

水 法 論 序 説

——とくに国有林野上の普通河川をめぐる——

黒 木 三 郎

第一章 序 論

一 流水利用は、生活用水、農業用水等について幕藩体制の下「村」(むら)を中心に水利秩序が確立され、領主はその慣行を認めて地域集団内部の自主的規制に委せていた。明治以降も伝統的な水利慣行が維持されたが、明治二年河川法が制定され、治水対策立法として国家の強力な監督下におかれることになり、工業用水、上水道用水、発電用水等都市用水の需要が高まるにつれて、農業慣行水利権との紛争を調整する必要が生じた。さらに戦後は昭和三年、特定多目的ダム法、昭和三六年、水資源開発促進法等一連の河川立法が制定されたが、河川の統一的な管理制度を規制するため昭和三九年、新河川法が制定された。しかし、本法は工業、発電等の水利権を確保するため慣行水利権の解体を押しすすめる方向をめざすものといえる。

近來、農村においても生活態様が急激に変化し、農業用水利権の慣行も例外でなく変化した。他方、従来は余り問題とされなかった飲料水の需要が高まり、上水道の浄水化工事、水質問題のほか、パック・瓶詰自然水の採取権及び流水占用料、水源税等の要望が重要な問題を提起している。

二 河川法は河川の管理者について、一級河川については建設大臣、二級河川については都道府県知事が行い、さらに一級河川の管理については建設大臣が一定区間を定めて知事に管理を委託することができる、としている。さらに一、二級河川以外の河川で市町村長が指定したものについては二級河川に関する規定を準用する、としている。しかし、「公共の水流又は水面」で河川法の対象外におかれる公共物としての河川は、通常「普通河川」と呼ばれ、地方公共団体が条例を以て管理について定める外は、市町村や水利組合、土地改良区あるいは地主等が事実上管理しているにすぎず、管理上の責任が明確でない。近時の判例も、いわゆる隣人訴訟事件で、幼児が農業用溜池に入って水死した事件について、溜池の所有権は市にあり、その管理権は水利組合と市に重疊的に帰属するとしながらも、市には設置管理上の瑕疵がないとし、設置管理者でない県と国についても国家賠償法第二条の適用はない、とし、幼児水死の責任は専ら監護教育者としての親とその幼児を預った隣人にあるとしている（津地判昭和五八・二・二五）⁽¹⁾。しかし、最高裁昭和五九年一月二九日判決は、京都市における普通河川で幼児が水死した事件について、市の管理条例は制定されていなくとも、事実上市が管理している場合には地方公共団体としての京都市が国家賠償法二条一項の責任を負う公共団体にあたる、としている⁽²⁾。

普通河川については、河川法の対象となっていないため、法制的には国、都道府県、市町村には管理責任を問い得ず、地方公共団体が条例を制定している場合についてのみ地方公共団体に法的管理責任があることになる。しかし、最高裁が今回判示したように、事実上市町村が普通河川を管理している場合には管理責任を免れ得ないとしたことは、管理責任の方向を示したものとして注目される。

三 国有林野は、水資源のかん養、治山、治水等について重要な役割を果している。しかし国有林野内の河川敷地の管理については、従来、建設省と農水省との間に見解の対立があった。そこで昭和五四年五月二八日両者間に次のような見解の一致をみた。すなわち、河川敷地を国有林野として一体的管理を行うことが適當であると認められる場合には、河川法による河川の性格を変えることなく、国有財産法上の企業用財産として農林水産省の管理下に置いている。企業用財産として不要になったら普通財産として売却交換することは差支えない。河川敷地のうち河川工事の施行に必要なものについては建設省へ所管換をする。

以上のごとくであるが、河川工事については前述のように国有林野内といえども建設省が行うことを明言している（後述）。しかし、ここでいわゆる河川敷地とは河川法上の河川敷地であるから、河川法の適用されない普通河川については言及されていない、とみななければならない。すなわち、普通河川については、建設大臣の管理が及ばない。したがって、普通河川の管理については少なくとも河川敷地については土地所有者に管理の権利義務があり、土地を構成する部分と考えられる。流水についても、その土地の区域にとどまる限りは土地所有権と一体をなすと考えられ

るが、流水は、地上地下の何処からともなく来たりて何処へともなく去つてゆくのであるから、土地占有者が汲水施設を設置し独占排他的に区域内の流水のすべてを酌みつくすことは権利の乱用となる。しかし従来、公共物としての流水については、所有権を云々するより利用の目的が適切である限り利用権として論ぜられてきたのであり、河川法は流水について私権の設定を禁じている。河川法の適用外とされる普通河川の流水についても、流水の性格上趣旨は同様であると考えられる。しかし、この場合、土地占有者に流水の利用権や管理上の責任を認めてよいのではないか、という問題は十分議論に価する。

四 水をめぐる法律問題は、従来、主として水利権者間の紛争、池沼河川の管理責任と事故発生、自然又は人為災害と国家賠償、水質汚濁による被害と責任等についてであった。しかし、今後は紛争や事故を未然に防止し、仮りに事故や損害が発生した場合には、その原因究明と速やかな事後処理、責任説明がなされるように管理法制を整備しなければならぬ。また、河川工事を担当する建設省やその他の管理者にのみ管理についての行政責任を負わせることなく、土地占有者の責任についても明確にし、水質汚濁や河川環境の悪化を防止するための施策を十分な予算の裏付けの下に実施し、とくに山野を流れる溪流や大都市における廃水に対する配慮に事欠いてはならない。そして、これらの流水についての問題は、ほとんど法的には不明確な法定外公共物という普通河川についてである。

さらにまた、流水については公共物ではあるが、無主物とする議論がある。もし無主物であるとすれば、不動産なら国有となり、動産なら先占の理論によらなければならない。わが国の狩猟制度は、野生鳥獣を無主の動産とするこ

とを前提として成立している。しかし、山間の野草はハイカーが採取することがあっても無主物とはいえない。溪流の水もまた無主物たる動産を歩行者が酌みとるのではない。流水を独立した不動産と考えた場合、無主物なら国有財産になるであろうが、そうではあるまい。むしろ土地を構成する部分として理解できないであろうか。地下水、湧水、流水の何れもが土地の構成部分であることを前提としつつも、土地そのものと分離して排他的に支配可能となる限り、その時点で独立した物となり得る。鉱泉水、温泉水等の地下水や湧水は、経済的に価値の高い物質である。源泉は、一筆の鉱泉地として土地の構成部分とする理論も成立し得るが、土地占有権とは分離して鉱水又は温泉水を利用する独立の権利として理論構成することも可能である。とくに従来の慣習によって村落共同体の管理、規制が及んでいる場合には、土地そのものの所有又は占有の権利とは別箇の権利として承認せられること当然であろう。しかし、鉱水を含めて地下水の採取が土地基盤をゆるめ陥没や土砂崩れのおそれが生じたり、隣接又は他地域の地下水の減少をもたらす場合には、直ちに採取は中止させられねばならない。この論理は、流水利用についても推論できる。したがって、その限りでは単に土地の構成部分たることの理論で一貫することはできない。すなわち、流水（地下水等を含む）については、それが土地の一部とも、また独立した物とも判然となし得ない理由がそこにある。しかし、いったん採取され器物等に入れられた水は、もはや当然に私権の対象となる独立した「物」である。人工の池やプールに貯めた水は、明らかに私物である。養魚用に流水を堰で仕切った場合はどうか。静止した水については私物であるが、流水の状態にある限り公物としての公共物たることを止めるわけではない。もっとも公共物もまた私権の対象になり得ないということはないから、公共物たる流水に私権の支配が及んだ場合にも公共物であっていいわ

けである。

日本は昔から水の豊かな国といわれてきた。今日でも他国に比して日本は確かに水に恵まれている。しかし、そのために反って節水の公衆道徳感がうすれている。異常渇水の状態になった場合にのみ、節水が叫ばれる。備えあれば憂えなし。自然環境を保全することによって、豊かな水を創り出す努力を怠ってはならない。水源涵養林は保安林として伐採が禁止されている。水そのものは、国民の財産である。法律論としては、土地の一部か、独立した「物」か、を論ずることができても、思想的には流水は国民すべてのものであり、自然環境の一部である。それ故にこそ、豊かな水を創り出し、貯蔵し、天然の恵沢としての豊かな水の保全に努めるべきであろう。そしてそのためには、公共的公益的機能をもつ水源地域の保全については、単にそれを保安林として伐採を制限する程度でいいであろうか。今日ほどに自然環境としての森林の治山治水が叫ばれたことはない。国有林野は、管理、利用の側面から保存林野、経営林野、地元施設林野に分類できるが、とくに保存林野としての機能をもつ保存すべき林野は重要である。もちろんそれは国有林野に限るわけではない。民有林野においても、保存林野としての機能をもつ林野については、河川行政を含めて国家的事業として保存管理行政を強化すべきであろう。

五 水利利用は明治中期以降は専ら建設行政の観点からのみ管理され、農業用慣行水利権さえ河川法上の許可水利権とみなされてきた。しかし、農林業にとって河川の水は当然に必要であって、建設行政に関係はない。農地や林地を流れ、山峡に発する湧水、溪流は農林行政と密接に関係がある。いま、自然環境にとって河川行政はきわめて重要で

あり、行政管轄を越えて国民の重大関心事である。河川法関係諸法令、工業用水法、公有水面埋立法、国有財産法、水道法、下水道法、特定多目的ダム法、水資源開発促進法、水源地域対策特別措置法、発電用施設周辺地域整備法、砂利採取法、砂防法、地すべり等防止法、治山治水緊急措置法、水防法、水質汚濁防止法、水産資源保護法等水をめぐる多くの関係法令を貫く原則的な基本事項を規定する水基本法を早急に立法する必要を痛感している。

本稿では、水法論を考察する手がかりとして、流水を国有林野内に限って検討する。そして、とくに法定外公物とされる普通河川に対する法制度上の不備は、その管理上責任の不明確がもたらす事故責任の回避となって法律問題のみならず重大な社会的問題を惹起している。いま、私は水源の流水法研究のため、各地域において、とくに地方公共団体が如何なる管理を現実に行なっているのかについての調査に乗り出している。本稿は今後の調査研究のための試論にすぎないが、本稿を敬愛する島田、矢頭、中村三教授の還暦を祝して捧げるものである。

(1) 津地裁昭和五八年二月二五日第一民事部判決（昭和五二年（一）一九〇号・同五四年（一）四七号損害賠償請求事件）。本件は隣人訴訟としてしばしば取りあげられ、法律的にも社会的にも大きな影響を与えた。私も「隣人の『善意』が裁かれる」（季刊・治安と人権八五号）で詳しく論じた。なお、星野英一編「隣人訴訟と法の役割」有斐閣（昭和五九年）は、本件をめぐる座談会で詳細に討議されているが、溜池の管理責任については十分には問題とされていない。

(2) 平田浩「普通河川を事実上管理する市が國家賠償法二条一項の責任を負う公共団体にあたるとされた事例」最高裁昭和五九年一月二九日第一小法廷判決（昭和五四（特）第八七六号損害賠償請求事件）（時の判例）ジュリスト八三九号六六頁。

佐原明則「普通河川の管理責任（昭五九、一一、二九最高一小判）」昭和五九年度重要判例例題解説」ジュリスト臨時増刊八三八号四六頁。

その他にも秦庸夫（「河川」四六三）、林修三（「時の法令」一一三八）がある。とくに後者は普通河川の管理責任に關す

る法制度の不備を厳しく論難している。

第二章 河川法上の河川と国有林野

一 河川法の改正理由

現行の河川法は、昭和三十九年七月一〇日に公布され、翌昭和四〇年四月一日から施行されている。この河川法は、明治二九年に制定された旧河川法を全面的に改正したものである。すなわち、旧河川法は治水に重点をおき、利水の面に十分の配慮が払われていなかったため、近代産業の発展に伴い河川の流水利用が増加し、とくに水力発電は治水及び既存の慣行水利に大きな影響を与えたので、しばしば改正が發議されていた。当時、河川法を所管していた内務省と利水事業を所管していた逓信省、農林省等とは意見が一致せず、戦後二〇年を経て漸く全面的に改正するに至ったのである。

河川法の改正理由は、第一に、新憲法の制定に伴い、国の行政及び地方制度に大幅な変革が行われたため河川管理制度を改め、国民の権利義務に関連する河川管理方式の近代化をはかったこと。第二に、社会経済の発展に応じ従来の区間主義の河川管理体系を改め、水系を一貫した河川の管理体系として確立しようとしたこと。第三に、利水関係規定の整備をはかり、農業・発電・上水道・工業用水道等多岐にわたる用途と新しい水利使用との調整を図る規定を整備したこと。第四に、ダムの設置又は操作に伴う災害の発生防止規定を整備すること等であった。

二 河川法の目的

本法の目的は、河川による災害を防止し、河川の利用を適正化し、流水の正常な機能が維持されるよう総合的に管理することによって、国土の保全と開発に寄与し、公共の安全と福祉を増進することであつた（第一条）。本法の内容を概観すれば、第一に、従来の適用河川、準用河川の制度を廃止し、河川を水系別に一級河川及び二級河川に区分した。すなわち、一級河川は、国土保全上又は国民経済上とくに重要な水系で、河川審議会及び知事の意見をきいた上で建設大臣が指定し、二級河川は、一級河川以外の河川で公共の利害に重大な関係があるものについて、関係市町村長の意見を聞いて知事が指定するものとした。さらに一級河川及び二級河川以外の河川で、市町村長が指定したものについては、二級河川に関する規定を準用することとした。第二に、河川管理者は、一級河川については建設大臣、二級河川については都道府県知事が行い、さらに一級河川の管理については、建設大臣が一定の区間を定めて知事にその管理の一部を行わせるものとした。第三に、河川管理費の負担については、一級河川については国、二級河川については都道府県が負担するが、改良工事についての費用は国と都道府県が分担するものとした。第四に、流水専用料その他河川から生ずる収入は従来どおり都道府県の収入とした。第五に、水利使用の許可については、既得の水利権を保護しつつ調整を図ることとした。第六に、建設大臣の諮問機関として一級河川及びその他河川の水利調整の重要事項を調査審議するため建設省に河川審議会を設置し、また都道府県知事の諮問に応じ二級河川に関して条例で河川審議会を設置することができるとしたこと等を定めた。

三 河川の管理

しかし、本法で云う「河川」とは、「公共の水流及び水面」で、（四条一項）「一級河川及び二級河川をいい、これらの河川に係る河川管理施設を含む」（第三条）とされており、「公共用物」であるため「河川の流水は、私権の目的となることができない」（第二条二項）と定められている。なお、一級河川及び二級河川以外の河川で市町村長が指定した河川は、本法中二級河川に関する規定が準用される（準用河川）。しかし、「公共の水流又は水面」でも本法の対象外におかれる公共物としての河川があり、これらは通常「普通河川」と呼ばれている。普通河川については、一級、二級および準用河川に対する管理以上に地方公共団体が条例をもって強力な河川管理をおこなうことはできないことを判例は明言した（最高判昭五三年一月二二日）。しかし、普通河川については、原則として市町村が管理条例を制定して管理することが好ましいが、条例を制定しないまま築堤し、しゅんせつ等の事実管理を行っている例は多い。しかし、地方公共団体の条例が存しない場合、普通河川に関して、国有の河川敷地については国有財産法の規定によって財産管理が行なわれるが、この場合の管理者は、建設省所管国有財産取扱規則第三条の規定によって、建設大臣の部局の長としての都道府県知事である。

四 国有林野内の河川

しかし、国有林野内の河川敷地については、建設省は農林水産省との間に見解を統一した。すなわち、国有林野内を流れる流水及び敷地について、国有財産の適正管理という見地から、国有林野としての一体的管理を行うことが適

当と認められる場合には、「河川法による河川としての性格を変えることなく」国有財産法上の企業財産として管理することができるとし、国有林野の管理者たる農林水産大臣が、河川法第九条の協議を要する行為を行うときは、河川管理者たる建設大臣または都道府県知事と協議を要するものとした。すなわち、河川行政はすべて原則として建設大臣の所管することとされているが、国有林野内における河川については国有林野との一体性を考えて農林水産大臣が企業財産または普通財産として管理することとし、必要ある場合に限って建設大臣と協議することとされた（後述）。

しかし、これによって国有林野内の河川のすべてについて、見解と解釈が統一されたのではない。すなわち、河川法で規定する「河川」は自然の河川すべてを含むものではない。河川法が適用または準用されないいわゆる普通河川についてまで建設大臣の管理が及ぶかどうか、また普通河川ともいい得ない湧水や地下水についてはどうか。私有地上においても、「河川」でない水流及びその底地については、それが土地の私的所有権に含まれるものと解すれば、国有林野内の水流及びその底地は当然に国有林野と一体をなし、国有地としての土地所有権に含まれることになる。ただ問題は、国有林野内における公、共物としての、流水たる普通河川の管理についてはどうか、ということである。

第三章 河川の性格と河川敷及び水の利用法制

一 流水と河川の敷地

河川は、その流水と敷地の統合体として捉えられ、公物または公共用物として一般公衆の用に供せられることを原

則としている。したがって、旧河川法は「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス」と規定したが、現行河川法は河川の流水についてのみ私權の目的となることを禁止しているから、河川の敷地は所有權その他の財産權の目的となり得る。

河川区域には三つの部分があり、その一は、いわゆる河状を呈している土地で河岸の土地を含むが、洪水等一時的な天然現象で氾濫する部分は除かれる。その二は、ダム、堤防等河川管理施設の敷地であり、その三は、堤外の土地で地形上堤防が設置されているのと同じ状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地又は堤防の対岸に存する土地及び河状を呈する土地との間に存する土地等である。しかし、洪水の際に流水を一時貯留して下流の洪水量を減少させる働きをする「遊水地」も含まれている。ダム及びその貯水池の河川区域については、別に昭和四〇年建設省河開発三五号として河川局水政課長、開発課長通達が出されている。

さて、河川法の対象となる河川は「公共の水流及び水面」であり、これは公物または公共物とされており、さらに流水については私權の設定を禁じている。しかし、河川敷については、昭和四〇年一二月建設事務次官より「河川敷地占用許可準則」が通達され、公共占用の優先、公園緑地等が不足する都市部の河川については、一般公衆の利用のため河川敷の開放が指示された。さらに、その後の都市化の進展、地域社会のニーズの変化等によって、この準則と現実との間にギャップが生じたため「遊水地並びに湖沼及びダム貯水池周辺の河川敷地に関する基準、河川敷地等における植樹基準等を含めて河川敷地占用許可準則を見直す」作業が行われた（昭和五六・二二・一八河川審議会答申「河川環境管理のあり方について」）。たしかに、緑地やオープンスペースの少ない都市において河川敷地の空間を未利用の

まま放置することは好ましくない。すでに河川敷地は種々の目的で占用され利用されており、昭和五五年三月末現在で全国の一級河川の占用状況は次のごとくである。すなわち、公園・緑地が三、〇三三ヘクタール、運動場が二、二八五ヘクタール、採草地が一、二七〇九ヘクタール、田畑が一、三八三〇ヘクタール、ゴルフ場が一、七一七ヘクタール、自動車練習場が一、〇三三ヘクタール、その他が四、四一二ヘクタールとなっており、これを二級河川の河川敷における占用許可面積と合せると、実に約四五、〇〇〇ヘクタールに及んでいる。しかし、河川敷地と隣接する土地との境界が不明確な部分も多く、また不法占用等に対する対策も不十分であるため、今後の問題となっている。

二 公水と私水

つぎに、河川の水は何人の私有にも属さないから公物であり、公水ともいわれる。しかし、河川の水を利用して農業や生活用に使えば私水となるし、また庭に池をつくって引水したり排水したりして、私有地内を流れたり、池に溜めたりした水は私水である。公水である河川の水を利用するために、河川管理者の許可を受ければ、水利権が設定される。元来、誰のものでもない天然自然の水を部分的に継続して独占排他的に使用する慣行があれば、公物上に使用権が存在したことになる、とくに農業水利や飲水等生活用水利については慣行水利権として、その法的性格は物権としての私権である。しかし、同河川法では内務大臣が現行河川法では建設大臣が専管しており、「この法律の規定により許可を要する行為を行なっている者」として慣行上の農業水利権を個人または村落共同体としての土地改良区等法人格ある用水団体に認めているため、私権、公権化が行なわれているが、権利の本質は私権であることに変わり

はない。また、私有地内に降った雨水を貯めて生活用水にしたり、庭の池水に使用したりする場合は、当然に私水であり、さらに許可を受けて取水口から汲み出した水そのものは私水であること云うまでもない。河川の水は公水であっても、コップで汲み上げればコップの水は私水である。

三 地下水利用の制限

地下水については、どうであろうか。元来、地下水は土地の構成部分であるから、民法が土地の所有権はその上下に及ぶ（民法第二〇七条）としたため、自然に湧出する地下水がその土地に止まる限り、また掘削した井戸水についても土地占有権者の専用に属し、私水であるが、他人の土地に流出すれば流水となって公水となる。また、地下水は地下において水脈をなして稼動するため、私有地内の地下水を継続的に揚水すれば近隣の地下水に影響を与え、水の利用について制限を設ける必要が生ずる場合がある。とくに温泉地においては、自然に湧出する温泉も含め、ポンプアップして揚湯する場合など当然に他に影響し、近隣地において湧出していた温泉の量を減少または停止させる場合があるため、権利の乱用や他の温泉権の侵害に当たる場合がある。地下水の場合についても同様に考えられる。わが国で、地下水が大量に集中的に採取されはじめたのは大正時代に入ってからであるが、昭和十一年頃は戦前の最盛期といわれ、戦後は昭和三〇年頃に飛躍的に増大し、地盤沈下などが憂慮されるに至ったため、地下水採取の規制措置を講ずるに及んだ。

すなわち、昭和三十一年に工業用水法、昭和三十七年にビル用水法（建築物用地下水の採取の規制に関する法律）が制

定された。さらに、条例、要綱により許可制や届出制等なんらかの方式によって地下水採取を規制している自治体は、昭和五三年現在で二二都道府県、八八市町村であった。なお、環境庁、通産省、建設省及び国土庁等はそれぞれ別に地下水法案を立案していたが、このうち建設省案では、国土の保全と水資源の適正利用を目的とし、地下掘削行為を許可制とし、地下水採取料金を徴収して地下水管理費用相当分を償却しようと考えられたことがある。このように地下水を公水として法律で規制する考え方が一方、当然に地下水もまた私水であるという講学上の見解もある。しかし、民法が土地の所有権をその上下に及ぶとしながらも「法令ノ制限内」と規定しているから、土地に関する閉鎖された私的所有権を法令によって公共のためには開放するという政策がとられることがある。河川法もまた「河川の流水」については原則として「私権の目的」となることを禁止している。すなわち、これによって土地の表面を流れる表流水は公物であり、公水であり、且つ少くとも河川法に規定する「河川の流水」は私権の目的とはなり得ないことになる。もっとも先きに述べたように、慣行水利権は元来私権的性質をもつものであったが、河川法の規定にとりこまれ、すでに許可された公権として取扱われているが、それはむしろ河川行政上の側面からであって、住民側からみれば、慣行上の水利権は公権力といえども当然に尊重されねばならないところの財産上の私権的性質を失うものではない。もとより、民法第一条は「私権ハ公共ノ福祉ニ従フ」と規定しており、その限りでは土地についても水についても無制限に私権の行使をおこなうことは権利の乱用となる。さらに河川管理者によって許可された利水上の権利は公権であっても、いったん許可された限りは法令上の制限内において水の処分権を私的に有すること云うを俟たない。

四 外国の水法概説

(一) イギリスでは、小川や河川や自然の水路を流れる水に対しては所有権も財産権も存在し得ない。これらの流水は公共物であつて誰でもその流れに到達し、利用することができるからである。地下水についても、一定の場所にあるものや公共の水路にあるものには所有権は成立しない。しかし、私有地間に溜った水や降水で、人工または天然の水路や貯水池内に集ったものは、私的所有権の対象となる。地下水もまた上記以外の私有地内で取水者が取水し、その保持が継続される限り、取水者の財産と考えられる。

(二) フランスでは、表流水は、公水、私水および混合水流に分かれる。公水は、公益調査の後に国有財産として分類された河川、湖および運河から成り、可航水路の底地または岸に建設された建設物ならびに公共河川に建設されたダムを含む。私水は、公水でないものであつて、私的所有権に従い、私水の使用は自由であり、民法典および農業法典の規定に従う。混合水流は、水使用権は国家に属するが、権原に基づく権利および分類時に保有されていた権利に従う。また、その河川敷地は沿岸の土地所有者に属する。地下水は私水であり、土地所有者は自己の土地から生ずる湧水を使用し、利用する権利を有する。しかし、公共団体や地下水採取の特許を受けた者や公共的機関が公共のために地下水の採取を行う場合は、公共性の認定を受けなければならない。また一方、家事用以外の目的で地下水を採取する施設を設置するためには届出を要し、政府の監督に服する。

(三) イタリアでは、河川、急流、泉、湖とともに汲上げ地下水は、公水と考えられている。公水は国有財産であり、時効取得もできず、また譲渡もできない。公水は一定条件のもとに州および県の公有財産とすることができる。

公水以外は非公水であつて、とくに法律上の規定がないため私有権が成立しうるとされているが、占有されていない水の所有権は国有に帰すとされている。汲上げられていない地下水は、民法に従つて土地所有権の一部である。したがつて、非公水である地下水の開発権は、沿岸の所有者が法令で定められた距離および条件を守れば自由に利用できる。しかし、地下水探査の結果、地下水体として認知されたものは、法令の基準によつて公共事業者により公水として登録される。水体を発見した者は、開発特許を取得する優先権をもつ。公水として登録されていないところは、沿岸土地所有者はこれを自由に利用する権利をもっている。

四 スペインでは、すべての流水は、公水として公有財産の一部を形成するとされているが、飲用や洗たく用といった生活用水は、共有財産の公共的利用と考えられている。しかしまた、国、州、市町村の普通財産たる土地に降つた水は私水であつて私有財産と考えられている。すなわち、私有地の上下に存在して流れる水や水体は私水であり、公有地上に流れて行けば公水になる。湧水もまた、その湧き出る土地の法的地位によつて私水となつたり、公水となつたりする。地下水もまた通常の井戸から汲み出される限り土地所有者の完全な所有権に帰属するが、隣接所有者の取水量が減少することを考慮して、人口稠密地区では二メートル、農村地帯では一五メートルの距離をおかなければ新規掘削ができない。通常の井戸は、家事用の生活用水を取水するために掘られたもので人力しか用いないものをいう。掘削し、水車を設置するためには行政庁の認可を要する。また、土地所有者が掘り抜き井戸、横坑、地下水路によつて自己の土地から地下水を取水することは公水や他人の私水から引水しない限り自由である。これらの地下水工作物は、隣接の建物、鉄道、道路から四〇メートル、他の地下水工作物、湧泉、水路、運河、溝渠または公共の動物水飼

場から一〇〇メートル以上離さなければ設置できない。西アフリカのカナリヤ諸島に適用されている水法制は、本土とは異なり、すべての地下水の掘削採取および分水利用は、水の種類、水の所属する土地および水路からの距離のいかにかわらず公共事業省の出先機関である水利事務所の認可を必要とし、詳細な条件を付している。本土でも水が欠乏しかけてきたから、かかる公的規制を行なうことが望まれている。

(四) イスラエルでは、水資源をすべて公共の財産として国家の統制に服せしめ、住民の需要および国家の発展のために用いられるべきことが宣言されている。そして、「水資源」とは、湧水、河川、湖沼ならびにその他の流水および貯留水をいい、それが地表にあるか、自然状態そのままであるか、管理されているか、人工的に作られたものであるかにかかわらず、すべての水を含むとされ、さらにまた、湧水しているか、流下しているか、停滞しているか、その存在が継続的か一時的かを問わず、すべてを含み、さらに排水および下水を含む、とされている。したがって、土地の所有者または使用者が土地について有する私的な権利は、水資源についてのいかなる権利をも与えるものではない、とされている。地下水を汲み取るために井戸を掘削するには、水政長官の免許を要し、水資源の枯渇に対しては厳しく取締まられている。

(六) アメリカでは、特定の事項を除いては、利水その他水に関する事項は、州の固有の権限に属する。したがって州によって異なるが、水利権についての法制は、主として判例法によって発展した。しかし最近西部の乾燥地帯で成文法主義がとられるようになり、とくにカリフォルニア州の一九五七年法は水法典として最も進んでいるといわれている。

(七) またドイツでは、近代的な綜合的水法としては一九一三年プロイセン法であるが、最近では一九五七年に水利規制法 *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz-WHG)* が定められ、その後一九七六年と一九八〇年に若干修正され、水利に関するものが中心であるが、治水関係のものも含まれている。内容は、水体の効力範囲、水体の所有および利用の調整、認可および許可、旧法上の権利等の処理、水体の保護・保全・改良・高水防止、水利基本計画、水台帳等に及んでおり綜合的な水法典となっている。⁽³⁾

(八) 非常に水の少いイスラエルの場合には、水の豊富な日本と比較できないかも知れないが、アメリカやドイツにおいても地表水、地下水いずれも許認可制をとり、その利用を規制してゆこうとする傾向がつよい。日本は古来から水に恵まれているため節水の思想がなく、せいぜい豊富な水をあらゆる動力的なエネルギーに利用するために国家が統制を加えようとし、例えばダム用水、発電用水および工業用水が農業用水の取水量に影響を与えることのないように規制しようとするぐらいが水行政の目的とされている程度であった。しかし、今日、水質汚濁、河川環境の悪化、水害訴訟、公有水面埋立問題、地下水の乱採取による地盤沈下、ダム事業に伴う諸問題、飲料用のおいしい水需要等水に関する多くの難問に直面しているため綜合的に対処する方策が考えられねばならない。

(三) Giesecke/Wiedemann/Czychowski, *Wasserhaushaltsgesetz Kommentar*, 4., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1985. は、ドイツ水法典に関する最も新しく詳細な注釈書である。

第四章 法定外公共物上の権利

一 普通河川の法的性質

河川法は「公共の水流及び水面」である公水のうち政令で指定される一級河川及び都道府県知事が指定する二級河川に適用され、その外、市町村長が指定する河川に同法の規定を準用することを定めている。したがって、これらの一級河川、二級河川および準用河川に指定されていない河川は河川法の適用外となり、その管理について規定する条項は存在しない。このような河川法の適用のない河川、湖沼、用排水路等を「普通河川」といい、法定外公共物とされている。法定外公共物には、このほか道路法等に規定されていない脇道、旧道、取付道、路地、里道、畦畔などの道路、海岸法の対象としない海浜地、港湾法に規定されていない港湾、自然公園法や都市公園法によって対象とされている公園、緑地以外の公園や広場等もまたこれに属する。

法定外公共物については、直接これらを規制する法律は存在しないが、自然発生的に公共物になったもので、これらの法定外公共物に対しては無主物なのか、私的所有権が存立し得るのか、国有なのか、土地所有権又は占有権の従物なのか、あるいは土地の果実なのか多くの議論の存するところである。先づ、法律に規定がないから直ちに無主物とはいえない。しかし、野生鳥獣については、わが国の法律的解釈では無主物とされ、狩猟法上の制限内で民法上の先占の規定が適用されている。法定外公共物が無主物とされるなら、先占の規定によって私的所有権が成立することになるし、時効取得もまた論議されよう。しかし、河川法は、旧法では「河川並其ノ敷地若ハ流水」は私権の目的と

することはできないと定め、私的所有権の存立する可能性を否定したが、現行河川法は、そのうち「河川並其の敷地」を外し、「河川の流水」のみについて私権の目的とすることを禁止したから、河川敷地については私権の存立を認め得るものとし、河川の管理と私権の存在は両立し得るとの考え方を示している。河川法の適用されない法定外公物たる普通河川についてはどうか。

二 法定外公物の所有権

公共物については、法定であれ、法定外であれ、私有のものを除いてはすべて国有であるとする見解が従来有力に説かれてきた。その法令上の根拠とするところは、次のごとくである。

すなわち、明治七年太政官布告第一二〇号地所名称區別改定において、官民地第三種として「地券ヲ發セス地租ヲ課セス区入費ヲ賦セサルヲ法トス但人民ノ願ニヨリ右地所ヲ貸渡ス時ハ其間借地料及ヒ区入費ヲ賦スヘシ 一、山岳丘陵林藪原野河海湖沼池沢溝渠堤塘道路田畑屋敷等其他民有地ニアラサルモノ」と規定し、明治一〇年太政官布告第八号民有荒地処分規則第五条は「川成海成湖水成等ノ荒地ニシテ十箇年ヲ過ギ依然タルモノ」は付与せる地券を返還せしめ、荒地の名称を除去し「全ク川海沼地即チ官有ニ歸ス」としたからである。さらに大正一〇年法五七公有水面埋立法は「公有水面ト称スルハ河、海、湖、沼其ノ他ノ公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニ属スルモノ」との規定を挙げている。しかし、これらはいずれも反論があり、必らずしも共通の理解の上に立ったものとは認め難い。

すなわち、前者については、昭和六年法律二八地租法で廢止され、私有河川敷地を否定したとは考えられなくなつた。また昭和二三年制定の国有財産法で公共用財産に属するとされていた河川、道路等を行政財産から除外し、これらを公物として行政財産よりもいっそう公共の性格がつよく、専ら公共のための財産であつて国有の財産とさへみることが妥当でない、とされている。また、後者については、私法上の所有權が国にあるというのではなく、国の統治權に基づく支配權を意味するにすぎないとの批判がなされている。

さらに、有力な學說を紹介すれば、つぎのごとくである。まず美濃部達吉博士は、公物については原則として私法の適用を否定し、「国有の公物の上に存する国の所有權は公の目的の爲めに其の物を支配し管理する權利であり、私權とみるべきものでなく、国家的公權の一種」とされており、佐々木惣一博士は、逆に公物でも民法上の所有權等の対象とはなり得る、とされている。

しかし、近時の有力な學說である田中二郎博士は、前記の相對立する學說も何れか一方の理論で統一する必要はなく、むしろ二つの可能性ある類型が個々の実定法のなかに適宜に取捨選択され、むしろ典型的な純粹な形でなく、多少の紛飾を受け、中和された形で現われてくるのは立法の妥協的性格からかはかつて自然である、とされている。すなわち、公物管理權は、所有權とは別箇の公物であることによってのみ認められた公法上の物權的支配權であり、國家の公物に対する高權 (Hoheitsrecht des States) にもとづくものと考えられる。

しかし、私人の所有する土地が地盤沈下や浸蝕によって海浜地や海面下土地になったり、水流の変化によって河川敷になったり、道路位置指定によって公共物たる道路になった場合、これら公共物に対する私人の所有權を直ちに否

定する現行法規は存在しないため、公物に私的所有権を認めざるを得ない場合がある。現行河川法は、流水については公的所有権説をとっているが、河川敷地については私的所有権説を併せて採用したものと考えられている。

したがって、法定外公共物に関しては、法の欠缺もあるが、国有というべきでもなく、また私権の存在を全く否定することもできない。とくに次に述べる普通河川については、法と政策と慣習との調和によって實際的、現実に処理されてきた事実を無視することなく、法令の整備をすることが必要であらう。

第五章 国有林野内の河川についての管理

一 普通河川の管理

河川法の適用外とされる「普通河川」は、公共の用に供せられている水流および水面の要件は備えているから法定外公共物である。通常、普通河川は都市排水路を除き一級河川、二級河川および準用河川の上流に位置し山間を流れている溪流の場合が多い。これらの溪流が私有地内を流水する場合には公共物ではあるが、私権の対象から外さなければならぬという法的根拠は薄弱である。山林のなかに別荘をもち、その庭に自然湧水の溪流が存在すれば、それは私水であつて私有地外に流れ去るまでは個人的支配権が及ぶことになる。したがって、国有林野内を流れる溪流は当然に国有であり、且つ昭和五四年七月一九日林野庁長官達によるまでもなく林野庁の所管するところである。

曾って、明治二四年五月内務省訓令第四六二号「地盤ノ官有ニ属スル堤塘道路並木敷処分ノ件」のなかで、国有地に属する堤塘使用は、市町村がその費用を負担する場合には、府県庁の認可を得て当該市町村において処分するこ

とができるとされた。なお、国有の河岸地、河川、溜池等の使用処分および収益等は、従来通り府県庁が処分し、その収益は地方税または国庫その他慣行あるものに帰することとされた。しかし、普通河川については、その使用料は堤塘使用を除き、すべて国の収入に帰属するとしている。

つぎに、旧河川法については、旧河川法の適用または準用のない河川すなわち普通河川については、公共性を有していてもとくに定めがないため、慣行、条理およびその都度の命令通達等によって不統一な取扱いがなされていたが、一般には国の機関たる地方長官の所管となっていた。しかし、普通河川の工事、維持、修繕をなす機関は、明治一一年太政官達によって市町村費の負担に属する河川については、市町村長があたるとされていた。

しかし戦後、新憲法^下で制定された地方自治法は、国の事務を地方公共団体またはその長に委任執行させる場合は、必ず法律またはこれに基く政令の規定によらなければならないとされた。また、住民の権利を制限する行政事務の処理にあたっては、法令に定めあるものを除き、条例の規定に基づいて行なわなければならないことになった。さらに、地方自治法第二条二項は「普通地方公共団体は、……その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないものを処理する」とし、第三項にその事務を例示しているが、その第二号に「公園、運動場、広場、緑地、道路、橋梁、河川、運河、溜池、用排水路、堤防等を設置し若しくは管理し、又はこれらを使用する権利を規制すること」とあり、法令に特別の定めがある場合を除き、普通地方公共団体が河川に関する事務のうち国の事務に属しない事務を処理することを定めている。

二 普通河川の事務取扱

普通河川に関する事務取扱は、慣例上旧市制町村制により、市町村に属する事務とされてきたため、これに代わる法令上の制度が明らかにされない以上、従来の法慣行が継承されるものと考えられている。しかし、国有地上の普通河川については、大正一一年内務省訓令第六号「内務大臣ノ認可ヲ受ケ処分スベキ河川、港湾等ニ関スル事項ノ件」及び昭和七年二月土木局長回答「地盤ノ官有ニ属スル普通河川ノ敷地、堤塘及ビ用悪水路等公共用土地物件ノ使用ニ関スル件」等によって明治六年大蔵省達番外「河港道路修築規則」以来の慣行が継承せられ、河川管理の権限はその費用負担の如何に拘らず公物主体としての国の支配下に置かれており、国の機関たる地方長官が事実上委任を受けてきたものと考えられる。ただ、普通河川に関する事務が都道府県と市町村のいずれに如何に配分せられているかは明らかにされていない。広域事務、統一的処理事務、連絡調整事務はもとより都道府県の事務であるから、これらと照合し、地方の慣行も尊重しつつ分掌するより外あるまい。いずれにしても、管掌区分についての明確な法令上の根拠はない。

普通河川における住民の権利の制限については、法律またはこれに基づく政令に特別の定めがないのであるから、地方公共団体が条例を定めて規制しなければならない。普通河川を国の公物と見ても、地方公共団体は国の機関として公物管理についての委任を受けたものとして、条例を定めることになる。条例を定めるのは、市町村が慣行上もまた地方自治法の問題から適切と考えられるが、その施行河川については都道府県と協議して調整しなければならない。市町村の条例がない場合には都道府県の条例によらねばならない。また、それもない場合には、敷地が国有であ

れば国有財産法による土地の使用、収益の規定が適用せられるし、国有林野の場合には、林野庁の支局としての営林局の事務となる。河川法の適用または準用ある河川については、詳しく後述するように、河川法による河川の性格のままで国有林野の管理者たる農林水産大臣が法的には管理することになっている。

なお、普通河川については、地方自治法第一四条第二項の規定によって普通地方公共団体は行政事務の処理に関して条例を制定しなければならない。しかし、現実には条例を制定した都道府県は少なく、昭和五九年度調によると僅かに一六道府県にすぎない。なお、条例を制定していないものも含めて管理規則を定めているものは二八都道府県である。条例の名称は一定しておらず、普通河川管理条例（愛媛（昭三二））、鹿児島（昭二七）、普通河川等管理条例（熊本（昭四〇））、普通河川取締条例（大分（昭三二））、普通河川等取締条例（岐阜（昭三二））、高知（昭二三））、（滋賀（昭三三））、普通河川等保全条例（広島（昭二三））、河川法の適用又は準用を受けざる河川等の取締に関する条例（京都（昭二三））、普通河川及び堤防敷地条例（北海道（昭二四））、公有水面管理条例（佐賀（昭三一））、公共物管理条例（茨城（昭三三））、公共物使用等に関する条例（群馬（昭三〇））、土木取締条例（長野（昭三二））、土木工事取締条例（新潟（昭二三））、土木施設及工事取締条例（徳島（昭二四））等となっている。これらの道府県条例は、一定行為を禁止または制限してその手続きを定め、一定の場合に検査し、公益上必要がある場合には許可の取消等の監督処分をし、使用料等の収入を当該道府県も収入とし、その一部を関係市町村に交付し、違反の罰則を定める外、許可の一部の権限を市町村長に委任するものとなっている。しかし、これらの条例は昭和二三年から四〇年にかけて制定されたものであって、それ以後には制定されていない。

つぎに、市町村の条例は、昭和五九年度で五三四市町村にわたっており、これを昭和四四年度と比較すれば二二二市町村から一五年間で倍増を遙かに越えているから近時、普通河川の管理主体を市町村として条例を制定するように行政指導されていることがわかる。

普通河川は山間部においては清澄な溪流や滝状をなすものが多いが、大都市においては逆に水洗便所の汚水、工場の有害な廃液等を未処理のまま排出するものや土石、塵芥、汚毒物等を投棄したりするものもあるので、これらの行為を禁止することが重要である。また、制限行為としては、流水や土地の占用、工作物の新築、改築または除去、土石・砂礫・竹木等生産物の採取、浚渫、盛土、掘削、伐採、渡船の通航や竹木の流送、工場・事業場の廃液や鉱山の坑水その他汚水の流入等である。

以上は、地方公共団体が地方自治に基づいて条例を定めて普通河川の使用を制限する場合であるが、これらの条例を定めていない府県や市町村の方が多く、その内容も体系的でなく散漫である。したがって、条例を定めていない市町村における普通河川で事故が生じた場合、管理責任が何処にあるか紛争となることが多く、前述したように「事実上の管理を行っていた地方公共団体に管理責任がある」（最高裁昭和五九・一一・二九判決）とせねばなるまい。

三 国有林野内の普通河川

普通河川が国有地内にある場合は、他の法律に特別の定めがない場合として、国有財産法（昭和二三年法律七三号）の規定が適用されるが、河川の敷地及びその定着物のみが対象とされるにすぎず、河川、流水の占使用等の規制は含

まれないと解されている。一般に河川湖沼等は国有であると考えられているが、沿革的資料や慣行の調査及び現実的取扱い等の検討を経なければ国有として即断できない場合も多い。国有である普通河川については、公共用財産として国有財産法上は建設大臣が管理することとされているが（昭和三〇年建設訓令第一号建設省所管国有財産取扱規則）、都道府県所属の国有財産の管理及び処分に関する事務として都道府県知事が管理している。しかし、昭和三十一年二月一日建設省河川局長の各都道府県知事宛の通達によると、「一、国有河川敷は建設省所管の公共用財産であるから国有林野法の適用はない。もし誤って国有林野台帳に登録されているものであれば、訂正を求めるべきである。二、河川敷でない土地で砂防堰堤敷となる部分については、国有財産法第一二条の規定に基づいて所管換を受け公共用財産とすべきである」とした。

しかし後に、昭和五四年七月九日、各地方建設局長、北海道開発局長、沖繩総合事務局長、各都道府県知事宛河川局長通達によって、前記一の傍線部分は削除されている。すなわち、国有林野内における河川敷は従来、河川法上の公共用財産として国有林野法の適用から除外し、当然に建設省所管とされていたが、本通達によって河川法上の管理は同法に基づく規制、工事等を内容とするものに限られる旨を確認した上で、原則として河川敷を国有林野と一体的管理をすべきものとして林野庁の管轄であることを明言したものである。

なお、本通達よりさき、同年五月二十八日、第八七回国会参議院決算委員会において、渡辺美智雄農林水産大臣は渡海建設大臣と協議の上、両省の統一見解について、次のように発言している。

「昨年三月十七日本委員会において、委員長から農林水産省及び建設省の統一見解の提出を求められました国有林野内の河川敷地の件につきましては、関係省庁にも諮って鋭意検討を重ねました結果、次のとおり見解の一致をみしましたので御報告申し上げます。

一 河川法上の河川管理者が行う管理は、専ら同法に基づく規制、工事等を内容とするものであって、財産の適正管理を目的とする国有財産法の財産管理とは、その内容を異にするものである。

二 したがって、河川敷地についても、国有財産の適正管理という見地から国有財産法上どの種類の財産とすべきかを検討の上、国有林野として一体的管理を行うことが適当であると認められる場合に、河川法による河川としての性格を変えることなく、これを国有財産法上の企業用財産として管理することはあり得る。

三 企業用財産である河川敷地が企業用財産として不要になった場合に、これを普通財産とした上で売却・交換することは法的に可能であると考える。

四 国有林野内の河川の敷地のうち河川工事の施行に必要なもの等については、両省協議の上農林水産省から建設省へ所管換をする。

今後とも両省におきましては、更に密接な連けいを図り、水資源のかん養、治山、治水等の一層の推進に努める所存であります。」

本通達は重要であるので、農林・建設両省から関係各局長宛への通達を全文掲げて、参考とする。

○国有林野内の河川敷地の取扱いについて

標記について、今般、農林水産省と当省の見解が別添のとおり統一され、今後は同見解に従い統一的に運用することとなったので、遺憾のないよう取り扱われたい。

なお、上記趣旨にかんがみ、「国有林野内を流過する河川敷地の所管について（昭和三十一年二月十三日建河発第四三号河川局長通達）」別紙乙号中、記一を削除するものとする。

（別添）

一 河川法上の管理と国有財産法上の管理について

(1) 河川法上の河川管理者が行う管理は、専ら同法に基づく規制、工事等を内容とするものであって、財産の適正管理を目的とする国有財産法の財産管理とは、その内容を異にするものであること。

(2) 河川敷地についても、国有財産の適正管理という見地から国有財産法上どの種類の財産とすべきかを検討の上、国有林野として一体的管理を行うことが適當であると認められる場合に、河川法による河川としての性格を変え、ことなく、これを国有財産法上の企業財産として管理することはあり得るものであること。（傍点は筆者）

(3) 国有林野内を流れている流水及びその敷地について、新たに、河川法に基づいて一級河川又は二級河川に指定をした場合においては、その河川敷は、当然には国有財産法という公共用財産となるものではなく、依然として企業用財産又は普通財産としての性格を持ち続けるものとみられること。

昭和五四・七・九
各地方建設局長
北海道開発局長
沖繩総合事務局長
各都道府県知事
建設省河政発四七
あて 河川局長通達

(4) 企業用財産又は普通財産である国有林野において国有林野の管理者たる農林水産大臣が河川法第九十五条の規定に基づく協議を要する行為を行う場合は、同条の規定により河川管理者と協議を要するものであること。

二 国有林野内の現状河川敷地をダム工事に必要なもの等として国以外の者に処分する場合の取扱いについて

(1) 企業用財産である河川敷地が企業用財産として不要になった場合に、これを普通財産とした上で売却、交換することは法的には可能であること。

(2) 農林水産省が、国有林野をダム工事に必要なもの等として、国以外の者に処分しようとする場合において、当該国有林野に現状河川敷地が含まれるときは、当該河川敷地の処分について、農林水産省と建設省はあらかじめ協議するものとし、建設省が所管することが適当と認められるときは、建設省に所管換するものとする。

三 国有林野内の河川の敷地のうち河川工事に必要なもの等の取扱いについて

国有林野内の河川の敷地のうち河川工事の施行に必要なもの等については、両者協議の上、農林水産省から建設省へ所管換をするものとする。

四 無償所管換の範囲について

国有林野内の現状河川敷地の所管換については、国有財産法第十五条ただし書を適用するものとし、当該ただし書の金額は従前の例によるものとする。

○国有林野内の河川の敷地について

(昭和五四年七月一九日 五四林野管第一七二号)
林野庁長官より各営林(支)局長あて

国有林野内の河川敷地の所管については、先般、別紙「国有林野内の河川の敷地について」のとおり、当省及び建設省の統一見

解が得られた。

今後の国有林野内の河川敷地の管理処分については、この統一見解の趣旨に沿って行うこととし、また、その所管換等の事務処理については、下記によることとしたので、遺憾のないようにされたい。

記

一 国有林野（敷地を含む。以下同じ）をダム施設の用地として国以外の者に処分しようとする場合において、当該国有林野に現状河川敷地が含まれるときは、当該河川敷地の処分について建設省と協議するものとし、建設省が所管することが適当と認められるときは、同省に所管換するものとする。

二 国有林野（一により、建設省が所管することが適当と認められるものを除く。）を、河川法（昭和三十九年法律第一六七号）第一七条に定める兼用工作物たる多目的ダムの建設用地として、建設省及び利水者にそれぞれ所管換及び処分する場合においては、それが行政財産であるときは、その用途を廃止の上、建設省と利水者の共有財産として、その持分の割合に応じてそれぞれ所管換及び処分を行うものとする。

三 国有林野内の現状河川敷地の建設省への所管換については、国有財産法（昭和二十三年法律第七三号）第一五条ただし書の規定を適用するものとし、当該ただし書の金額は従前の例によるものとする。

（別紙）

国有林野内の河川敷地について

一 河川法上の河川管理者が行う管理は、専ら同法に基づく規制、工事等を内容とするものであって、財産の適正管理を目的とする国有財産法の財産管理とは、その内容を異にするものである。

二 したがって、河川敷地についても、国有財産の適正管理という見地から国有財産法上どの種類の財産とすべきかを検討の上、

国有林野として一体的管理を行うことが適當であると認められる場合に、河川法による河川としての性格を変えることなく、これを国有財産法上の企業用財産として管理することはあり得る。（傍点は筆者）

三 企業用財産である河川敷地が企業用財産として不要になった場合に、これを普通財産とした上で売却・交換することは法的に可能であると考ええる。

四 国有林野内の河川の敷地のうち河川工事の施行に必要なもの等については、両者協議の上農林水産省から建設省へ所管換をする。

五 国有林野内を流れている流水及びその敷地について、新たに、建設大臣乃至都道府県知事が、河川法に基づいて、一級乃至二級河川の指定をした場合においては、その河川敷は、当然には国有財産法にいう公共用財産となるものではなく、依然として企業用財産乃至普通財産としての性格をもちつづけるものである。

六 国有林野の管理者たる農林水産大臣が、河川法第二三条、第二六条及び第二七条に掲げる行為等を行なおうとする場合には、予め同法第九五条により建設大臣乃至都道府県知事と協議することを要するものである。

以上のごとく、建設大臣と林野庁長官からそれぞれ同年に同趣旨の通達が出されているのであるから、国有林野内における河川の取扱いについては両省の間に合意が成立している。しかし、これらの河川は、河川法の適用または準用がなされているものについてであって、普通河川については言及されていない。したがって、普通河川については従来どおりの取扱いとなり、国有林野と一体として取扱われる限り林野庁所管となり、当該営林署長が国の分任契約担当官として借受人との間に国有林野有償貸付（又は使用）契約を締結するか又は国有林野使用許可をすることにな

る。また、建設省が河川をダム等を使用するときにおいても、国有財産法その他の法令に基づき国有林野の使用に関する協定を当該営林署長と当該建設局の管理所長との間に締結しなければならない。

地方公共団体としての都道府県と市町村は、一般にそれぞれ条例を制定することによって普通河川の管理をなすべきであるが、国有林野内を流れる河川については、河川法の適用又は準用ある河川の場合、「国有林野としての一体的管理を行うことが適當と認められる場合は、河川法による河川としての性格を変えることなく」国有財産法上の企業財産又は普通財産として農林水産大臣が河川管理者たる建設大臣または都道府県知事と協議して管理することになる。しかし、普通河川については、国有林野の一部として当該営林局の所管するところとなるは論をまたない。ただ国有林野外に流出する普通河川については、公共物たる性格を変えるわけではないから、当該市町村が条例によって管理することが適當と考えられる。市町村が条例を制定していない場合には、かかる普通河川の管理を放棄したものと認めて都道府県に管理権があるのか、それとも本来的には河川行政上の管理権は建設大臣にあるものとして、建設省が管理責任を負うものと認めるべきか、法の欠缺、不整備もあって、市町村が事実上の管理をしていない場合に特別の事故が生じたならば、責任の所在が不明確となるため、早急に見解を統一すると同時に法令を整備すべきことが望まれる。

第六章　　む　　す　　び

国有林野内における河川法上の河川については、前記昭和五四年七月の建設省と林野庁の二つの通達の線に沿って

処理さるべきであるが、普通河川を包含したものととは考えられないから、普通河川に関しては国有林野と全く一体をなしたものととして当然に林野庁の所管するところと認められる。しかし、湧水も溪流も、その水そのものは公共物であるから林野庁といえどもこれをすべて私物化することはできない。すなわち、山間を歩行する私人がかかる湧水や溪流の水を一時的に採取する場合、国有財産の窃取に当たるといふことはない。国有林野内で所有の目的を以て植栽生育されている竹木草類に対する無権限者の採取とは異なる。すなわち、これらの湧水や溪流の水は、第一次的には国民一般に開放されており、かかる水を採取することは自由である。その限り法律解釈上は無主物の論理を援用することもできよう。しかし、いかに無主物とはいえ私人が国有林野に許可なく立入り、無権限で工作物を設置し、継続的に水の採取することは当然認められない。しかし、水は流れており自然の池沼に貯留したり、同時に土地の所有または占有者が工作物を設置して人工的に貯水し、利用することができる。国有林野内の普通河川たる湧水や溪流について、林野庁が直接に、またはその許可を受けた者が、その権限に基づいて工作物を設置して流水を採取することについては、それが公共の用に供されるものである限りは可能と考えられる。しかし、普通河川といえども水そのものの採取方法や採取量が無制限であつていい筈はない。国有林野においては、林野庁が河水採取の方法と量を独自に決定する権限をもっている。しかし、下流の河川法上の河川に対しては如何なる影響を与えるかについて十分に調査を行ない、建設省と協議をおこない、さらに市町村長に対してもその旨通告することを怠つてはならない。一般的には、市町村が建設大臣から委任を受けて普通河川の管理をおこなうことが原則であるが、国有林野内における普通河川については林野庁長官が市町村長に管理権を委譲することも可能と考えられる。しかし、山間地帯であるため市町

村よりも営林署の方が事実上の管理には至便であると思われる場合が多いから、普通河川の管理については事実上何れが適当であるかを判断した上で、営林署長と市町村長間で協議し、管理権の所在を明確にしておくことは必要である。管理権とは、同時に管理上の注意義務によって裏付けされていること論を俟たない。林野庁が流水採取権をもつとして、工作物を設置していわゆる自然水なりミネラルウォーターなりを採取することが認められるならば、当然に増水、渇水に伴う事故防止はもとより、治山治水上の管理責任はもとより、人身事故等に対する適切な措置と責任もまた全うしなければならないこと、また理の当然であろう。

以上は、国有林野内における普通河川の流水の利用めぐる権限すなわち管理主体と権利義務について述べたが、国有林野内ではなく民有地における場合においても法理論的には大差はない。本稿は、具体的な考察をすすめる上で、いちおう対象を国有林野に限って検討したにすぎない。なお、次に掲げる文献は随所に参考又は引用させていただいたので、各著者に対して謝意を捧げたい。

参考文献

- 金沢良雄「戦後日本の水法の展開と展望」ジュリスト増刊二三「現代の水問題―課題と展望」、昭和五六年。
- 阿部泰隆「地下水の利用と安全―その法的システム」、同上。
- 由良卓郎「法定外公共物の管理と訴訟」判例地方自治五九―一―三、昭和五九年。
- 三島義教「普通河川管理の強化と市町村の役割」水利科学七〇、昭和四四年。
- 井上隆晴「法定外公共物の管理について」現代実務法の課題（木村保男編）有信堂、昭和四九年。
- 原龍之助「公物营造物法（新版）」法律学全集 有斐閣、昭和四九年。

- 田中二郎「公法と私法」有斐閣、昭和三〇年。全「土地法」有斐閣、昭和三五年。
- 金沢良雄「水法」法律学全集 有斐閣、昭和三五年。
- 大辻昭一「河川管理の実務」大成出版社、昭和五〇年。
- 国連食糧農業機関（FAO）編「世界の水法―ヨーロッパ編」ぎょうせい、昭和五七年。
- 日本土地法学会「水資源と法」有斐閣 昭和五三年。
- 座談会「地域開発と水」（藤村重任、山越道三、金沢良雄、武藤博忠）上、中、下 水利科学三七〜三九、昭和三九年。
- 建設大臣官房会計課監修「全訂公共用財産管理の手引 いわゆる法定外公共物」ぎょうせい、昭和六〇年。
- 三本木健治「河川の管理」雄川・塩野・園部編 現代行政法大系九 三七六頁〜四〇一頁 有斐閣、昭和五九年。
- 同上「比較水法論集」水利科学研究所、昭和五八年。
- 塩野宏「法定外公共用物とその管理権」ジュリスト増刊「行政法の争点」、昭和五五年。
- 板橋郁夫訳・ヴェストホック「ドイツ水法概論」成文堂、昭和四六年。
- 川島武宜「注釈民法(7)」有斐閣、昭和四三年。
- 日本河川協会編「河川便覧一九八四」国土開発調査会、昭和五九年。
- 建設省河川局水政課水利調整室編「水利権実務一問一答」大成出版社、昭和五四年、「第二集水利権実務一問一答」同、昭和五九年。
- 建設省河川局「河川六法、六〇年版」。
- 林野庁「国有林野関係通達集（管理編）」昭和五六年版。
- 建設省河川法研究会編著「河川法逐条解説」全国加除法令出版、昭和五四年。
- 河川行政研究会「日本の河川」建設広報協議会、昭和五七年。