

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 29 年 6 月 10 日現在

機関番号：32690

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2014～2016

課題番号：26380139

研究課題名(和文)水取引制度に関する法理論の研究 水利権譲渡の理論とその運用

研究課題名(英文) A Study of Legal Theory About Water Trade System: Theory and Practice for Transferable Water Rights.

研究代表者

宮崎 淳 (MIYAZAKI, Atsushi)

創価大学・法学部・教授

研究者番号：30267489

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,800,000円

研究成果の概要(和文)：水利権は、権利譲渡に関して抑制的に機能する性質をもつ。なぜなら、水利権は水の利用・管理の具体的事実を伴う権利であるとともに、特定の目的のために必要な量と質の水を排他的かつ継続的に利用できる権利であると定義されるからである。このような権利内容から水の利用・管理の具体的事実を除外し、その定義から水利用の特定目的を取り除くことにより、権利が観念化され、水利権の譲渡が可能となる。すなわち、水利権につき一定の水量を利用できる権利として再定義し、観念化させることによりその譲渡の途を拓くことができるのである。

研究成果の概要(英文)：Japan, at present, has a no water trade system. In theory, this system is based on transferable water rights without legal obstacles. However, in Japan, the transferring of water rights is restrained with difficulty, which is defined as follows. A water right is a legal entitlement authorizing water to be used exclusively and continuously for a specified purpose. This means that the right is restricted to transfer for a specific purpose. If a water right could be re-defined as an entitlement to use only a specified volume of water for a non-purpose, then transfer would be possible with no legal barriers. My assessment is to consider a method making water rights transferable with the exclusion of specific purpose from the definition of water rights.

研究分野：水法

キーワード：水取引 水利権の譲渡 水資源管理 地下水規制 水循環基本法

### 1. 研究開始当初の背景

持続可能な社会の構築のためには、健全な水循環を維持しつつ、水資源の配分システムを再構成することが必要である。

かつての水資源の配分は、水供給の逼迫に対してダム建設等の水資源開発というハードな側面から対応してきたが、近時では、環境保護意識の高揚や財政的理由によってその路線がソフト面の対策へと修正を余儀なくされている。さらに、昨今、地球規模で生じている、気候変動による渇水リスクの高まりに際しては、管理システムの構築も急務となっている。

かかる管理システムについては、容易にアクセス可能な地下水への過度な依存を避けるとともに、水資源の効率的な利用の促進により余剰水を生み出し、それを優先度の高い水需要に再配分する仕組みが求められる。つまり、健全な水循環を維持しつつ、このようなニーズに対応するために、ソフト面から水資源の再配分を可能にする制度について検討する必要がある。かかる制度のひとつとして、水取引つまり水利権譲渡の法装置が検証されることは、時代の要請でもある。

今後、当制度をいかに設計し運用していくかは、健全な水循環の構築に向けた水資源管理の中心的課題である。しかしながら、水利権の譲渡はわが国では一般的に承認されていない。すなわち、河川法 34 条は、河川管理者の承認を得ることを条件に水利権の譲渡を認めてはいるものの、その承認はほとんどなされていない現状にある。つまり、日本において水利権の譲渡は、制度として有効に活用されていないのである。これは、わが国では水利権の自由な売買や賃貸借が容認されてこなかったことを含意する。そのため、水利権譲渡を支える法理論的研究は不十分な状況にあるといえる。

そこで、権利譲渡が認められる条件を析出するなど、水取引制度に関する法理論的な基盤を整備することが要請されるのである。

### 2. 研究の目的

本研究は、地下水規制のあり方および水利権譲渡の理論について考察することにより、健全な水循環の維持・回復を図るとともに、水資源を再配分するための水取引制度の導入に向けた法的基盤の整備に資することを目的とする。

水取引に関する法理論を解明する目的は、水利権の譲渡を認める条件について政策的に判断するための理論的基盤を提供することにある。また、権利譲渡の法理論の究明は、水利権に内在する制約を明らかにし、権利からその制約を解放することであると解される。このような水利権譲渡の制限および条件に関する理論を基礎にして、水取引の具体的な条件が析出され、その法的環境が整備されると考えられるのである。

### 3. 研究の方法

水取引の法理論、つまり水利権譲渡の理論を考察するにあたり、まず、地下水の公共性および地下水規制のあり方に論及する必要がある。なぜなら、水循環を前提にして地下水と地表水が統合的に捕捉されなければ、水取引制度が十分に機能しないからである。したがって、その統合理論の手掛かりとして地下水の公共性の解釈に基づきその規制のあり方を研究することにより、その実践を通じて水取引制度の機能が担保されると考えるのである。

水利権譲渡の条件を考察するに際し重要なことは、水利権内在の制約を解明すること、すなわち自由に取引が認められる他の財産権との本質的な相違を明確にすることである。水利権の譲渡を制限する要因が、水利権の特殊性にあるとするならば、それを譲渡可能な形式に置き換えることにより、その譲渡が可能となると考える。したがって、本研究は、水利権という特殊な権利に内在する制約を明らかにし、それが権利譲渡の制限を導くと理解したうえで、その制約を水利権の要素から抜き取ることで、権利の譲渡を可能とする理論を導出しようとする。

また、水利権の譲渡に関する研究にあたっては、米国カリフォルニア州およびオーストラリア等における水市場を支える法理論が有益な視点を提供する。わが国の法体系との適合に留意しつつ、これらの法理論から示唆を得る。

具体的な研究方法は、つぎの通りである。

第一に、地表水と地下水の統合理論に関する予備的考察として、地下水の公共性ならびに地下水規制のあり方について、水循環基本法との整合および憲法適合性の観点から研究する。

第二に、水の再配分制度としての水利権譲渡の研究については、水利権の性質を多角的に分析し、それを踏まえて水利権の本質的な性質を観念性の欠如に求め、権利の観念化を図ることにより、権利譲渡の可能性を拓く途を提示する。

### 4. 研究成果

#### (1) 本研究の構成

わが国の水取引制度を支える法理論を研究するためには、その予備的考察として、水循環の視点から水の法的性質をいかに解釈するかという問題について論及する必要がある。なぜなら、判例および通説によれば、河川水は公水と解される一方、地下水は私水と捉えられ、地表水と地下水の性質が相違するため、水循環を前提とした水政策と整合が図れない状況にあるからである。たとえば、渇水時に河川水の取水が制限されると、利水者は水源を地下水に求めるため、その水位が低下するという事象は、両者が統合的に理解されていないことを示す典型的な例である。

そこで、本研究では、水循環基本法の制定

を受けて、同法に基づき地下水の公共性につき考察し、河川水と地下水の統合的捕捉への観点を提供する(2)。つぎに、地下水の保全と利用の調和の角度から、地下水規制としての地下水の採取許可制度に関する憲法上の問題について考察する。この課題を取り上げるのは、地下水の採取許可制度を導入する地方公共団体の実務にとって、地下水規制と財産権としての土地所有権との関係は、深刻な問題として認識されてきたからである(3)。さらに、「水循環基本計画」で示された「地域特性に応じた地下水マネジメント」を実現するために、地方公共団体による地下水管理の実態を類型化し、条例による地下水の保全と利用に関する法制度の特徴と課題について考察する(4)。最後に、以上のような地下水に関する研究につき、地下水と地表水の統合理論の予備的考察と位置づけたい。うで、当該研究の中心的課題である、水利権の譲渡を可能とする法理論について私見を提示する(5)。

本研究は、水循環における地下水の機能を意識し、水取引の法理論として水利権の譲渡を可能にする立論を明示する点に特徴がある。

## (2) 水循環基本法と地下水の公共性

水取引は、健全な水循環の構築に向けた水資源管理に適合するように制度設計されねばならない。水取引制度の基盤となる水資源管理の法理論については、平成26年3月に成立した水循環基本法と既存の法律との整合が課題となる。そこで、同法の基本理念である水の公共性と地下水に関する法の接合理論について研究した。というのは、地下水は健全な水循環を支え、水利権の客体となる河川水と密接に関係しているからである。

基本法3条2項で定める水の公共性につき河川水と地下水のそれを対比させると、前者は河川法2条2項により一律に公水と解されるが、後者は一般的に適用される法律が存在しないため、その法的性質は解釈に委ねられている。

地下水の法的性質については、公水が管理されることを前提とした概念であることを踏まえ、地下水の管理可能性の視点からアプローチすることが肝要である。地下水は不可視であると共に、不均質で入り組んだ地質と地形を容器とするから、その管理は困難である。したがって、地下水の流動システムを解明しそれを管理可能な状況に置いていない段階では、地下水を公水とするための要件を充足していないと考え、民法207条を根拠に土地所有権の効力が地下水に及ぶと解すべきであろう。

そのうえで、基本法3条3項を民法207条の「法令の制限」と捉えることにより、土地所有者等は健全な水循環が維持できる範囲内で地下水を利用しようとの準則が導出され、かかる水循環の維持に地下水の公共性が

反映されていると考えられる。

如上の解釈を基礎として、地下水はローカルな水資源であるから、必要があれば条例によってその採取が規制されると解される。この立場によれば、地下水の性質は地域に適した地下水管理システムの構築過程でその具体的施策を導くために要請される、当該地域の法的問題として把握されることになる。このような理解は、地域特性に応じた施策の策定・実施を求める基本法5条の趣旨にも合致するのである。

## (3) 地下水規制と財産権の保障

地下水の採取を法律または条例で規制することは、土地所有権を制限することになり、憲法29条が保障する財産権を侵害するのではないかとの問題意識から、憲法適合的な地下水の採取許可制度のあり方について研究した。

具体的には、地下水規制のために井戸の設置を禁止した条例の規定は憲法29条2項に違反しないとした、東京高判平成26年1月30日判自387号11頁が最高裁によって確定されたことを受け、井戸設置規制条例に関する裁判所の合憲性判断を分析するとともに、地下水規制として地下水の採取許可制度を取り上げ、憲法適合性からみた当制度のあり方について考察した。

まず、井戸設置規制条例に関する第一審と控訴審の合憲性審査について引用先例の相違の角度から検討し、控訴審判決は地下水採取の規制を土地所有権に対する制約と捕捉し、制約される土地所有権の「事の性質」に鑑み、立法事実在即した比較的厳格な合憲性判断をしたと解釈される。そして、このような合憲性審査は、井戸設置規制条例の事案のみにとどまることなく、地下水規制が土地所有権に対する制約として捉えられる限り、地下水規制一般に敷衍されることが考えられる。

つぎに、地下水の採取許可制度について、その法的構成を許可的規制と特許的規制に区分し、規制の程度の観点からそれらを対置させ、両規制類型が必要かつ合理的な規制とされる要素を抽出した。

地下水の採取許可制度については、立法事実に基づき健全な水循環を維持・回復するために、規制を必要とする地域と揚水規模および合理的な許可基準が当制度に内包されることが重要である。すなわち、規制の対象となる地域と揚水規模および合理的な許可基準という要素が、立法事実に基づき採取許可制度の内容を構成することが重視されるといえる。

これらの要素を具体化するためには、当該地域における地下水障害の構造がある程度明らかにされる必要がある。なぜなら、地下水障害のメカニズムの解明なしに、その防止を図ることはできないからである。したがって、規制の法的構成にかかわらず地下水の採取許可制の導入のためには、地下水障害のメ

カニズムに基づきこれらの要素を具現化することが求められる。

特許的規制にとって肝心な事柄は、地下水の流動システムを把握し、地下水を概ね管理可能な状況に置くことである。なぜなら、かかる条件が整ったときに、特許としての地下水使用権が理論的に設定できるようになるからである。

さらに地下水が概ね管理可能な状態になっていたとしても、特許的規制は法理論的な視点から、地下水は河川水と同じ管理の理論に服しうるかという問題に回答しなければならない。すなわち、地下水を河川水と同一平面で扱うことが可能であるにしても、管理責任につき両者が同次元で対処されることの当否が問われなければならないのである。この点については、地下水の地域特性を認識したうえで、地下水の公水化を基礎づける立法事実在即して慎重に検討される必要がある。

地下水の採取許可制につき、規制の程度が比較的弱い許可的規制の導入のためには、地下水障害のメカニズムを把握する必要がある一方で、規制が強い特許的規制の導入には、地下水の流動システムの解明、いわゆる「地下水の見える化」を推進し、地下水を概ね管理可能な状態に置くことが不可欠である。したがって、地下水規制のあり方として、その管理ができない段階ではできる限り弱い規制にとどめ、ある程度、管理可能な状態になれば厳格な規制に移行させるというように、段階的な規制の仕組みを構築することが、肝要となるのである。

#### (4) 地域特性に応じた地下水の保全と利用の段階的構造

水問題は、当該地域の特有の課題として現れる。それゆえ、水循環基本法は、5条で地方公共団体に対し自主的かつ主体的にその地域の特性に応じた施策を策定し実施する責務を有すると定め、15条では国とともに地方公共団体にも水循環に対する影響を及ぼす水の利用等に対する規制その他の措置を適切に講ずることを求めたのである。

地方公共団体による地下水管理の実態は、【未規制型】【届出型】【許可型】【負担金徴収型】に類型化できる。地下水の採取規制のあり方について考察する際には、これら4類型の中でも、健全な水循環を維持しうる限り土地所有者等が地下水を利用できるとの考え方に基礎を置く、【未規制型】を起点に据えることが重要である。なぜなら、地下水規制の必要性およびその程度を検討するにあたり、当初は規制を緩く設定し次第に厳格化していく方が、財産権規制に関する憲法理論上の要請に応えることができるからである。また実務の面からも、規制の程度を緩い基準から厳格なそれへとグレードを上げていくことによって、当該地域の水環境、社会経済状況および市民の地下水保全意識等に適応

した地下水規制の仕組みが構築できると考えられるからである。

さらに、アジアモンスーン気候にある日本では降雨量も比較的多く、水収支のバランスがとれていれば持続可能な地下水利用ができることが、科学的に検証されてきていることも、【未規制型】を起点にすることの裏づけとなる。とくに、濃尾平野においては水源転換に伴う地下水採取規制によって、熊本地域では採取規制や涵養事業によって地下水位の低下が回復し、持続可能な地下水利用の見通しが立ってきたことが、今までの調査研究の蓄積から明らかとなっている。

このような水環境のもとでは、健全な水循環の維持という制限内で土地所有者等が地下水を利用しうるのと立場をベースに据え、規制の度合いをどの程度にするかを考慮して、段階的に地下水保全対策を推進していくことが現実的であろう。

地下水保全対策の主体である地方公共団体の側からも、制限内の利用を始点とすることで、当該地域に適応した規制のあり方をより幅の広いメニューの中から選択することが可能になると考えられる。

#### (5) 水利権の譲渡を可能にする法理論

水利権の譲渡を可能とする理論の考察は、水取引の法理論に関する研究の中核部分を占める。

水利権は、水の利用・管理の具体的事実を伴う、観念性が欠如した権利である。そのため、水利目的もしくは水の利用・管理の事実が消滅した場合または水源が枯渇した場合には、水利権も当然に滅失する。この点が、典型的な物権とは異なる水利権に内在する特質である。

水の利用・管理に関する具体的事実の形成のためには、水を利用可能な状態にするための水利施設が必要となる。それゆえ、水利に必要な水利施設を設置管理しているという事実が、それによって利用可能となった水を使用する権利の成立の論拠とされることになる。したがって、水利権は、水を利用しうる状態に置くために必要とされる水利施設の設置管理を基礎として成立する権利であるといえる。また、このような水利施設の設置管理に関する権限は、水利権とは区別されるところの、水利のための不動産に対する権限を指すから、水利権の権利外在的な構成要素と位置づけられるのである。

このように分析される水利権は、権利譲渡に関して抑制的に機能する性質をもつ。なぜなら、水の利用・管理の具体的事実を伴うことにより、観念性を欠いているからである。このことは、水の利用・管理の具体的事実が生じている土地に水利権が拘束されることを含意する。権利譲渡を可能にするためには、水の利用・管理の具体的事実、つまりかかる事実が生じている土地から水利権を解放し、権利を観念化させる必要がある。

特定の目的のために必要な量と質の水を継続的、排他的に利用しうる権利である水利権について、これを観念化することは、この権利内容から水利目的を除外することである。つまり、観念化された水利権とは、一定の水量を継続的、排他的に利用しうる権利と定義づけられる。水利権につき一定の水量を利用しうる権利として観念化することにより、その譲渡が可能となるのである。許可水利権ならば、水利使用規則に記載されている水利使用の内容から、取水量のみを利用権の対象として取り出したものが観念性を伴う水利権となる。

このような立論によれば、従前からの水利権の権利内容を維持したうえで、観念化された水利権の概念を析出することにより、それを譲渡する途が拓かれる。ここで提示された理論は、水利権の観念化によってその権利譲渡を可能とする法理論であるといえるのである。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 6件)

宮崎淳「地下水規制と財産権の保障 憲法適合性からみた採取許可制度」創価法学 46巻 2-3号(2017年)179-210頁(査読無)

宮崎淳「地域特性に応じた地下水の保全と利用の法的構造 地下水保全法の制定に向けて」創価法学 45巻 3号(2016年)39-61頁(査読無)

宮崎淳「水利権の特質と権利の観念化 権利譲渡の法理論」創価法学 45巻 2号(2015年)117-139頁(査読無)

宮崎淳「水循環基本法における地下水管理の法理論 地下水の法的性質をめぐって」地下水学会誌 57巻 1号(2015年)63-72頁(査読有)

宮崎淳「水循環基本法における基本理念の展開と今後の政策課題 立法過程での修正を踏まえて」創価法学 44巻 2号(2014年)191-218頁(査読無)

宮崎淳「地下水の公共性とその法的性質 水循環基本法の制定を契機として」水循環貯留と浸透 94号(2014年)35-39頁(査読無)

[学会発表](計 4件)

宮崎淳「地下水の採取許可制度と財産権の保障」日本地下水学会、2016年10月21日、長崎新聞文化ホール(長崎県・長崎市)

宮崎淳「地域特性に応じた地下水保全の法制度」水資源・環境学会、2016年3月12日、立命館大学(大阪府・茨木市)

宮崎淳「地下水保全法原案の概要と地下水保全のあり方」人間環境問題研究会、2015年10月17日、明治大学(東京都・千代田区)

宮崎淳「水循環基本法と地下水の法的性質 地下水は公水か?」日本地下水学会、

2014年5月23日、日本大学文理学部(東京都・世田谷区)

[その他]  
創価大学研究者情報データベース  
<https://fpes.soka.ac.jp/>

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

宮崎 淳(MIYAZAKI, Atsushi)

創価大学・法学部・教授

研究者番号: 30267489