力は、結果的に河川への還元水の増加をもたらすし、河川環境を改善することにつながるという現実的な効果にも着目していると思うのです。

## 体系的な水法の必要性

水利権制度の理解が難しいのは、歴史的・社会的に生成されてきた慣行水利権を中心とした水利秩序について整合を図る必要があるからです。つまり、ダムや河口堰を建設する水資源開発によって創出された水利権について、慣行によって生成されてきた水利秩序の中に位置づけることが求められるからであると思います。

水に関する慣習法、判例法、制定法などを一つの法秩序として体系的に捕捉することが、水資源の保全と利用を調和させるためには不可欠であると考えています。

水に関する法の体系化、つまり体系的な水法の構築のためにも、水に関する法秩序を体系的にとらえる眼とバランス感覚を、常に持ち続けていきたいと願っています。

取材：2011年9月1日

