

「水の安全保障」に係る国内法の課題

拓殖大学政経学部教授

奥田進一

1. はじめに

わが国の水資源は、農業灌漑用水、工業用水、生活用水と、時代ごとにその中心は異なるものの、土地利用や土地開発と不可分一体化して発展してきた。しかし、明治時代以降、土地資源が民法によって近代的な権利客体とされたのに対して、水資源は、学問的にも実務的にも、位置づけや機能が不明で不安定な概念のままの状態で推移してきた。物権法定主義を採用する民法に水利権の規定は存在せず、講学上、水利権は慣習物権として扱われる。したがって、公式制度（たとえば土地等の所有権）と衝突すると、水利権は消極的な評価を受けることが多く、ときにはその存在自体が否定されることもある。また、河川法に基づく水利許可に対しても、水利権という語が広く使われるが、その法的性質は行政法上の特許であり、慣習物権とは様相が大きく異なる。また、地下水やため池の水利については、これを直接に規律する法律は現在のところ存在せず、民法の土地所有権に内包されたり、地方自治体の条例等によって規制されたりする事例が多い。

このような、わが国の水資源が有する法的脆弱性は、水利用者が遭遇する様々な紛争や事故において顕在化する。たとえば、水利権に係る農業用水が汚染された場合に、権利者はどのような法的措置を講じることができるのかは、講学上も明確にはなっていない。また、水利許可の範囲を超えた違法な取水行為に対しても、これによって影響を受けた地域や利害関係人を法的に救済する方法も不分明である。さらに、ため池や農業用水等の水利施設に起因する死傷事故も多発しており、水利権や水利施設所有権（占有権）に付随する義務ないしは責任の所在を明らかにすることも重要である。

本報告では、水利権侵害、水汚染への「おそれ」への対処及び水道給水の3タイプの問題に係る近似の判例を検討しながら、水の安全保障という観点から、これからの社会における水をめぐる法秩序の在り方について考えてみたい。

2. 判例の紹介

(1) 水利権侵害に係る判例

【判例1】土地改良区が河川法23条の許可に基づいて取水した水が流れる水路への第三者の排水により当該水路の流水についての当該土地改良区の排他的管理権が侵害されたとした原審の判断に違法があるとされた事例（最判令和元年7月18日判例地方自治452号70頁。第1審：徳島地判平成28年3月28日、控訴審：高松高判平成29年11月1日）¹

¹ 本件に関する評釈には、奥田進一「判批」判例地方自治456号81頁、秋山靖浩「判

【事実の概要】

土地改良区 X（被上告人）は、河川法 23 条に基づいて、かんがい目的で流水の占有の許可を受けて河川法の適用を受ける河川から取水している。X が河川から取水した水は、数本の幹線水路から多数の支線水路（以下「本件水路」という。）を流れ、X の組合員は本件水路を農業用の用排水路として利用している。本件水路は、法定外公共物として国から徳島市に譲与されたものであり、その一部について同市が修繕工事や改良工事を行っているものの、その全般的な維持管理は、事実上、X が行ってきた。X は、その定款等において、X が維持管理する用排水路に無断で汚水を流してはならず、当該用排水路等を使用しようとする者は、X の承認を受け、X との間で使用契約を締結し、X の定める基準により計算される使用料を支払わなければならない旨を定めている。

Y ら（上告人及び選定者）は、本件水路の周辺に土地建物を所有するか、または巨樹しており、公共下水道が整備されていないため、し尿等を各自の浄化槽により処理して X の承認受けないで本件水路に排水（以下「本件排水」という。）している。

本件は、X が、Y らの本件排水により X の本件水路に係る排他的管理権が侵害され、上記基準により計算される使用料相当額の利得が Y らに生ずるとともに同額の損失が X に生じたと主張して、Y らに対し、Y らに対する不当利得返還請求権に基づき、当該使用料相当額および遅延損害金の支払いを求めて提訴した。

第一審は、X の請求を棄却したため、X は控訴した。原審は、河川法 23 条の許可を受けて河川の流水を占有する権利は、排他的に流水を占有する物権的な財産上の権利であり、本件水路には X が同条の許可に基づいて取水した水が流れているから、X は、本件水路の流水について排他的管理権を有し、これに基づいて第三者に対し本件水路への排水を禁止することができ、したがって、Y らの本件排水により X の当該排他的権利が侵害されたというべきであるとして、X の請求を一部認容した。

【判旨】

公水使用権は、公共用物である公水の上に存する権利であることに鑑み、その使用目的を満たすために必要な限度の流水を使用し得る権利にすぎないと解され（最高裁昭和 36 年（オ）第 62 号同 37 年 4 月 10 日第三小法廷判決・民集 16 卷 4 号 699 頁参照）、当該使用目的を満たすために必要な限度を超えて他人による流水の使用を排斥する権限を含むものではないというべきである。そうすると、X は、本件水路に X が河川法 23 条の許可に

批」民事判例（日本評論社）20 号 66 頁、土井翼「土地改良区が河川法 23 条の許可に基づいて取水した水が流れる水路への第三者の排水により当該水路の流水についての当該土地改良区の排他的管理権が侵害されたとした原審の判断に違法があるとされた事例〈判例研究〉」法学研究 19 卷 1 号（一橋大学）417 頁、井上孝夫「判評」判時 2461 号 132 頁、山村恒年「判批」判例地方自治 474 号 91 頁、福井秀夫「判批」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例百選 I（第 8 版）』（有斐閣、2022）30 頁、などがある。

基づいてかんがいの目的で取水した水が流れていることから、その水について当該目的を満たすために必要な限度で排他的に使用する権利を有するとはいえるものの、直ちに第三者に対し本件水路への排水を禁止することができるとはいえない。

したがって、本件水路に X が河川法 23 条の許可に基づいて取水した水が流れていることから、X が第三者に対し本件水路への排水を禁止することができるとし、Y らの本件排水により本件水路の流水についての X の排他的管理権が侵害されたとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。

【小池裕裁判官の補足意見】（一部抜粋）

本件水路は、古くから土地改良区である X の組合員により農業用の用排水路として使用されており、組合員から組合費を徴収する X が、水利の必要等に応じて事実上その全般的な維持管理を行ってきた。他方、X の組合員ではない Y らは、特段の費用を負担することなく、し尿等を浄化槽で処理して本件水路に排水している。本件水路は、公的財産であるいわゆる法定外公共物として法令等に基づいて管理されるべきものであるところ、国から本件水路の譲与を受け、その管理権限を有する徳島市と、本件水路を使用し、その維持管理を行ってきた X との法的関係が明確でないことが、本件のような紛争を生ずる原因の一つとなっていると思われる。そのため、本件水路の維持管理やその費用負担の在り方については、徳島市と X との法的関係を明確にした上、法令に基づいて整理・検討する必要があると考えられる。

【判例 2】慣習法上の水利権に基づき、物権に基づく妨害予防請求としての建設工事差止が認容された事例（奈良地裁葛城支部判平成 11 年 3 月 24 日判タ 1035 号 190 頁）

【事実の概要】

本件土地の隣接土地に居住する住民、吉野川流域に居住する住民、あるいは奈良県民である原告 X らが、観光開発会社等を営む被告 Y らが予定している本件土地におけるゴルフ場建設工事により、X らの人格権等が侵害されるとして、X らが Y らに対して、人格権、慣習法上の水利権、歴史的環境権、環境権及び自然共有権に基づき、当該建設工事の差止を求めて提訴した。

【判旨】

慣習上の水利権が成立するためには、事実的な水利用が長期にわたって反復継続されていること及びその水利用の正当性に対する社会的承認が成立していることが要件とされていること及びその水利用の正当性に対する社会的承認が成立していることが要件とされている。・・・(略)・・・X らの九条谷川及び奥六田川からの農業用水等のための事実的な水利用が、遅くとも明治時代から、祖先より代々受け継がれ、長期にわたって反復継続され、かつ、取水口の設置・維持・管理等が水利用権者の費用や労働負担等によってなされるなど、その水利用の正当性につき社会的承認が成立していると認められるから、X らは、それぞれ、個人として、九条谷川及び奥六田川の流水使用につき、慣習法上の水利権を有している

というべきである。・・・(略)・・・X らが両河川の流水を使用している付近において、かなり溢水が生じるおそれがあることを認められ、本件ゴルフ場建設工事を続行させると、かなりの程度の溢水発生により、X らの水利権を侵害するおそれがあると認められる。

従って、X らは、Y らに対し、慣習法上の水利権に基づき、物権に基づく妨害予防請求権として、本件ゴルフ場建設工事の差止を求めることができるというべきである。

(2) 水汚染への「おそれ」への対処に関する判例

【判例 3】水道水汚染の「おそれ」と行政が講じた予防的措置には相当な根拠があるとされた事例（那覇地判平成 20 年 9 月 9 日判時 2067 号 99 頁）²

【事実の概要】

宮古島市更竹地区において宮古島リハビリ温泉病院（以下「原告病院」という。）を運営し、同病院内に温泉施設（以下「本件温泉施設」という。）を開設した原告が、旧宮古島上水道企業団（以下「企業団」という。）及び旧宮古広域圏事務組合（以下「事務組合」という。）の権利義務を承継した被告に対し、企業団が十分な科学的根拠がないにもかかわらず、宮古島の地下水流域の一つである白川田流域の地下水の塩素イオン濃度（以下、単に「塩素イオン濃度」というときは、白川田流域の地下水に含まれる塩素イオンの濃度をいう。）が急激に上昇したのは、本件温泉施設からの排水（以下「温泉排水」という。）が原因である旨公表したことや、原告に対し温泉排水の地下浸透処理を中止するよう要請したことなどが、違法であると主張して、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、原告に生じた損害の内金 2000 万円の支払を求めて提訴した。

【判旨】

「本件公表の違法性を検討するに当たっては、その目的の正当性、必要性、時期及び内容の相当性に照らして検討する必要があるところ、水道法は、水道の布設及び管理を適正かつ合理的ならしめるとともに、水道を計画的に整備し、及び水道事業を保護育成することによって、清浄にして豊富低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生の向上と生活環境の改善とに寄与することを目的とし（同法 1 条）、地方公共団体は、当該地域の自然的社会的諸条件に応じて、水道の計画的整備に関する施策を策定し、及びこれを実施するとともに、水道事業及び水道用水供給事業を経営するに当たっては、その適正かつ能率的な運営に努めなければならない（同法 2 条の 2 第 1 項）と規定している。

そして、宮古島の上水道水は、水源のほとんどを地下水に依存しているところ、被告は、

² 本件に関する評釈には、天本哲史「地方公共団体が、地下水の塩素イオン濃度が急激に上昇したのは温泉施設からの排水が原因である旨を公表したことにつき、国家賠償法 1 条 1 項上の違法が認められなかった事例〈判例研究〉」桃山法学 15 号 361 頁、河野真貴子「温泉排水の地下水流への影響について上水道企業団がした公表の違法性」自治研究 87 巻 12 号 124 頁がある。

地下水の重要性にかんがみ、地下水の保全・管理のために宮古島地下水保護管理条例及び宮古島水道水源保護条例を定めているものである。

これらの規定の趣旨に照らせば、被告（前身である企業団及び事務組合を含む。）は、水道水に汚染物質等が混入するおそれがあるなどの場合には、水道を利用する住民の身体、生命等に対する危害の発生を最小限にとどめ、もって、公衆衛生の向上と生活環境の改善を図るため、汚染等の拡大の防止及び再発の防止のために、速やかに原因究明を行う必要があると解される。」

「本件公表の目的の一つに、本件第2調査の結果を地域住民に公表するという情報公開としての側面があると認めることができる。そして、このような情報公開を目的とした公表も、公表により水道を利用する地域住民の水道の安全に対する不安を除去する側面があることにかんがみれば、正当なものというべきである。」

上記判示事項を含めて、裁判所は、被告は、水道水に汚染物質等が混入するおそれがあるなどの場合には、水道を利用する住民の身体、生命等に対する危害の発生を最小限にとどめ、もって、公衆衛生の向上と生活環境の改善を図るため、汚染等の拡大の防止及び再発の防止のために、速やかに原因究明を行う必要があると解されるとして、原告の請求を棄却した。

（3）水道給水義務に関する判例

【判例4】宮古島市水道事業給水条例16条3項の趣旨（最判令和4年7月19日判時2543・2544 合併号50頁。第1審：那覇地判令和2年8月7日、控訴審：福岡高判令和3年1月19日）³

【事実の概要】

水道事業者である被上告人Yとの間で給水契約（以下「本件給水契約」という。）を締結している上告人Xらが、給水区域内である宮古島市伊良部において生じた断水（以下「本件断水」という。）によりXらの経営する宿泊施設における営業利益の喪失等の損害が生じたなどと主張して、Yに対し、本件給水契約の債務不履行等に基づく損害賠償を求めて提訴した。水道法14条1項は、水道事業者は、料金、給水装置工事の費用の負担区分その他の供給条件について、供給規程を定めなければならないと規定しており、Yは、当該供給条件等を定めることを目的として宮古島市水道事業給水条例（以下「本件条例」という。）を制定している。

Xらは、Yとの間で本件給水契約を締結し、Xらの経営する宿泊施設において、本件給水契約に基づき、本件条例が定める供給条件に従って水道を使用している。そして、本件断水が発生してXらはその経営する宿泊施設に給水することができなくなった。その後、本件断水は解消され、Yが設置し管理する水道施設である配水池内の装置の破損（以下「本件破

³ 本件に関する評釈としては、石田剛「判批」法学教室506号145頁、米田雅宏「判批」法学教室507号141頁、和泉田保一「判批」法学セミナー816号130頁がある。

損」という。)が本件断水の原因であることが判明した。

本件条例 16 条 1 項は、「給水は、非常災害、水道施設の損傷、公営上その他やむを得ない事情及び法令又はこの条例の規定による場合のほか、制限又は停止することはない。」と規定し、同条 3 項は「第 1 項の規定による、給水の制限又は停止のため損害を生ずることがあっても、市はその責めを負わない。」と規定している。

これに対して、原審は、「本件条例 16 条 3 項は、水道事業の安定的かつ継続的な運営を維持するため、給水の制限又は停止の原因となった水道施設の損傷が Y の故意又は重過失によるものである場合を除き、Y の給水義務の不履行に基づく損害賠償責任を免除した規定であり、このように解する限りにおいて、同項の規定は正当な目的のために必要やむを得ない制約を設けるものとして憲法 29 条に違反するものではない。」と判断して、本件給水契約の債務不履行に基づく X らの損害賠償請求を棄却した。

【判旨】

本件条例 16 条 3 項は、Y が、水道法 15 条 2 項ただし書により水道の利用者に対し給水義務を負わない場合において、当該利用者との関係で給水義務の不履行に基づく損害賠償責任を負うものではないことを確認した規定に過ぎず、Y が給水義務を負う場合において、同義務の不履行に基づく損害賠償責任を免除した規定ではないと解するのが相当である(原判決破棄、差戻)。

【林道晴裁判官の補足意見】

原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻すに当たり、差戻審において考慮されるべき点について付言する。

法廷意見の指摘するとおり、被上告人の本件断水による給水義務の不履行に基づく損害賠償責任が認められるか否かを判断するに当たっては、まずは、本件断水に関する事情の下において、被上告人が上告人らに対して給水義務を負うか否かを判断する必要があるというべきである。そして、その判断に当たっては、本件断水につき、水道法 15 条 2 項ただし書に定める場合に当たるか否かを検討する必要があるところ、この点については、当事者のみならず第 1 審及び原審においても、およそ議論されることがなかったものである。

ところで、水道法 14 条 1 項の供給規程として定められた本件条例 16 条 1 項は、給水を停止することができる場合として「非常災害、水道施設の損傷、公益上その他やむを得ない事情」等による場合と定めているところ、本件断水は、本件破損が原因となったものであって、形式的には「水道施設の損傷」による場合に当たるものである。もっとも、同条 1 項は、水道法 15 条 2 項を受けて、常時給水の原則を確認する趣旨で定められたものにすぎず、一定の事情の下における給水義務の存否は、その事情が同項ただし書に定める場合に当たるか否かによって判断されるべきものである。そして、同項は、水道事業者が給水義務を負わない場合を「災害その他正当な理由があつてやむを得ない場合」に限定している。原審は、故意・重過失について論じているところであるが、いずれにせよ、本件断水による給水義務の不履行に基づく損害賠償責任の存否を検討するに当たっては、水道施設の損傷につき水

道事業者の過失が認められるか否かという問題と給水義務の存否との関連性についても検討する必要があるように思われる。差戻審においては、これらの規定の文言や趣旨を踏まえた上で、被上告人が水道法 15 条 2 項ただし書により給水義務を負わないといえるか否かについて慎重に判断する必要がある。

5. 違法取水に関する判例

【判例 5】鉄道会社が、その運営する水力発電所において、水力発電に供する水を河川から取水するために受けていた河川法に基づく許可に付された条件に違反する不正取水を行い、同許可を取り消されたことについて、当該不正取水は、水力発電所に勤務していた当該鉄道の従業員が観測・記録装置において取水量等の測定結果を巧妙に歪める上下限設定をあえて行い、そのことを当該鉄道会社の本社に伝達しないといった意図的な行為に及んだことによって生じたものであり、当該鉄道会社は水力発電に当たり通常想定される範囲の不正取水等を防止しうる程度の管理体制を整えていたものと認めるのが相当であるとして、当該鉄道会社の取締役が法令遵守のための体制構築等に係る義務違反に基づく任務懈怠は認められず、また、当該鉄道会社の監査役が当該不正取水について把握し、又はその可能性について具体的な疑いをもつに至ることは極めて困難であったといわざるをえないとして、当該鉄道会社の監査役に監視義務違反も認められないとされた事例（東京地判平成 27 年 4 月 23 日金判 1478 号 37 頁）⁴

【事実の概要】

補助参加人の株主である原告ら及び原告共同訴訟参加人ら（以下「原告ら」という。）が、主位的には、補助参加人が運営する水力発電所である信濃川発電所において、発電に供する水を信濃川から取水するために受けていた河川法（昭和 60 年法律第 37 号による改正前のもの。以下同様。）に基づく許可に付された条件に違反する取水を行い、当該許可を取り消されたことについて、当時の取締役又は監査役である被告らに任務懈怠があり、その結果、補助参加人は、当該許可を再取得するために信濃川発電所が所在する各自治体に合計 57 億円の寄附をすることとなって損害を被ったと主張して、予備的には、当該許可の取消処分に対して抗告訴訟を提起しなかったことにより当該処分を確定させたことについて、被告らのうち当時補助参加人の取締役又は監査役であった者に忠実義務違反があり、その結果、補助参加人は、上記 57 億円の寄附をすることとなって損害を被ったと主張して、補助参加人

⁴ 本件に関する評釈には、本村健＝吉原朋成＝伊藤広樹＝青木晋治＝大浦貴史＝坂本雅史「判批」旬刊商事法務 2079 号 77 頁、エドアルド・メスキタ「判批」ジュリスト 1498 号 139 頁、山本爲三郎「従業員の不正取水行為を防止するための法令遵守体制構築等に係る取締役・監査役の任務懈怠の有無」私法判例リマークス 53 号 86 頁がある。

のため、被告らに対し、平成 17 年法律第 87 号による改正前の商法（以下「旧商法」という。）266 条 1 項 5 号、同 277 条又は会社法 423 条 1 項及び同 847 条 3 項に基づき、連帯して、補助参加人に 57 億円及びこれに対する訴状送達の日から民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金を支払うことを求める株主代表訴訟を提起した。

【判旨】

補助参加人が信濃川発電所において通常想定される範囲の違法取水等を防止し得る程度の管理体制を整えていたと認められること、本件不正取水行為の態様等に照らし、信濃川発電所の外部の者が上下限設定や本件不正取水行為に気づくことは著しく困難であったこと、本件不正取水行為のような態様の不正取水行為の存在を具体的に疑わせるほどの事情があったとはいえない・・・(略)・・・そうすると、上記各被告がそれぞれの時点において、B 川発電所における不正な取水行為の存在を具体的に認識し、又は認識し得たとまでは認めることができず、これを前提として個別の調査確認等を行い、又は行わせる義務があったことを認めるには至らない。加えて、上下限設定の存在が信濃川発電所の外部に報告されたのが、度重なる行政機関からの要求及びこれに基づく補助参加人本社・支社からの調査指示を経た平成 20 年 8 月以降であったことをも踏まえれば、原告らの主張する調査確認等を行っていれば本件不正取水行為を防止することができたことを直ちに推認することもできないのであって、原告らの主張する各被告の任務懈怠と補助参加人に生じたとされる損害（本件支出）との間に相当因果関係があると認めることも困難である。

6. 検討

(1) 【判例 1】について

(2) 【判例 2】について

(3) 【判例 3】について

(4) 【判例 4】について

(5) 【判例 5】について