

農業水利権の概念とその主体

MORI, Minoru / モリ, ミノル / 森, 實

(出版者 / Publisher)

法政大学社会学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

社会労働研究 / Society and Labour

(巻 / Volume)

39

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

68

(終了ページ / End Page)

103

(発行年 / Year)

1993-02

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00018663>

農業水利権の概念とその主体

森

實

問題の所在

一 農業水利権の概念

1. 従来の水利権概念

(一) 水利権の水量

(二) 興業政策による公害の発生

2. 水質悪化と保水・親水

(一) 公害の一般化と環境保全政策

(二) 環境保全と保水・親水——親水権の提起

(三) 用排水の分離

3. 新水利権の概念

二 農業水利権の主体と農業水利資産

1. 水利権の性質及び主体

2. 農業水利資産としての水利権

(一) 調査会の「調査方法」に関する答申

(二) 調査会の「維持管理方式」に関する答申

三 水利権の主体と水利施設所有権の分離

〔本稿は、一九九一年度法政大学国内研究員制度による研究成果の一部である。内容については、農業水利合理化研究会及び日本農業法学会で報告・討議を経たが(『農業法研究』27)、資料の掲出等、若干の加筆を施した。〕

問題の所在

現代では、遅まきながら、地球規模で環境問題が論じられている。これまで環境を破壊し汚染し続けてきた企業でさえも、コーポラル等で自然や環境の保護を言わなければならない時代である。農業水利権にとっては、水量の問題にもまして水質保全が急務となってきた。

これまで農業水利権について若干の勉強をしてきたが、特に行政実務を視野に入れると、分かりにくい部分が多い。慣行水利権よりも許可水利権の方がかえって分かりにくいように思う。一九九一年春の日本農業法学会において稲本洋之助会員から「水利権の二極構造から三元構造」論ないし「水利権の管理所有」という問題が提起されている。これは稲本氏が「農業水利問題検討委員会」(日本農業土木総合研究所)においても既に報告・討論されたものであり、私もその委員会の末席にいたことから、厳しく意見を求められた。しかし、私は即答を保留したまま今日に到っている。稲本試論は、許可水利権だけを問題にしており、(他種水利権についてはともかく)慣行水利権については全く触れられていないからである。農業水利権については、慣行水利権を抜きにしては語れない。農業水利権の大半以上は慣行水利権が占めているからである(現在の数字を詳らかにしない。いささか古い数字に、農林省構造改善局「農業用水実態調査一九七七年」がある)。

慣行水利権が不合理・不分明であるという指摘は、既に大正期から他種水利側から執拗になされてきた。そこには水利権の不合理と水利の不合理という概念の混同があるのであるが（森『水の法と社会』七頁以下参照）、河川管理者が水利権を合理化するために用いたのが、いわゆる「水利権の切替え」政策である。すなわち、不合理な慣行水利権を合理化するために、水利事業を契機として、従来の慣行水利権を権利者から放棄せしめて許可水利権に切替えるのである。これを更に押し進め、切替えられた許可水利権を従来の利水農民団体に代わって国¹農林水産省（又は県・公団）が保有したならば一層合理化できるのではないか。このような行政実務の要請が、水利権の管理所有の問題である。

本稿では、二つの問題について述べる。一つは、水利権の概念規定に水質を盛り込むことの提案である。一つは、右の稲本試論への回答に代えて、水利権の保有主体は誰かという問題である。後者については、農業利水団体の法的性格その他——今後増加が予想されるいわゆる請負耕作において、特に企業がこれに参加する場合、彼らは水利権を有しないこと等——論ずべき事項が少なくないが、今後の課題とした。

一 農業水利権の概念

1. 従来の水利権概念

水利権は用水権ないし流水使用权・流水占用権・水利使用权などともいわれたりする。その根拠は、水利慣習又は所管行政庁（河川管理者¹建設大臣又は都道府県知事）の設権処分であるが（河川法二三条、八七条）、水利権という用語は、法学界に定着したところの慣用語の一つである。⁽¹⁾

水利権はその使用目的に従い、農業水利権、水道水利権、発電水利権、工・鉱業水利権などとよばれているが、その概念規定については、必ずしも明確ではない。例えば、「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」であり、農業水利権とは①「農業用水のための水利権で、主として、灌漑のために用いられる」という⁽²⁾。あるいは、②「農業水利権とは狭義には「灌漑の目的のために、流水を利用する権利」で、広義には「農業用の目的のための排水権を含む」といい、⁽³⁾あるいは、③「河川農業水利権とは、「河川の流水を灌漑のために継続排他的に使用する慣行に基づく権利」とする者もある⁽⁴⁾。これに対して、水利権とは主として公水を排他的に利用する権利で、④「農業水利権とは主としてあるいは専ら灌漑排水を目的として、一定量の水を排他的に利用しうる権利」ともいう⁽⁵⁾。農業水利権について言えば、③は慣行に重点を置いているので、この概念規定は許可水利権には妥当しない。又、一般には「水量」を問題としていないし、水利権の目的を「主として灌漑」とするのに対し（渡辺説は排水を広義の農業水利権という）、④では水量が明確に意識されていること、灌漑のみならず排水をも含めているところに違いを見出すことができる。しかし社会経済の発展は、④のような水利権の概念規定をもつてしても、なお満足しえくなくってきているかのように見える。いわゆる公権論・私権論というような古典的な論争を別としても、水利権の概念を再検討すべき時機にあるようである。

結論を先にすれば、「農業水利権とは主としてあるいは専ら灌漑排水を目的として、一定量・一定質の水を排他的に利用しうる権利」と規定すべきである。

(一) 水利権の水量

水利権が、特にそれが侵害された場合の救済のために、実務上及び学説上、物権ないし準物権として、或いは少な

くとも法律上保護すべき利益として取り扱われていることについて異論はない（物上請求権に基づくか、河川法上の規定に依るかは別として）。しかし水利権の概念を従来のように規定するとすれば、これは水利権の「水量」にのみ着眼してのこのように思われる。前時代の水論も近代以後の水利紛争も、結局は取水量をめぐる争いに還元されるものがほとんどを占めている。

河川法二三条による流水占用の「許可申請書」（同法施行規則二一条の別記様式第八、乙の一）をみると、その必要的記載事項として「取水量等」が大きな比重を占めている。そこでは――

かんがいのためにする水利使用にあつては、しろかき期その他の期間別の最大取水量（最大取水量に八六、四〇〇秒を乗じて得た量と一日最大取水量とが異なるときは、最大取水量及び一日最大取水量）を記載し、かつ、かんがい面積を付記すること

とされている。必要取水量は灌漑面積及びその減水深に主として規定されるという考え方の表現である。⁽⁶⁾

しかし今日における社会経済の発展は、水利権を水量のみの問題とする考え方に修正を求めている。すなわち水利権は、水量の問題であると同時に水質の問題でもあると考えるべき時期に來ていると思われる。

以下に、その簡単な理由を陳べて見たい。

(二) 興業政策による公害の発生

わが国では、渡良瀬川及びその流域を足尾銅山の鉱毒で汚染した事件が、公害の原点とされている。⁽⁷⁾

一般的には第一次大戦後の都市化・工業化の頃から、既に河川及び水の汚濁が目立ってきている。例えば、安田正鷹『河水統制事業』（常磐書房）は、一九三八年（昭和一三年）の刊行であるが、その序文に「今日水を利用するものは、

二つの事項に関して悩みを持ってゐる。その一つは水量に関するものであり、他の一つは水質に関するものである」と述べ、当時既に水質悪化が水問題にとってかなり深刻であったことを窺わせる（但し、該書本文には水質の問題に関する記述は全くない）。「黒い川」事件というのがある。これは国家総動員法による国策統制パルプ会社旭川工場が、昭和五年八月操業開始し、同工場がたちまちのうちに石狩川を黒褐色に染め、同川から農業用の取水をしていた神竜・深川・空知の三土功組合↓土地改良区が、同工場及び合同酒精（株）に汚濁水防除施設の整備を求めて、道庁にその行政指導を仰いだ事件である。この問題は、敗戦を挟んで昭和三八年にやっと妥結した。⁽⁸⁾

第二次大戦以後は、このような一般的傾向がさらに激化する。特に国土総合開発法（昭和二五、法二〇五）に基づく「特定地域総合開発計画」以後である。⁽⁹⁾

自然―河川にはもともと自浄作用が働きはするが、自浄能力の限界を越えて汚染し続けると、ついに河川は死滅してしまうのみならず、自然生態系を破壊し、人の身体・生命を害することになることは言うまでもない。ここにいる水質の問題とは、公害―環境破壊との関連を想定しているので、河川や用水路へのゴミの投棄による景観・水流の阻害・閉塞という物理的な事項のみならず、水質・水色を化学的に汚濁する事項をも含む広い意味に使用している。冒頭に掲げた各水利権のうち、水色をも含めて水質に直接関係するのは、特に水道利用と農業利用である。一般に水は清澄であるべきであるが、水色がよくても、生物の生息を許さない水は各種の水利利用にも、いわゆる親水利利用にも不要なばかりではなく、むしろ有害と言わなければならない。

山形県最上郡金山町は「金山杉」と木造・白壁の家並で有名であるが、それを背景とする用水路には錦鯉が泳ぐ清流の町でもある。⁽¹⁰⁾そこでは、県内河川の水質汚濁源の五〇七割を生活排水が占めているとして、自治体及び住民が丸となって積極的に水質保全に取り組んでいる。例えば、金山川から引かれた水路の百m毎に水路を遮断するように

金網を設置する。網にかかったゴミを投棄したのはその百m区間の住民であるという推測が働くので、ゴミ投棄の抑止力になるというのである。⁽¹¹⁾

2. 水質悪化と保水・親水

(一) 公害の一般化と環境保全政策

一九六〇年代以後における日本経済の飛躍的發展と相まって、公害―水質汚濁等については忍容の限界を超えた（水俣病等、いわゆる四大公害訴訟を想起）。しかし産業の發展を追求するに急なるあまり、この問題に対する行政の対応は例によって緩慢であった。人の生命・身体を犠牲にし、環境を破壊してでも産業の發展を希求せざるをえないとする力が強く働いたからである。公害対策基本法以下一連の公害対策関係法が成立するのは一九六七年以降である。例えば――

「公害」とは……水質の汚濁（水質以外の水の状態又は水底の底質が悪化することを含む……）……によって、人の健康又は生活環境に係る被害を生ずることをいう。（公害対策基本法（昭和四二、法一三三）二条一項。「生活環境」には、人の生活に密接な関係のある動植物及びその成育環境を含むものとする（同法同条二項）。点線は引用者による省略部分、傍点は引用者、以下同じ）。

と規定している。公害は水質汚濁についてのみ発生するものではなく、従って同法二条一項はそのほかに、大気汚染、土壌の汚染、騒音、振動、地盤沈下（鉱物の掘採のための土地の掘鑿によるものを除く）及び悪臭を挙示しているが、ここでは水質だけを取り出した。政府はこれら生活環境保全のために「環境基準」を定めるものとした（同法九条）。しかし基本法行政ではその実効を期すことができない。三年後には水質汚濁防止法（昭四五、法一三八）の制定を余儀

なくされた。すなわち――

この法律は、工場及び事業場から公共用水域に排出される水の排出を規制すること等によって公共用水域の水質の汚濁（水質以外の水の状態が悪化することを含む。以下同じ。）の防止を図り、もって国民の健康を保護するとともに生活環境を保全し、並びに工場及び事業場から排出される汚水及び廃液に関して人の健康に係る被害が生じた場合における事業者の損害賠償の責任について定めることにより、被害者の保護を図ることを目的とする（同法一条）。

とし、そこで言う公共用水域の概念規定について――

「公共用水域」とは、河川、湖沼、港湾、沿岸海域その他公共の用に供される水域及びこれに接続する公共構渠、かんがい用水路その他公共の用に供される水路（……）をいう（同法二条）。

としている。

公害―水質汚濁に対するこのような法制度の整備にもかかわらず、他方では事実上の水質汚濁が進行している。琵琶湖や十和田湖、霞ヶ浦や印旛沼その他全国の湖沼の水位低下や富栄養化は社会問題となった。このため特に湖沼水質保全特別措置法が制定された（昭五九、法六一）が、ひとたび汚した河川湖沼を清めるには百年を俟つことになる。

（二）環境保全と保水・親水――親水権の提起

公害に対する深い反省は、全国各地に反公害市民組織を生み出した。水量・水質の保全（いわゆる保水）のみならず、自然的人工的河川・湖沼・港湾等を景観、レジャー、スポーツ等の用に供すること（いわゆる親水利用）を提唱し、人の親水指向を高めたのは彼らの功績として評価されるべきである。

一九八四年八月に琵琶湖畔の大津市で「世界湖沼環境会議」が開かれた。そこでは「人と湖の共存の道をさぐる」をテーマに、二八カ国から七一人の海外参加者をはじめ、国の内外から計二四一二人の研究者、住民、行政関係者が

会したという。そこで採択された「琵琶湖宣言」の中で、「個人および地域社会による行動をすすめるため、自発的に組織作りを進めること」をよびかけた。これに応えて、全国各地で湖沼、河川、海岸等の周辺環境を保全し、快適な環境の創造をめざす住民・研究者・自治体の関係者が集まって、「水郷・水都全国会議」を組織した。その第一回会議が一九八五年五月一八・一九日に宍道湖畔松江市で開かれた。「親水権」が全国レベルの会議に初めて提起されたのはこの会議においてであった。⁽¹²⁾すなわち、『水郷・水都松江宣言一九八五』は――

われわれ水郷・水都の住民は、水に親しむことによってこそ、ふるさとに住む権利を享受できるものであることを知った。すなわち水郷・水都の住民は、その固有の権利として水に親しむ、すなわち親水権をもつものであることを確認した。住民がくらしのなかで水に親しむためには、次の三つの原則が守られなければならない。

第一に歴史的に引きつがれてきた水面を失わないことである。第二に水辺が公共の資産として住民に開かれていることである。そして第三に地域開発は水質を保つことをそなわなければならないことである。すなわち親水権は水と共存するふるさとを求める権利であり、住民が水都再生のまちづくりに参加する権利である。私たちは、この権利を確立することによって、はじめに魅力ある地域社会を創造することができると確信するものである。⁽¹³⁾

なお、「水郷・水都全国会議」は同時に『特別決議』として、かねてから農林水産省によって進められていた中海・宍道湖の淡水化事業に対して、「それが水の汚濁を進めるものであること」「中海・宍道湖の自然環境破壊は、地域社会の衰退をもたらすものであること」を挙げ、「干拓・淡水化事業についての最終判断について、鳥取・島根両県は住民の意見を尊重すべきである」と述べている。同事業は幸にも一九八八年七月においてついに延期（事実上の中止）が決定された。⁽¹⁴⁾

水の親水利用を権利として主張するには、今日の法律学のレベルでは困難な問題に当面することはともかくとして、利水・親水に耐えうる水質の水量の存在が大前提でなければならない。

(三) 用排水の分離

水田を汚濁水から保護するには、とりあえず用排水を分離することが考えられる。それを具体化したものが、各地で行われている水質障害対策事業である。

寒河江土地改良区・二ノ堰地区県営土地改良事業編『豊かな大地をささえる水の足跡』（写真集）八頁の「県営二ノ堰地区水質障害対策事業」は、その目的として次のように述べている。

本地区の用水は、寒河江川を水源とする昭和堰より取水し、寒河江市市街地の上位部を北から南へ貫流する二ノ堰幹線用水路によりかんがいしている。二ノ堰及びこれより分水される各支線用水路はほとんどが市街地を通過しているため、住宅密集地の生活汚水が流入し、かんがい用水の水質を著しく悪化し、悪臭を放ち、汚物の流下・微生物の急激な繁殖が進み、水路の維持管理はもちろん、農業も困難な状態で農業生産性の低下をきたしている。

水質調査の結果、COD・SS・DO・T-Nが水質基準を大幅に越えている状況なので、本事業により農業用水と生活雑排水を分離し、かんがいの水質保全を図るものである。

ここにいう水質基準とは、先の水質汚濁防止法三条一項に基づき、総理府令によって全国一律に定められている。しかしこの基準では水質汚濁防止が不十分である場合が多く、都道各府県は法三条三項により、条例をもって更に厳しい基準を設定することができる。総理府令による排水基準は、(a)有害物質に関する一律基準と、(b)生活環境項目に関する一律基準に分けて、それぞれ基準値をもうけている。農林省では昭和四五年三月に、環境基準の基礎的資料として「農業用水基準」を策定した。⁽¹⁵⁾ すなわち、

PH (水素イオン濃度—水稲及び土壤に影響)

6.0～7.5

COD (化学的酸素要求量—土壤還元、有害物質発生、根の活力低下)	6 ppm 以下
SS (無機浮遊物質—土壤透水性、通気性)	100 ppm 以下
DO (溶存酸素—根の成育害→玄米収量減)	5 ppm 以上
T-N (全窒素濃度—過繁茂等)	1 ppm 以下
電気伝動度 (塩類濃度—作物根の呼吸阻害、養分吸収阻害等)	0.3 Ω / cm 以下

重金属

As (砒素—黄変葉、白葉化、枯死)	0.05 ppm 以下
Zn (亜鉛—クロロシス)	0.5 ppm 以下
Cu (銅—根の萎縮)	0.02 ppm 以下

昭和五二年に着工された山形県営二ノ堰地区水質障害対策事業の総事業費は一六億三五〇〇万円である(受益面積八七六)。この事業は(1)水質障害対策事業と、(2)併せ行う工事から成る。(1)については、国庫負担予定額が八億三六一万円(五五%)、県費負担予定額五億三二〇七万円(三五%)、地元(寒河江市)負担予定額一億五二〇二万円(一〇%)、一〇a当り一七七三三三円)、総事業費予定額一五億二〇二〇万円(一〇〇%)である。(2)については、国庫五七四〇万円(五〇%)、県費二八七〇万円(二五%)、地元(寒河江土地改良区)二八七〇万円(二五%)、一〇a当り三二六七円)、総事業費一億一四八〇万円(一〇〇%)となっている。⁽¹⁶⁾

水質障害対策事業とは、各地方農政局長・沖縄総合事務局長・北海道知事へ宛てた農林水産事務次官通達(昭和四〇年二月二四日付四〇農地D第一八二九号、最終改正昭和六二年八月二一日付六二農地D第九九二号)「農地防災実施要綱」に基づくものである。その目的及び趣旨は「農地防災事業(以下「事業」という。)は、農用地及び農業用施設の自然災害

の発生を未然に防止し、又は農業用水の汚濁を除去し、若しくは地盤の沈下に起因して生じた農用地及び農業用施設の効用の低下の回復等を行うことよって、農業生産の維持及び安定を図り、併せて国土の保全に資する事を目的とする」(同通達第一)。事業内容は――

1. 公共用水域から農業用水を取水し、かんがいを行っている農用地において、次のいずれかに該当する障害を除去するために行う農業用排水施設の新設又は改修及びこれと併せて行う客土であって、受益面積がおおむね二〇ヘクタール以上のもの

(1) 農作物の成育を著しく阻害する水質汚濁

(2) 農作業を行う者の労働環境を悪化させ、労働生産性を著しく害する水質汚濁

(3) 汚濁水を利用する結果得られた農産物が人体に有害となる当該水質汚濁

(4) (1)、(2)及び(3)に掲げる事態は生じていないが応急対策(汚濁源の除去のための施設の新設その他通常の維持管理を著しく超える行為をいう。)を実施している場合において、これを実施しなければ(1)、(2)及び(3)に掲げる事態が容易に発生すると推定される水質汚濁

2. 一の事業と併せて行うことが技術的経済的に適当と認められる農業用排水施設の新設又は改修であって、受益面積がおおむね二〇ヘクタール以上のものである。

なお、山形県農林水産部『平成二年度山形県の土地改良―豊かで魅力ある農村づくり』の一一頁に「農業基盤整備事業地区数・事業費一覧表」があり、公害鉍毒対策事業があげられている。鉍毒対策事業一地区、平成元年度最終事業費一、六〇八、七四〇(千円)、平成二年度継続事業費一、三三四、五九〇(千円)が計上されている。企業・市民がいったん発生させた公害の除去には、長年月の事業による高額のコツケを覚悟しなければならぬし、用排水分離は問題を根本的に解決するというものでもなく、次善の策にすぎないことを銘記すべきである。上記の写真集は新・旧

の水路を対比して興味深いが、当然のことながら、大きく様が変わりしている。この変化は表面的に景觀のみにとどまらず、コンクリート三面張りの水路には泥鰌も小鮒も棲めないであろう。⁽¹⁷⁾

ところで、本来、水はその地域に密着したものであるにもかかわらず、国の補助による親水事業などを見ると、各地のそれが殆ど似たような設計になっているのに驚く。これは、中央で立案されたモデルが、北海道にも九州にも各地方一様に適用されているからである。安易な感傷は許されないが、「どじょっこふなっこ」などの小学校唱歌や童謡も過去のものになりつつある。事態に対する認識が今のまま推移すれば、用排水路の分離もしだいに効果を失い、暗渠化↓管渠化へ進行するのも時間の問題であろう（葛西用水や明治用水等の末端部はパイプ化した）。

3. 新水利権の概念

農業水利権についてその水質の問題を強調されるのは、東京農業大学の佐藤俊郎教授である。すなわち、土地改良法の改正を審議する第六八回国会衆議院農林水産委員会（昭和四七年四月一日）において、佐藤教授は参考人として農業用水量と水質について次のように述べている。

「農業用水で、あるいは農業での水利用で最も核心的な問題として考えられるのは……用水量です。農業の水利用量は一体どういうふうなものなのだ、そしてそれはどういうふうにして決定するのだ、こういう問題があります。さらに、最近では、これに上乘せした形で、他産業からあるいは無秩序な都市や工場化の拡散から、汚濁水あるいはごみというような問題が加わるわけですが、そういう問題を除外した昭和一五、六年以前の時代でも、用水量の決定には大変重要な意義があった」次に、特にこれは今度の土地改良法の改正などでは考えられなければならないし、考えられているようですが、用水量と水質ないしはごみの問題です。……最近のようなごみや水質汚濁から、農業のほうは、あえてこの事態に到っては、量だけでなく質の問題に経営能力を失いつつあるような方向をとっている。このままでは、これでは農業が経営の内部

で行き詰まるということは必至である」と。⁽¹⁸⁾

これが農業水利問題研究会「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」の「四 水質汚濁と対策」に取り入れられて、「農業用水路には、工場廃水はもちろん家庭廃水の流入、ゴミの投棄をきびしく禁止する措置が必要である」となった。

水は環境とともに清浄に保たれるべきである。

周知の琵琶湖総合開発計画工事差止請求事件——いわゆる琵琶湖訴訟がある。⁽²⁰⁾ 琵琶湖については、琵琶湖総合開発特別措置法（昭和四七、法六四）に基づき、「琵琶湖総合開発計画」が策定された。⁽²¹⁾ これは琵琶湖の自然環境保全と汚濁した水質の回復を図りつつ、水資源の利用と住民の福祉を増進することを目的としたものである。原告八名は、その琵琶湖総合開発計画の諸事業のうち、滋賀県の実施する六つの事業、すなわち(1)湖南中部流域下水道浄化センター敷地造成工事、(2)浄化センターの施設建設工事、水資源開発公団の実施する、(3)瀬田川洗堰改築工事、(4)湖岸堤及び管理用道路新築工事、(5)南湖浚渫工事、(6)瀬田川浚渫工事、に関し事業主体に対しては各工事の差止めを、その実施に補助金等の協力をしている国に対してはその援助行為の差止めを求めた訴訟である。原告側は第一審で敗訴したが上訴せず、判決は確定した。

住民側原告弁護団は、未だ市民権を得ていない環境権の内容をより個別具体的にする意図をもって、「浄水享受権」なる新概念を主張した。これも耳慣れない概念であるが、訴状によってその内容を見れば、「上水道を飲料水として使用しているものは、その使用している上水道の水質の清浄さを享受する権利を有している」というのである。従って第三者が上水道の水質の清浄さを侵害し、もしくは侵害しようとするときは、享受権者は侵害を差止めることができ、上水道の水質の清浄さが侵害されたときは、侵害者に原状回復を請求できるとともに、享受権者に損害が生じたとき

は、侵害者に損害賠償を請求することができる、と。享受権の主体は「当該水源から水道施設により供給される飲料水を引用に供している人」であり、享受権の客体は「人が供給を受けている上水道の水源」である。その具体的基準として、昭和四五年四月厚生省生活環境審議会公害部会「水質にかかる環境基準専門委員会答申」『水道水源の水質環境基準に関する報告書』中の「水道水源の水質環境基準」（原水基準）であると主張した（判決は、環境権も浄水享受権の主張も認めなかった）。

浄水享受権を認めるとすれば、上水道水源について特に厳格さが要求されるであろうが、他の用水一般にも及ぼすべきである。従って農業水利権の現代的な概念としては、「主としてあるいは専ら灌漑排水を目的として、一定量・一定質の水を排他的に利用しうる権利」と規定されなければならない。

二 農業水利権の主体と農業水利資産

以上のように定義されるべき水利権の性質、及び主体は一体誰なのか。

1. 水利権の性質及び主体

水利権の法的性質について、公権論の立場からは、例えば、「河川の特許使用は或る特定人に対して排他的独占的に河川を使用することを許容するもの」としたうえで、それは「物権に酷似した権利である」という⁽²²⁾。これに対し、私権論者は、「農業用水権は物権であると解し、之に広く物権に関する規定を適用すべきものと思ふ」という⁽²³⁾。

戦後においては、公権論・私権論を折衷し、基本的には私権であるが、同時に公法上の規制を受ける、もしくは、公法上の権利としての性格を合わせ持つと解するのが普通である。⁽²⁴⁾

慣行農業水利権の主体が、慣行によって決定されることはいうまでもない。個人や市町村が水利権の主体であることもあるが、それらはむしろ少数例である。大部分は水利について利害関係をもつ一定数の農民を構成員とする水の共同利用団体（非法人社団や組合。普通水利組合・耕地整理組合↓土地改良区のような法人）である。国等が慣行水利権の主体になることはありえない。「現在の町村は用水者の便益の為に用水施設物を工作して居るが、之が為町村が用水権の主體となったものと謂ふべきではなく、單に用水施設物たる營造物の主體たる地位を有するに止まるもの」である。⁽²⁵⁾ 国有林野への入会の場合でも、その入会権の主体が入会共同体なのであり、国や都道府県知事が（名目的にはともかく）入会権の主体になることはありえないのと同様である。

許可水利権の場合にも、上記に準ずれば、現に水を利用する団体が水利使用の許可を申請し、河川管理者はその者に水利使用を許可することになるから、その者が水利権の主体になる筈である。

しかし、戦後において、特に大規模水利事業を契機として、国や都道府県が許可水利権の主体となる事例が増加しつつある。国は水利事業費を補助するが、これはあくまでも補助である。それによって建設された水利施設の所有権を国の所有とすることは国有財産法の要請であるとしても、かつて農民団体の有した水利権までもが国へ転属し、慣行水利権が許可水利権へ変質するのは、法論理的に首肯しがたいところである。これは何に起因するのであろうか。⁽²⁶⁾

2. 農業水利資産としての水利権

(一) 調査会の「調査方法」に関する答申

昭和三三年六月に発足した農業水利資産調査会に対して、農林省は次のような事項について答申を求めた。すなわち、農業水利資産調査会諮問事項として「農業水利資産の調査方法如何」というのである。その「説明」によれば――

現在、農業水利施設は、使用年数の経過による老朽化あるいは、災害等による機能喪失の場合、国営、県営団体営土地改良事業または、災害復旧事業によって再建設されている。しかし、国、地方公共団体による施設の長期維持計画の欠除、財源の不安定、さらに、水利団体の再建設資金の蓄積不備のため、現状では、施設の更新、改良は必ずしも適時適正におこなわれずそのために農民あるいは国、地方公共団体のこうむる損失も少なくないと考えられる。農政の中心課題である農業生産性の安定的向上をはかるためにも、まず現在の農業生産の基盤である既存水利施設の合理的な恒久維持方策を早急に樹立し、この面における損失、不安定性を排除する必要がある。すなわち、現存する農業水利施設全般について施設の経済的維持の責任主体を明確にし、各主体における資産維持計画の樹立と資産償却方法、積立金あるいは、国、地方公共団体の基金設定等による、資産維持資金の確保と事業の合理的な運営を必要とする。このような、農業水利資産の長期維持方式を現存する水利施設全般について考慮し、国および個々の水利施設管理団体において、正確な資産の長期維持計画を樹立するためには、現存施設の全貌を明らかにし、これに必要な基礎資料を作成しなければならない。

このために、全国の水利施設の悉皆調査を実施し、農業水利資産の内容を示す台帳を作成する必要があるが、この調査実施に必要な下記事項について審議答申を願いたい。

(1) 調査目的

(イ) 国民経済的立場から国全体の農業水利資産維持（資本維持）に必要な方策。

(ロ) 個別の農業水利施設についての資本維持のためにとるべき方式。

1 受益者団体が、資産維持の主体となる施設について。

2 国あるいは地方公共団体が、資産維持の主体となる施設について。

(2) 調査対象の区分方法および調査表様式。

(3) 調査結果表作成の基礎となる、農業水利資産の評価方法、施設別耐用年数。

(4) 調査の実施方法。

これに対する同調査会の答申の概要を述べれば (27)

(一) 農業水利資産維持方式確立の必要性

現状において、農業水利施設は農民および国、都道府県のいずれの側からも資本として維持しうるような体制がとられていない。

農業水利資産維持方式の樹立は、農業生産の面のみならず、国民経済に資する意義大きく、かつ財政資金の効率的、合理的運用に寄与するものである。

(二) 農業水利資産調査の重要性

農業水利資産の維持方式の樹立にあたっては、その前提として、まず全体としての農業水利資産の実態を把握解明し、国民経済的にみた農業水利資産維持のための経費と、国、都道府県、農民による負担構成などを明らかにしておく必要がある。

(三) 調査の方法

調査は、農業水利資産の把握を中心とした農業水利資産維持制度樹立基礎調査と、維持制度施行にあたり個別の管理団体ごとにその水利施設の実態を明らかにする農業水利資産維持制度実施調査とに区別する。

基礎調査はつぎの三段階に分けておこなう

- (1) 試験調査―標本抽出をおこなうために必要な指標となる事項、資産の評価方法等の検討および本調査のプリテストをおこなう

- (2) 調査対象選定準備調査―標本抽出をおこなうに必要な母集団を決定するため、全国の水利団体（受益面積五町歩以上）の名簿を作成する

- (3) 本調査―標本抽出法により団体の施設および諸業務の実態を調査し、地域別、所有区分別、受益面積の広狭別等に施設の評価額（原価）、減耗額、現在額を算定し維持更新制度樹立の基礎資料とする。

(四) 今後の課題

この調査は農業水利資産の維持管理方式に関しては抜本的考究をおこなうべき点があるので今後引きつづき一層の検討を加える必要があると考えられる。また維持方式の進展にともなって生ずるであろう調査上の諸問題についてもさらに検

討を加えたい。

というものであって、ここにいう農業水利資産とは、専ら農業水利の物的施設に限られているのである。諮問事項にも水利権の資産性については全く触れられていないし、従って又、答申にも水利権は全く問題とされていない。⁽²⁸⁾（冒頭に引用した資産再評価法の立場と矛盾している。）

(二) 調査会の「維持管理方式」に関する答申

農業水利資産調査会は、昭和三六年九月二六日に「農業水利資産の維持管理方式」に関して、第二回目の答申を行っている。これは――

一 農業水利資産（施設）の維持管理体系とその問題点

二 今後の検討課題

三 土地改良制度および維持管理方式改正の方向

四 結論

からなっている。その「一 農業水利資産（施設）の維持管理体系とその問題点」の「(2)問題点 ホ」は「農業水利権について」と題して次のように述べている。

現在の事業実施方式のもとでは、国営事業の場合は国が、県営事業の場合は県が、それぞれ河川法の規定にもとづいて水利権者として知事の承認（許可）を要することになっているが、事業実施後において、国または県が造成施設を土地改良区等の団体に管理委託する場合、水利権もあわせて移動する措置がとられていないので、その限りにおいて、農民は名目上の水利権をもたないことになる。

このことは、農業の水利権を河川の取入口だけで把握して、農業自体の内部における水利権の内容がなんら公定されて

いないこととともに、維持管理体制の確立のためにも、残された大きな問題点の一つであろう。

という指摘のあることが、第一回答申との大きな違いである。水利事業実施後、農民は名目上の水利権すら持たなくなることに注意を要する。何れにしても、この答申においては農業水利権を、その評価額・評価方法は別として、農業水利資産を構成するもの、資産的価値を有するものと考えていたと推測されるとともに、国等が水利権を手許に保留することに問題があると考えていたのである。

他方、農業水利資産調査会が第一回答申をした後、農林水産省農地局はその答申に基づいて「農業水利資産調査要領」（昭和三十七年七月三十一日付三七農地C第三七一号農地局長通達）を策定して、それに基づく本格的な調査を実施した。しかし、その「二 調査対象③」によれば、

「この調査の対象となる農業水利資産とは、農地のかんがい排水のために必要な施設（農業防災ため池、農業部門以外で建設した水利施設で農業部門においてその維持管理を行うべきものおよび多目的ダム（不特定も含む）等の共同費用負担施設のうち農業部門の負担に係る部分も含む。」

というのであって、ここでは専ら物的施設に限られ（上記通達の二(3)、(4)参照）、水利権は全く除外されている。⁽²⁹⁾

この意味を一体、どのように理解すべきであろうか（なお、以上に述べたことは、慣行水利権・許可水利権双方に共通しているのであるが、以下は許可水利権の問題である）。この問題を解くに当たっては、国営土地改良事業等が新規に行われる場合と、既存土地改良区を基礎として、施設の改修・改築或いは補償工事の場合等の土地改良事業が行われる場合とに分けて考えるべきかとも思った。前者については国が水利権を持ち、後者については従前どおり利水農民団体が水利権を保有すると。しかし、その論理的必然性は見当たらないようなので、一括して論ずることにする。

三 水利権の主体と水利施設所有権の分離

水利権は水利施設と一体として、水利施設の所有権に付従・付随しているのか。そうだとすれば、物的施設の所有者が同時に水利権を保有することになるから、施設から独立して水利権の調査は要らないことになる。しかし、水利権も一個の独立した権利であると言わねばならないし、付従・付随性を有する権利だとしても、土地に対する付従性・不可分性（民法二八一条ないし二八三条参照）については別として、それに資産的価値があるか否かとは別の問題であろう。

河川管理者は、「取水に財産的価値が認められ、取水は権利として保護される。取水を権利として保護する必要性は、とりもなおさず財産権として保護する必要性である」と言いつつ、「しかし、その財産権性は、もっぱら、それが特定の企業財産その他の目的財産に帰属することから生ずるのであって、……水利権の財産的価値は、企業財産その他の目的財産の価値の中に埋没している」と述べている。つまり、水利施設の所有者と水利権の主体とが同一人だとい(30)う考え方なのである。

又、水利権が非独立の権利であるとしても、従来の水利権者が国营事業等を契機として水利権を法的に喪失してしま(31)うのは何故か。例えば、国营水利事業が行われる場合、事業主体は水利権の主体——一般には土地改良区——に対して、従来彼らの有した水利権の放棄手続をとる。このことは、彼ら農民団体が水利権の主体であることを肯認していることにほかならない。又、その放棄は権利者全員の同意を必要とするのか、比較的多数でいいのか（土地改良法三(31)三条には規定がない。定款の変更等重要事項の議決には、総組合員の三分の二以上が出席し、その三分の二以上で議決することを要する）。農業水利団体の定款・規約に、水利権の放棄手続を規定したものを寡聞にして知らない。農業ないし農地が存

続している限り、水利権者が水利権を放棄することを想定することもできない。なお又、いったん水利権を放棄した水利農民団体が、事業完成後は当然の如く新施設を利用して取水行為を継続しているが、その権原が何なのか見当たらない。しかも、この新しい水利権は、慣行水利権とは成立の根拠を異にする許可水利権に变身している（³²水利権の切替え）。

水利権者と水利施設所有者とは一体であるというのが、水利学の通説のようである。稲本試論が、流水占用の標識として「施設の管理を行ない、かつ、行なうべき者」というのも、そのような意味かも知れない。つまり、施設の管理を行うべき者も流水占用の標識をもちうるわけである。³³しかし、水利権は現実的な権利であって、抽象的観念的ではない。現に農業に従事し、現に流水を必要としている人たちをこそ、流水占用の第一の標識と言わなければならぬ（従って、遊休水利権の生ずる余地がない）。つまり、流水占用の標識の基準を施設の所有者に置くのか、現に農耕に従事し、所有者から管理の委託を受けた施設によって現に取水行為を必要とする水利農民団体に置くのかということである。しかし、水利権者と施設所有者とが常に一致しなければならないものでもない。いわゆる古典的な水利権は、取水施設を所持する者³⁴農業水利団体の取水方法に規定されていた。その取水方法を維持するには施設を持たざるを得なかったのである。その意味からすれば、古典的な水利権の場合でも、論理的には、水利施設の所持と水利権者と一致する必要は必ずしもなかったのだが、外見上はたしかに、水利施設の所持者と水利権者が一致していたので、水利学の通説は水利権者と水利施設所有者とは一体であり、あるべきだと言っているのだと思う。近代以後では、先の流水占用の許可書にも見られるとおり、取水方法よりも取水量が水利権の重要な内容になっている。かつ、民法上は所有権と他物権とが峻別される。従って、むしろ、両者の分離が現代農業水利権の特徴ではないかと考える（だからといって、いわゆる遊休水利権を肯定するというのではないこと右のとおり）。水利施設の所有権は国有財産として国に帰属す

ることがあっても、水利権は利水農民団体・土地改良区等にとどめて置くのが法理である。

何れにしても、この時期頃から国や県が従来の農民団体に代わって水利権を保有するという行政実務が一般化したと考えられる。その歴史的政策的背景は、他種水利から非難攻撃をうけたかの、農業水利不合理論への対応である。戦後の農地改革を契機として、農林省はその悲願とも言うべき農業水利の合理化を断行しようとした。すなわち、同省農地局は昭和二六年四月一七日に「農業水利確立に関する基本方針」を策定し、農業水利に関する法律の制定を意図した。その中で、「現行水利関係の全面整理」を緊急の施策とし、本法施行の際に存する農業水利権は「五年以内において、水系別に、政令で定める期日に一斉に消滅させ」というのである。更に、このような運営方式をより明確にしたのは、昭和四〇年六月一九日付農林事務次官通達（四〇農地A第二二〇〇号）である。⁽³⁴⁾

以来現在まで、農業水利の行政実務はこの方式が有効に機能しているとし、既に定着していると考えている。すなわち、①国Ⅱ農林水産省が水利権を取得していても、施設の管理は土地改良区に委託されているから、農民の水利利用には支障がないこと、②水利権取得の実務上の煩瑣な手続は国が行うので、農民に負担をかけないこと、③水利権更新期には、河川管理者からその見直しのための詳細な資料が要求されるが、通常の土地改良区では対応が困難であること、④大規模事業の際の地区内の水利権関係の調整には国が第三者的立場で係わることにより、これを円滑に行ないうること、⁽³⁵⁾ というような利点が指摘されている。稲本氏のいわゆる「管理所有」論はここに立脚するものと思われる。

しかし他方で、主として河川管理者側からは、国Ⅱ農林水産省は水利権を所管する立場にはないので——この真意をよく理解できないが——、①農業水利権者としての立場での水利調整面への対応に疑問があること、②水利権更新への対応及び③財産権の主体としての維持管理面への対応等において、その責任を全うしているか疑問であること、

④水利権譲渡の基準が不明確であるとともに、⑤国が水利権の主体となることにより、農民・水利団体等の農業用水に対する関心の低下を招きかねないこと、延いては土地改良区の機能低下をもたらしかねないこと、等が指摘されている。⁽³⁶⁾

ところで、水利権が侵害された場合には、その救済がなされなければならないことはいうまでもない。水利権の概念に水質をも含ましめうるとすれば、水利権侵害の態様は、水量の侵害に対してのみならず、水質の侵害に対してもありうることになる。この救済は、被害者すなわち水利権者から加害者に対して行われることになる。この救済手段は、水利権私権論に立てば物上請求権或いは不法行為に依拠することになるが、公権論では河川法の規定によるべきものとす。⁽³⁷⁾

何れにしても、水利権の切替え後には農民団体等は水利権を有しないのだから、水利権の侵害があっても自らその救済措置を講ずることはできない。水利権者たる農水大臣も又それを放置している場合には、利水農民団体は水利権者たる農水大臣の水利権を代位行使できるようにすぎないことになるのであろうか。⁽³⁸⁾ 農業水利権を維持・更新することが利水農民団体にとって甚だしく煩瑣なものになっているのは、別の問題である。

ただ、現に、行政実務的要請として農林水産省^{II}国が農業水利権を保有する場合が増加しつつある。これは上述のような、慣行農業水利合理化政策の、一手段として位置づけられる。しかし、たとえ水利事業を契機としてであれ、利水農民団体が過去膨大な資本を投下して維持してきた水利権を、その資産的評価もせず、収奪することが「合理的」なのかどうかは別の問題である。

他方、今日の農業・農村内外の諸条件は、村落自治を基礎としていた頃とは余りにも様変わりしている。そして、これら農林水産省の取得した水利権は、慣行水利権とは別の根拠に基づく水利権である。必ずしも慣行水利権に準じ

なければならぬものではない。

従って私は、農業水利権の独自性、資産的価値の評価をはじめ、慣行農業水利権をとりまく上述その他の諸問題が解決されることを条件としてならば、稲本説を支持したいと思う。

(1) ただし例外的に、法律が「水利権」の語を用いているものがある。すなわち、資産再評価法(昭和二五、法一〇〇)は、農業もこの法律にいう「事業」であるとした上で(二条五号)、その二条七号は水利権を無形減価償却資産と規定している。その目的については同法一条。ここにいう水利権とは、農業水利権をもその対象にしていることは条文上明らかであるが、発電水利権等企業の有する許可水利権の財産的価値に主眼が置かれていると推測される。しかし、慣行水利権をも含むのか否かは必ずしも明らかではない。私は、水利権を一定の資産として評価することは正しいと思う(なお、同法一八条及びその別表参照)。後出の農業水利資産調査会の「農業水利資産の維持管理方式に関する答申」は、専ら物的資産のみを対象とし、水利権の資産的性質については全く言及していない。

(2) 竹内昭夫ほか編『新法律学辞典』(第三版)八〇九頁、一一四〇頁(有斐閣、平成元年。傍点は引用者、以下同じ)。

(3) 末川博編『民事法学辞典』下巻一五九五頁、渡辺洋三執筆(有斐閣、昭和四三年再版)。

(4) 竹山増次郎『溜池の研究』三三三頁(昭和三三年、有斐閣。なお、溜池水利権の意義については同書二二二頁)。

(5) 森『水と法の社会』一九頁(一九九〇年、法政大学出版社)。

(6) いわゆる「水利使用規則」は河川工事等による支障の受忍意義を規定して、「水利使用者は、河川工事その他河川の管理に属する行為により通常生ずる流水の汚濁その他の支障については、この水利使用を行う権利をもって河川管理者に對抗することができない」とするのが常である。従って、流水の汚濁が「通常生ずる」程度を越えれば、対抗しうるようになるが、これまでどのような事例があったかを筆者は知らない。

(7) 法政大学大原社会問題研究所編『社会・労働運動大年表』第一卷(一九八六年、労働旬報社)の一八八五(明治一八年八月六日の項(四九頁))に「渡良瀬川で鮎の大量死、足尾鉍毒事件の兆し」とある。なお、七三頁の「社会運動」欄、

七二頁の解説欄参照。足尾鉾山の公害問題、その解決に挺身した田中正造代議士は有名。

(8) 日本農業土木総合研究所『昭和五七年度水利調整機構調査報告書』、森・前掲二八九頁参照。

(9) 『公害研究』一六巻四号(一九八七)「特集Ⅱ四全総と環境問題」、同誌一五巻四号(一九八六)「特集Ⅱ戦後の水質公害をめぐって」参照。

(10) 千賀裕太郎「バイエルン(西ドイツ)、金山(山形)、甲良町(滋賀)に学ぶ」『現代農業』(農山漁村文化協会)一九九〇年九月増刊号、二八頁以下。

(11) 当地の水利権の根拠は、明和四丁亥(一七六七)引用者)年六月二五日付で、山崎村・金山七日町・同内町の百姓代・組頭・庄屋が西田茂兵衛・松田重次郎・近岡六郎兵衛に宛てた「覚」には、当亥年の夏は例年にならない早魃で「至極ノ及難儀候ニ付各様御田水魚清水上り朴山堰根場所、有水ニ而之内、三分一御通候様ニ立而願出候ニ付……御同心之上ニ而……内々に而御承知被下……此末ニ至極ノ水不足之節……三分一御通シ可被下候事」となっているのが発端のようである。なお、これより約一〇〇年以上前既に、渴水時における分水について、寛永一九年七月の幕府法は「井水かゝり候場、末迄も断絶なく水引候様に可仕候、用水あまり候所は、前々不遣來候共、不足之所ヨリ水乞候ハゞ、當年ハ可遣之候、以來例ニハいたさせ間敷事」であったという(喜多村俊夫『日本灌漑水利慣行の史的研究 総論篇』七〇頁、岩波書店、一九五〇年)。

従ってこの水利権は河川法にいわゆる「見做し水利権」(慣行水利権)であり、河川法上の届出を要することになっている。しかしその届出の時期は必ずしも明確ではない。例えば、河川法八八条(施行法二〇条二項)による「届出書」が、昭和四二年三月一三日付のものと、同五四年二月一日付のものと二通残されている。

前者の「届出書」の届出人は「金山町水利組合」総代某ほか二七七名であり、「事業の沿革」には次のように記している。「本用水は安土・桃山時代に始めて開削されたらしいが、年代等是不詳である。少なくとも明治以後には新規に開田されていないのでかんがい区域、かんがい面積とも変りなく、一貫して水稻栽培を行っている。河川からの取水の方法としては、昔から自然取水を行っていたが年々の河床低下により取水困難となったので、昭和三八年に災害復旧で頭首工(コンクリート造)を新設した。他の水利権との間にも特記すべき水利紛争はない」と。又「事業の現況」として、「本組

合は、金山町の山崎、七日町、十日町、内町地区をかんがい区域とする申し合せ組合であり、そのかんがい面積は、五三三で水稻栽培を行っている。かんがい期は五月二〇日から八月一五日頃まで、そのうちしろかき期は五月二〇日と六月一〇日までである。「かんがいの方法としては、金山川から取水した水を幹線水路、支線水路を経て各田に送り、各田では灌漑かんがい^(ママ、閘断カ)を行い、残水は金山町、上台川に自然排水している」「また、非かんがい期においても、防火用水として、かんがい期の一／五程度の水を取入れている」と。

後者は「慣行水利届出書」となっており、届出人は「金山町水利組合」総代某ほか四七二名である（一二年間に九五名増えている）。内容はほぼ同じであるが、「事業の沿革」に若干の追加が見られる。「本用水は、安土・桃山時代（年代不詳）に開削され、少なくとも明治以後には開田されていないので、灌漑区域・面積とも変りなく、一貫して水稻栽培を行っている。河川からの取水方法としては、昔から自然取水を行っていたが、時代の要請に伴い昭和三年四月水利利用地区（十日町・七日町・内町・山崎）を以て金山町水利組合を設立。昭和三年横倒しの門扉改良を行い昭和三四年取水口の改良工事、同取入口昭和三六年再び改良工事、昭和三九年災害復旧でコンクリート頭首工を新設した。しかし昭和四九年の豪雨災害により再び決壊したため農業施設災害復旧事業によりコンクリートフロテングタイプの頭首工に改築し現在に至る」「他の水利権者との間にも特記すべき水利紛争はない」「なお用水路については、昭和五〇年度より、農村総合整備モデル事業により全面改築が行われている」となっている。従って、これはいわゆる地域用水であり、慣行水利権こそ成立するが、現行河川法上の許可水利権とは別の性質のものであり、農民以外の者をも構成員にしていることからすれば、純粹な慣行農業水利権でもない。

(12) 公害問題研究会『環境エネルギー年鑑一九八六年版』二七七頁。

(13) 同上、二七八頁。なお、高田昇『水と共に生きる都市』（一九九一、かもがわ出版）。

(14) 同計画については、保母武彦「宍道湖・中海の淡水化計画——その歴史と問題点」『公害研究』一五巻四号三〇頁（一九八六）、同計画延期（中止）の行政的意義については、岡本雅美「河川行政の問題点をめぐる技術的背景」の「あとがき」参照『公害研究』一八巻三号五七頁（一九八八）。

今、建設省が建設を計画している長良川河口堰についても、着工されるに至ってなお、その反対をめぐって社会的政治

的な問題になっている。慎重な配慮が必要である。なお、秋山紀子「長良川河口堰が問うもの」参照『公害研究』一九巻
 一号三八頁（一九八九）、長良川河口堰に反対する市民の会編『長良川河口堰』一九九一年五月、技術と人間、参照）。

(15) 環境庁水質規制課編『水質汚濁』上巻、八五頁（昭和四八年、白亜書房）。

(16) なお詳細は、寒河江土地改良区『県営二ノ堰地区水質障害対策事業概要書』及び同『我が子らの未来を担う土地改良・
 県営二ノ堰地区土地改良概要書』参照。

(17) 前記金山町では水路（「大堰」と呼ばれている）の改修（農村総合整備モデル事業による）に当たって、水路Ⅱ大堰を
 雑割石にした。改修工事は昭和五二年から始まり、五六年度に完成した（総工費二億二四〇〇万円）。すなわち——「国
 はコンクリート製U字溝への改修を提示していたの対して、町は、環境保全や水資源保護（町内の上水道は地下水を汲み
 上げているため、コンクリート溝では水が地中に浸透せず、地下水位が下がるおそれがある）に配慮するとともに、……
 雑割石への改修を申請した。つまり、モデル仕様がない計画を立てたのである」「上部官庁のいい分は、『経費が二倍もか
 かる。ぜいたくすぎる』の一点に尽きた。だが、金山町側は、明治二十三年に完成した琵琶湖疏水の偉業やその成果を現
 地視察によって理解していたので、自信をもって上級官庁を説得した」という。

(18) 土地改良制度資料編纂委員会『土地改良制度資料集成第三巻』三一〇頁以下。昭和五六年、全国土地改良事業団体連合
 会。

(19) 『農業法研究』七号二一八頁以下（一九七二）による。

(20) 大津地判平成一・三・八判時二三〇七号二四頁。

(21) 琵琶湖総合開発に関する行政庁側の解説冊子として、滋賀県企画部水政室『琵琶湖総合開発一〇〇問』（昭和五八年三
 月、初版昭和五三年四月）をあげておく。巻末には琵琶湖に関する若干の文献を掲げている。

(22) 岡田文秀『水法論』一九六頁、二〇〇頁（昭和六年、常磐書房）。

(23) 柳川真佐夫『農業用水権に関する研究』一七頁以下（昭和一四年「司法研究」二六輯六）。

(24) 渡辺洋三『農業水利権の研究（増補版）』二三七頁（一九六三、東京大学出版会）、金沢良雄『水法』八四頁（一九六〇、
 有斐閣）、東京高判昭和三五・一〇・一四行裁例集一一卷一〇号二一九一七頁、等。

(25) 柳川真佐夫・前掲(注23)二七頁。

農林省農地局が昭和二四年度に全国の農業水利団体から農業水利慣行に関する報告を求めたことがある。それを教育大
学龍野四郎氏が分析したものに『農業水利慣行の研究(一)』(昭和三二年七月、農林省農地局、タイプ印刷)がある。終戦
後まもなくの実態であり、今日の実情にはそぐわないが、その調査票回収団体三〇四八の種類を見ると、

普通水利組合	一二七六団体(四一・九%)
水害予防組合	六一 (二・〇%)
耕地整理組合	一三二 (四・三%)
市町村組合(市・町・村)	一〇五 (三・四%)
北海道土功組合	一五二 (五・〇%)
その他の法人	五六 (一・八%)
(法人団体計)	一七八二 (五八・四%)
申合団体	一二五四 (四一・二%)
不明	一二 (〇・四%)

となっている。土地改良法の成立(昭和二四年、法一九五)によって、以後これらは土地改良区へと改組再編されていく。
これについては、農林省農地局『日本農業と水利用』(一九六〇、水利科学研究所)の第八章(一二三頁以下)「水利団体
の機能と慣行水利」参照。当時、普通水利組合及び耕地整理組合から土地改良区へ改組したもの、前者が一七八八地区一
一七九九一町歩、後者が一三七五地区二三万〇七九〇町歩であったという(一二四頁)。なお、土地改良法の成立過
程については、利谷信義「農地改革と土地改良法の成立」東京大学社会科学研究所編『戦後改革6 農地改革』三〇一頁
以下(一九七五、東京大学出版会)参照。

(26) これに関し、農林省農地局は昭和二六年四月一七日に「農業水利確立に関する基本方針」を策定し、農業水利に関する
法律の制定を意図した。その中で、「現行水利関係の全面整理」を緊急の施策としている。すなわち、「本法施行の際に存
する農業水利権に相当する権利は施行後でもなお従前の例によらしめるが、五年以内において、水系別に、政令で定める

期日に一斉に消滅させ」としていることに注意を要する。当時存した「農業水利権に相当する権利」は、その殆どが慣行水利権だったからである。しかし、昭和三八年二月二日に公表された建設省の河川法改正要綱案第五二の趣旨とは異なって、この「方針」の「第二農業水利法の概要」一現行水利関係の全面整理」6号に見られるように、水利権を消滅させられることによって「通常生ずる損害」は補償することになっていることに注意を要する。

(27) 吉川節三(農林省計画部経済課)「農業水利資産の維持更新について」『農地』一三七号五頁以下(一九五九年二月)。引用に当たっては、促音便「つ」は「っ」になおした。

なお、この答申には、社会経済的には重要な指摘もあるが、本報告と直接の関係がない。例えば、「農民あるいはその連合体の利益代表者は、土地改良事業の建設には、きわめて積極的であるが、いったんこれが完成すると、その維持管理についてはきわめて消極的となり、その引受けをこぼむ土地改良区が相当数存在し、かりに引受けでも維持管理についてきわめて不活発であり、資産の更新については、もっと優良な土地改良区においてさえ、なんらの方途を持ちあわせていない。」(八頁中段)。「戦後、多額の政府資金の投入により、農業水利資産の累積は一層尠大なものになったが、なお、利用者である農民およびその建設主体である国、都道府県等のいずれの側からも農業水利資産を維持すべき資本として取り扱う体制がとられていない」「個々の農民にとってみれば、一般的に農業水利施設は、地域性および利用面からみて個別経営の規模をこえた共同的、社会的性格のものであるとともに、その建設にあたっては、多くの部分に公共的資金が投入され、また耐用年数も総じて長いため、これをみずからの資本として意識することが一般的に希薄で、しかも、この傾向は、施設が大規模であるほど強い。」(以上九頁上段)。「国、または都道府県は、土地改良法により大規模施設を建設し所有する主体となっているのであるが、この場合においても、農業水利施設は特定の多数農民が、受益する私的利用のためのものであるからとか、あるいは永久構造物であるからという観点から、国なり都道府県なりが資産維持の体制をとる必要はないという考え方が生れている。」(九頁上段、中段)。

(28) 『土地改良制度資料集成』第二巻七四一頁以下(同編纂委員会、昭五六)。佐藤俊郎・永田恵十郎・太田昇之助・玉城哲『水を活かす——水利秩序の新展開』(筑波書房、昭和六〇年一〇月)は水利資産について論じたものであるが、ここでも物的資産だけを問題とし、水利権を資産から除外しているようである。

(29) 同上『資料集成』同巻七五〇頁。

(30) 建設省河川法研究会編著『河川法逐条解説』一三六頁(昭和五四、全国加除法令出版)。

(31) 土地改良法にも定款・規約にも水利権放棄に関する規定がないので、組合員全員ないし三分の二以上の同意どころか総代会・総会の議決も要せずして、改良区理事長単独でも水利権を放棄しようというのが行政実務である。それは次のような形式で行われる(原本横書き、囲み枠——略。農業水利研究会編『土地改良のための河川協議の実務一九八四年度版』一一六頁、公共事業通信社)。

昭和〇〇年〇月〇日

農林水産大臣殿

〇〇土地改良区

理事長〇〇〇〇〇〇印

水利権放棄承諾書

国営〇〇〇土地改良事業に係る水利権を農林水産大臣が取得せられたうえは、当土地改良区取得の下記取水施設の水利権を放棄します。

なお、取水施設が完了し、末端用水が確保できた時期において現況取水施設の撤去については、異義ありません。

記

〇〇用水取水口

〇〇揚水機

〔実例——略〕

ここで「全員の同意」に拘泥するのは、入会権がそうであるように、古典的水利権総有説を前提にしているからである。総有は共有の一類型で、通説によれば、目的物に対する権利を質的に二分し、管理・処分権能は団体に、使用・収益権能は団体の構成員各自に分属する法形態だという。小著・二四頁も通説に従った。しかし、この通説に対しては中尾英俊教

授から、判例の検討に基づく一連の論文によって批判がなされている（「入会権確認訴訟は固有必要的共同訴訟か」内山・黒木・石川還暦記念『民法学の基本問題 上』三七三頁以下、一九八三年。「共同漁業権の帰属と権利主体」『西南学院大学法学論集』一九卷一号六五頁以下、一九八六年。「総有権」——判決を通じての考察」黒木古稀記念『現代法社会学の諸問題（上）』三〇九頁以下、一九九二年）。つまりは、総有にあっては団体の有する権利は構成員の有する権利の総和なのだから、構成員が使用・収益権を有するならば、団体も又それを有し、団体が管理・処分権を有するならば、構成員も又それを有するのであり、両者を二分するのは間違いであるというにある。

中世ゲルマン法の総有が近代法ないし近代法理論の影響を受けて——構成員の複多性に対する団体の単一性を認めるために——通説のような分属論が一般化したものであろうか。しかし、この団体の単一性はローマ法的なものではなかった。始原的形態としては、総有における団体の人格と構成員の人格との関係は「互に不即不離の関係を保持して居」たであろうし（中田薫・徳川時代における村の人格『法制史論集』第二卷九六三頁以下、九八八頁）、目的物の使用・収益に関する団体的規制の定立、或いは管理・処分の意思決定に当たっては、右のような両人格の関係が反映もしたであろう。但し、そこにおける全員一致による同意といっても一種の凝制であり、本百姓の意向に小前は異を称え得なかつたであろう。

柳川真佐夫・前掲（注23）三五頁以下所引農林省農務局『農業水利慣行調査』一六〇頁によれば、長野県上水内郡鳥居川筋の用水組合では、小作人も地主と同等に水利権に関与した。すなわち「通常水利事務ハ水利惣代——水路係ヲ設置セルモノハ水路係——ニ委任シ居ルモ主要水利問題ハ関係人全部ノ承認ヲフルコトヲ要シ」「関係者三十人——用水権ニ関シテハ小作人ハ地主ト同等ノ地位ニアリ——ガ集リテ協議シ堰上ゲハ耕作者ガ賦役シ地主ハ賦役セザル代リニ材料ヲ負担シたという。また、小前と水利権の関係について、見沼代用水土地改良区編『見沼代用水沿革史』（昭和三二年）六六八頁（「見沼井筋大用水路御変革被仰出候ニ付議定取締方書上帳 明治二巳年四月、地元村々井筋惣代一同」の第三項）は、「……御普請之節ハ……村々惣連印仕小前共江も印形為致置可申候事」としている。ここでは、使用・収益行為と管理・処分行為に関する権限とは未分離であつたかのように見える。

しかし、「村落はこの土地に対する管理処分の権能によって単一的組織を有し、団体として種々の機関を通じ、有機的活動を為したのである。而も土地に対する村落の管理処分の権能と住民の使用収益の権能とが再び組織的に結合し、公法

的土地支配と私法的土地財産とが不可分に融合して茲に一個の土地総有団体を構成してゐたのである」(石田文次郎『土地総有権史論』七五〇七六頁、昭和二年、岩波書店)。つまり、当時にあつては、団体構成員数の多少にも因らうが、分属の論理が妥当していたのであろう。

当時にあつては、林野入会におけるいわゆる直轄利用形態や分割利用形態は未だ知られざるところであつた。従つて、入会団体が山野を総有財産として利用するという入会権の基本的慣習部分は現代もなお変わらないとして、その利用形態は近代以後の社会経済的諸条件の変化によつて変容した——分属論が妥当しなくなった——ものとして、中尾所説を理解したい。小著(一〇頁、二〇頁以下)が慣行農業水利権の慣習規範を本体的部分と副次的部分に分けたのは、そのような意味をも含めたいという意図があつたからである。なお今後の課題としたい。

(32) ちなみに、農業水利研究会編『土地改良のための河川協議の実務』(昭和六〇年、公共事業通信社)第五章「河川協議に係る一〇〇問一〇〇答」一六一頁によれば、「河川改修に関連して農業用の取水施設が改修されるような場合は単なる取水施設のみに関係するもので受益地区の水利利用の変化を伴うものではなく、慣行水利権を許可水利権に切り替える必然性はない」という。

(33) 国営又は都道府県営土地改良事業によつて造成された施設については、その維持管理を地元土地改良区に委託するのが常である。その意味では、土地改良区が「流水占用の標識」を有していることになる。ところが、この施設の維持管理についても、農林省は「施設の効率を充分に發揮するためには、国または都道府県が直轄管理する道をひらく必要がある」と考えていたのである(農林省農地局『昭和三三年度 農地行政白書』一七五頁)。(発行所に二あり、(社)日本農村協会と(株)土地改良新聞社)。つまり、土地改良区等利水農民団体は土地改良事業を契機として、水利権も喪失し、利水施設の所有権も管理権も有しなくなるのである。

(34) 本文約一万字から成る長文の通達であるが、その「記」第4の4「水利権等に関する措置」は次のようにいう。「(1)国又は都道府県営土地改良事業に係る流水占用、土地占用、工作物設置等の許可(国の場合にあつては協議)手続は、当該土地改良事業を実施する地方農政局又は都道府県農林担当部局が一括して行うことを原則とするが、事業が災害復旧、補償工事等であつて従来の既得水利権者である農業水利団体が流水占用の主体として適当であると認められるものについて

は当該団体が流水の占用の許可申請を行うものとする。また、国営土地改良事業が完了後において、国の保有する流水占用権を地元農業水利団体に譲渡しようとするときは構造改善局と協議したうえで処理することとされたい」(これに続く左の(5)が重要である)。なお、(2)は国営土地改良事業における河川使用の協議は、地方農政局が農水大臣の名において行うものとし、(3)は灌漑用水のみならず、必要ならば灌漑用水以外の農業用水(例えば、冬期における雑用水等)についても、流水占用の許可申請を行うべきものとする。(4)は、従来の流水占用の許可申請は旬別・月別に細分するやり方をしてきたが、今後は特別の事情ある場合以外は、苗代期・代掻期・普通灌漑期程度に区分し、その期別の最高水量を申請することによって、弾力的な取水が可能であるように留意すべきこととしている。

さらに(5)は、「国営土地改良事業または都道府県営土地改良事業の実施に伴い、あらたに国または都道府県が取得する流水占用の許可と農業水利団体が保有する既得水利権とが重複するため、既得水利権の変更または放棄を必要とする場合には、その旨について、あらかじめ農業水利団体の同意を得るものとする」という。(6)は、国又は都道府県が水利権を得ている場合には、河川法三八条、五三条一項の適用について、受益農業水利団体との事前協議を要すること、(7)は、河川区域の埋立てに関する事務処理に関する留意事項、等に関する通達である。

(35) ここに列挙された諸点は、行政実務上の要請によるものである。特に問題とされるのは、土地改良区の弱体化傾向であり、弱小土地改良区が、河川管理者の資料提出要求その他の事務に対応しきれないであろうことが、ある種の危惧をよんでいるのである。実務上の要請には首肯すべき点もあるが、理論的には、そのことと水利権の主体が国であるか水利団体であるかということとは別の問題である。

(36) 以上、日本農業土木総合研究所「農業水利問題検討委員会」の討議による。

(37) 岡田・前掲二〇二頁、旧河川法四一条、現行法二一条。なお、現行法二九条一項参照。

(38) 森「債権者代位権の転用」安達三季生監修『債権法重要論点研究』四二頁以下(酒井書店、一九八七年)。

〔参考事例〕 最近、水利施設及び水利権が県から市へ、土地改良区から市へ譲渡された事例

群馬県作成の「藤岡中央地区の水利権統一化による取水の一体管理について」によれば、用水源は三名川の一カ所、鮎川

の三カ所のほか、矢場池及びその周辺に現在する数カ所の溜池があったが、河川は伏流水が多く取水困難であった。そこで、①三名川貯水池用水事業（県営。昭和四年度～同八年度、灌漑面積五六五町歩余）、②県営鮎川用水改良事業（昭和二一年度～同三一年度、五四町歩）、③県営かん排藤岡地区（昭和四六年度～同五六年度、水田五五一、畑一〇〇）が導入された。その結果、当該地域における六五一の灌漑用水は、神流川、鮎川及び三名川に造成した六カ所の取水口から取水する複雑なものに変化した。

取水管理は六堰それぞれ別々に行われており、水資源の効率的活用のためにも、利根川水系の水資源有効活用の方からも、取水管理統一化が要請されるというのである（既に認可済み）。譲渡契約書は作成されているが、ここでも、施設の譲渡契約のみであり、水利権はその対象になっていない。

「表―1 水利権者と実質管理者」は次のとおりである（4頁）。

取水口	水利権者	管理者	備考
藤岡頭首工	群馬県知事	藤岡市	
三名川頭首工	藤岡改良区	藤岡改良区	
鮎川頭首工	群馬県知事	藤岡改良区	
鮎川堰	藤岡市長	藤岡市	
美土里堰	藤岡市長	藤岡市	
鮎川用水	藤岡市長	藤岡市	

※水利権者

六堰のうち
 二堰 知事
 一堰 改良区
 三堰 藤岡市長

※実質管理者

六堰のうち
 四堰 藤岡市長
 二堰 改良区

農業水利権の概念とその主体

「表―2 水利権の譲渡」(8頁)

取水口	現水利権者↓	新水利権者	備考
藤岡頭首工	群馬県知事↓	藤岡市長	
三名川頭首工	藤岡改良区↓	藤岡市長	
鮎川頭首工	群馬県知事↓	藤岡市長	
鮎川堰	藤岡市長↓	藤岡市長	
美土里堰	藤岡市長↓	藤岡市長	
鮎川用水	藤岡市長↓	藤岡市長	

○今後の措置
河川法三四条、二三、二四、二六条の一括申請