

判例研究

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

令和元年 7 月 18 日第一小法廷判決（平成 30 年（受）533 号他，
以西土地改良区対 Y₁ 他，使用料請求事件）裁判所ウェブサイト

土 井 翼^{*}

- I 事実
- II 判旨
- III 評釈

I 事実

1 事案の概要

（ア）本判決にかかる紛争の舞台となったのは、徳島県徳島市を流れる以西用水（以下、「本件水路」という）であった。本件水路は、吉野川水系の一級河川たる鮎喰川^{あぐいがわ}から取水した月ノ輪貯水池を始点とする農業用排水路である。その創設の時期は不明とされるが、既に天正 17 年（1589 年）には灌漑用水としての利用が記録されており、寛政末期（1800 年頃）以降には地域が連合してこれを維持管理をしていたとされる。また、明治期以降は、明治 29 年（1896 年）に水利組合条例（明治 23 年法律第 46 号）に基づく公法人たる以西用水組合が結成さ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 19 卷第 1 号 2020 年 3 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

れ(後に水利組合法(明治41年法律第50号)に基づく公法人たる以西普通水利組合に名称を変更)、この団体がその維持管理を担ってきた。原告は、昭和26年に土地改良法に基づき以西普通水利組合の組織変更により設立された土地改良区であり、本件水路の一部につきコンクリート水路への改修工事や掃除等をするなど、本件水路の維持管理を現に実施している。また、昭和39年に制定された現行河川法の23条が流水の占用につき許可を要求することとしたことに伴い、原告は、昭和40年2月25日に徳島県から水利使用許可を受けている(この許可は、今日まで更新されている)。

ただし、本件水路はいわゆる法定外公共物(法定外公共用物)、「青線」であり、かつ、そのようなものとして認識されてきた。こうした法定外公共物については、平成11年の地方分権改革推進法により、その所有権が国から市町村に譲渡され、また、その財産管理及び機能管理も市町村の自治事務とすることとされた。それに対応して、本件水路敷地の所有権を国から譲り受けた徳島市は、徳島市法定外公共物管理条例(平成15年条例第14号)を制定し、以後は同条例に基づき本件水路の財産管理を実施している。また、同市は、本件水路の整備・補修といった機能管理も果たしてきた。ただし、これは主として浸水対策や雨水排水の効率化を目的とする都市下水政策の一環としてのものであり、本件水路の農業用排水路としての機能管理については、上に記したように、一貫して原告が担ってきたとされる。

(イ) 本件水路は、これも先述のように、伝統的に農業用排水路として利用されてきたが、原告の主張によれば、昭和40年頃より農家と非農家住宅との混在化が進展したことに伴い、非農家住宅の住民らが排出した汚水により本件水路を利用しての米作りが困難となった。そこで、原告は、非農家住宅からは維持管理障害費の名目で排水使用料として負担金を徴収することとした(本判決の時点においては年間1,500円とされている)。また、水洗トイレの普及に伴い、本件水路に浄化槽により処理されたし尿を排水することにつき住民から要望があったため、原告は使用許可の代償として浄化槽排水使用料(以下、「本件使用料」という)の徴収を開始した(平成22年4月時点で年間10,000円とされていたが、同月に料金改定がなされ、生活雑排水にかかる排水使用料と合わせて年間2,000

円とされた)。なお、これらの生活排水は、まずは徳島市が管理する側溝等の排水設備へと放流されるが、この側溝等は本件水路に接続しているため、結局は本件水路に流入することとなる。

事実審における認定によれば、原告は、こうした使用料の徴収につきその定款及び使用料等徴収規程等において、以下のような定めをおいていた。①自らが維持管理するかんがい排水施設ないし用排水路について他目的使用をさせることができる(定款4条2項)。②用排水路にはいかなる理由があっても汚水を無断で流入させてはならない(施設管理規程7条)。③用排水路に排出される廃水のうち水質保全に支障がないものは使用料等徴収規程により許可することができる(施設管理規程10条)。④用排水路等の施設を使用しようとする者は、原告の承認を受け原告と使用契約を締結しなければならない(使用料等徴収規程3条)。⑤原告が使用を承認したときは、使用者から同規程に定めるところにより、使用料を徴収する(同規程4条)。⑥本件排水の放流のため原告が維持管理する用排水路を使用するときは、使用者は承認条件を厳守するとともに、使用料別表に記載された使用料を納付しなければならない(同規程5条、別表1)。⑦右記により使用を承認したときは、本件使用料を原告の指定した年月に徴収する(同規程12条)。

(ウ) 被告らは、原告の施行地区内に居住する非農家住宅の住民であるが、自己の住居に設置した浄化槽からの排水(以下、「本件排水」という)¹⁾を放流するに際して、原告との本件水路使用契約の締結または更新を拒否し、本件使用料を支払わなかった。そこで、原告は、不当利得返還請求権に基づき、本件使用料相当額の金員の返還及び遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。

2 下級審の判断

(1) 第一審判決(徳島地判平成28年3月28日)

(ア) 第一審の徳島地方裁判所は、原告の請求をいずれも棄却した。その理由は、原告は本件水路への本件排水の放流により損失(民法703条)を被らないこ

1) 土地改良法は「廃水」の語を用いるが、本件につき裁判所は一貫して「排水」の語を用いているため、それに従う。

とに求められている。その判断の内容は2つに分節される。第1に、原告と被告らとの間には本件排水に係る本件水路の使用契約が存在しないから、「原告が本件水路に本件排水を放流している被告らから当然に本件使用料の支払を受ける地位にあるという事はできず、したがって、そもそも「受領すべき本件使用料」というものを観念することができない」。それ故に、本件使用料相当額の損失もまた存在しない。第2に、被告らによる本件水路への本件排水の放流により原告による本件水路の管理に要する費用が増加したのであれば、それは損失たりうるが、そうした主張及び立証はなされていない。したがって、この意味での損失の発生も認められない。

(イ) また、原告は、原告との間で本件水路の使用契約を締結したうえで使用料の支払いに応じている住民と被告らとの間の公平性という観点をその主張のなかで提示していたが、判決はなお書きのかたちでこれに応答し、以下のように説示している。「土地改良法等は、土地改良事業によって著しく利益を受ける者に対する経費の一部の徴収（同法36条8項、土地改良法施行規則28条の2）や、農業用排水路等が下水道等の用に兼ねて供することが適当であると認められるに至った場合の関係地方公共団体等との協議及び同協議が調わない場合の裁定（同法56条2項ないし4項）について定めているところ、これらの規定の文言及び趣旨に照らせば、土地改良法等は、農住混合化の進展等により、農業上の利用と生活排水その他非農業上の利用との調整を要する場合、すなわちまさに本件において問題となっているような場合について、これらの手続により、その調整を図るべきことを予定しているものといえる」。こうした法定の手続の煩雑さを回避するために使用契約という手法を採用すること自体を法が禁じているとはいえないが、使用契約締結を全住民に強制することはできないから、「地域住民の公平な取扱いを徹底しようとすれば、原則に立ち戻り、土地改良法等に定められた上記の手続をとるほかならないものといわざるを得ず、そのために一定の労力と手間を掛けることは避けて通られない」。したがって、「原告が仮に本件水路を排他的に管理しているとして、その目的外利用の対価的賦課として、なお組合員以外の住民に対して生活排水の放流に対する費用を徴収しようとするのであれば、その方法としては、土地改良法その他の関係法令の規定に照らして、既に説示の土地改

良法56条2項以下等の手続を取るほかなく、そのためには、土地改良区を監督し、同条項によって裁定権限を有する徳島県や、本件水路の多くを法定外公共物として所有・管理しており、本来的に下水設備を整備すべき責任を有する関係地方公共団体としての徳島市等に対して、所要の働き掛けをして公平な負担が確保できるための努力を惜しまないことが期待される」。

(ウ) この第一審判決に対して、原告が控訴した。

(2) 控訴審判決（高松高判平成29年11月1日）

(ア) 控訴審の高松高等裁判所は、原告の控訴を容れ、その請求を一部認容した。その理由は、①原告は自己の水利権に基づき本件水路をかんがい用水として利用する排他的権利を有するが故に、第三者に対して本件水路への排水を禁止できること、②被告らによる本件水路への本件排水の放流はこの禁止に抵触することで原告の上記排他的権利を侵害するものであることに求められている。

まず①については、以下のように敷衍できる。原告は河川法23条に基づく水利使用許可に基づき鮎喰川から取水することにより本件水路の流水を維持しているところ、「これにより、控訴人〔原告〕は、土地改良計画に従って、本件水路に流水を引き込んでかんがい用水として利用する排他的権利を有する」こととなる。したがって、原告は「許可水利権による本件水路中の流水の排他的管理権に基づき、本件水路を生活排水の排水路として使用する組合員以外の第三者に対しても本件排水を禁止することができる」。ただし、流水占用許可は毎年6月5日から9月20日までとする期間の限定が付されているため、この時期以外の時期の取水には権利が及ばないとされた。

次いで②についても、以下のように敷衍できる。前提として、「本来、控訴人〔原告〕が本件水路の機能管理を行い、河川から取水した流水を引き込まなければ、被控訴人〔被告〕らは、排水することができないのであり、徳島市が整備した側溝等の排水設備は、本件水路と接続して初めて排水路としての用をなすことからすれば、被控訴人〔被告〕らが本件水路を利用して排水することができることによって、利得を得ていることは明らかである」。そして、原告が、「本件水路に流水を引き込んでかんがい用水として利用する排他的権利」及び組合員との契

約により使用料を徴収していることからすると、「本来排水することができない被控訴人らが排水をすることにより、上記の排他的権利が侵害され損失を生じたと認められ、その金額は、上記性質に鑑み、本件使用料相当額と同額であると認めるのが相当である」。原告は、第三者に対して本件水路に排水することを禁止せず使用料を徴収するという契約関係による本件排水の処理を選択しているが、「契約関係にない第三者との関係においても、上記のとおり、本件排水を本件水路の流水により処理をする場合における対価相当額を損失額とみることが合理的である」。

(イ) この控訴審判決に対して、被告らが上告した。

II 判旨

1 法廷意見

原判決一部破棄、控訴棄却。

4 [……] 原審の [……] 判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

公水使用权は、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巻4号599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、被上告人は、本件水路に被上告人が河川法23条の許可に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、本件水路に被上告人が河川法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、被上告人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、上告人ら及び選定者Aの本件排水により本件水路の流水についての被上告人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。

5 以上によれば、原審の判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原審各判決中、上告人ら敗訴部分は破棄を免れない。そして、前記事実関係等の下においては、被上告人の上告人らに対する請求はいずれも理由がないというべきであり、これらを棄却した第一審判決は相当であるから、上記部分につき、被上告人の控訴を棄却することとする。

2 裁判官小池裕の補足意見

私は、被上告人は河川法23条の許可に基づき本件水路に取水した水についてかんがいの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いえるものの、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いえないとする法廷意見に賛同するものであるが、本件事案の事情等に鑑み、若干の意見を補足したい。

本件水路は、古くから土地改良区である被上告人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被上告人が、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、被上告人の組合員ではない上告人ら及び選定者A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被上告人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、徳島市と被上告人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。

Ⅲ 評釈

1 本判決の意義と本稿の構成

本判決の意義は、河川法23条に基づく流水の占有許可を得た者であっても、直ちに第三者に対して当該流水の流れる水路への排水の放流を禁止できるわけではないことを示した点にある。しかるに、この判断は公水使用権の法的性質を論拠として導かれている。したがって、以下の評釈においては、公水使用権、特に河川法23条に基づく流水の占有許可がなされた場合におけるその法的性質について論ずる(2)。そのうえで、本件水路の管理をめぐる法制度の建付けにつき概観する(3)。法廷意見に示された判決理由とは直接の関わりをもたないようにも思われる後者の作業が本判決の評釈として有用であるのは、第1に、小池補足意見が示唆するように、本件は法定外公共物の管理をめぐる法制度の不備というやや特異な背景から生じた事案と考えられるためであり、第2に、最高裁が差戻しではなく控訴棄却という処理を選択したことの理由がこの作業を経ることにより説明されるからである。そのうえで最後に、本判決の射程と今後の展望について、若干の評価にわたる議論を提示する(4)。

2 公水使用権の法的性質

(1) 問題の所在

(ア)冒頭に記した(I.1.(ウ))ように、本件は原告が被告に対して提起した不当利得返還請求訴訟である。そして、民法学において一般的な類型論的理解²⁾によれば、本件で問題とされているのは被告による侵害利得ということになる。しかるに、侵害利得については、①侵害者の受益と②当該受益が被侵害者の権利に由来するものであることが請求原因であり、民法703条の文言を卒然と読むと請求原因であるかのようにも理解できる③被侵害者の損失は、侵害者の利得と表裏の関係にたつため、独自の意味をもたないとされる³⁾。なお、第一審判決は文言としては③損失の存在を否定することで請求を棄却しているが、これは実

2) 参照、潮見佳男『基本講義債権各論I — 契約法・事務管理・不当利得〔第3版〕』(新世社、2017年)318-321頁。

質的には②被告の受益の原告の権利起因性を否定するものと理解することができる。

しかるに、控訴審判決は、原告が河川法上の水利使用許可を得ており、したがって本件水路に引き込む流水に対して公水使用権を有することを理由として、原告の請求を認容した。曰く、「許可水利権は、排他的に流水を占用する物権的な財産上の権利であると解されるのであって〔……〕、控訴人〔原告〕は、かんがい用水として利用する目的の流水に第三者が無権限で排水することの禁止を求める排他的な管理権を有するといえることができる」。しかし、最高裁は、こうした控訴審の理解を否定し、上記②要件の充足を否定することにより、請求を棄却した第一審判決を維持することとしている。以下では、本判決に示された論理を確認し(2)、そのうえでこの判旨を従来の議論との関係のなかで位置づける(3)。

(イ) なお、議論の本体に入る前に用語法につき若干の註記を付しておく。ある私人が河川法上の水利使用許可を得ることにより取得する流水に対する権利は、控訴審判決においては「水利権」と称されているのに対して、上告審判決たる本判決においては「公水使用権」との語が用いられている。そうすると、この用語法の違いが何を意味するのかを問うことも可能となるが、以下ではこの点は問題としない。すなわち、両者は同一の意味内容を指示する語であることを前提としたうえで、本判決が用いる「公水使用権」の語を使用する。この用語法の違いは「権利の性質をどうみるかに関連している」、すなわち、流水に対する権利が公権と私権のいずれであるかという論点への態度と関わるともいわれる⁴⁾が、当該権利のこのような意味での性質を論ずることは、少なくとも本判決を理解するためには、必要ないからである⁵⁾。

3) 参照、潮見・前掲註2) 326頁、窪田充見編『新注釈民法(15)——債権(8) §§697～711』(有斐閣、2017年) 124頁〔藤原正則〕。

4) 参照、小林三衛「公水使用権の性質〔最判昭和37年4月10日民集16巻4号699頁判批〕」民商47巻5号(1963年) 149頁、156頁。

5) 参照、福井秀夫「公水使用権の性質〔最判昭和37年4月10日民集16巻4号699頁判批〕」宇賀克也ほか編『行政判例百選I〔第7版〕』(有斐閣、2017年) 38頁、39頁(「公水使用権は公権か私権かという名称それ自体の議論には必ずしも実益がない」)。

(2) 流水への加水を排除する請求権

(ア) 控訴審判決を破棄するにあたり、最高裁は公水使用権の法的性質を以下のようなかたちで援用している。まず、①「公水使用権は、〔……〕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うる権利にすぎない」から、②「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」。したがって、③水利権者は、「直ちに第三者に対し〔公水使用権に基づき取水した水の流れる〕水路への排水を禁止することができる」とはいえない。そして、本件の事実関係の下においては、原告は被告らに対してそうした禁止をすることができない。

このうち①の点、公水使用権は使用目的充足のために必要な限度の流水を使用する権利であるとの理解については、最高裁自身が言及するように、先例が存在する。すなわち、最判昭和37年4月10日民集16巻4号699頁は、「公水使用権は、それが慣習によるものであると行政庁の許可によるものであるとを問わず、公共用物である公水のうえに存する権利であることにかんがみ、〔……〕使用目的を充たすに必要な限度の流水を使用しうるに過ぎない」としていた。また、本判決による昭和37年判決の参照は形式的には①の点に限定されているが、実質的には②の点、公水使用権は流水の排他的使用権限ではないとの理解についても、既に同判決が説示している。先に引用した同判決の省略部分において、最高裁は、公水使用権は「河川の全水量を独占排他的に利用しうる絶対不可侵の権利ではな」（圏点は引用者）いとしているからである。

それにもかかわらず、本判決が昭和37年判決の参照を①の部分に限定したのは、敢えて説明をつけるとすれば、「公水使用権は流水の排他的使用権限ではない」という命題の意味するところが同判決と本判決とで変化しているからではないかと推測できる。まず、昭和37年判決は、公水使用権は「河川の全水量を独占排他的に利用しうる絶対不可侵の権利ではな」（圏点は引用者）いから、発電用ダムへの河川からの引水は同一河川につき既に存在する慣行水利権を侵害するものではないとしていた。また、昭和37年判決が引用する2つの大審院判決（大判明治31年11月18日民録4輯10巻24頁及び大判大正5年12月2日民録22輯234頁）は、いずれも水路の上流に位置する水利権者が下流に位置する者

による流水の利用を排除することができるとの理解を否定するものであった。このように、先例において問題とされていたのは、公水使用権者は引水した流水をすべて排他的に支配しうるのか、また、河川における流水を（潜在的には）すべて引水しうるものとして支配しうるのか、ということであった。こうした先例に対して、本判決において問題とされたのは、公水使用権者は引水した流水への第三者による加水を排除しうるのか、ということであった。そして最高裁は、このような加水排除の側面についても、引水排除の側面と同様の制約が存在することを明らかにした。そして、この点が本判決の有する先例的意義の中核部分であると解される⁶⁾。

(イ) 本判決の先例的意義についてはこのような理解が慎重と思われるが、事案の経緯を重視すれば、より踏み込んだ理解を示す可能性もある。すなわち、従来の先例が流水の全水量への量的支配を問題としていたのに対して、本判決は浄化槽からの「汚水」⁷⁾を清浄な流水に混入させないという質的支配を問題としており、この部分にも従来の先例が妥当することを示した点に本判決の先例的意義があると考えるのである。これは、そもそも非農家住宅から本件使用料を含む排水負担金が徴収されるに至った経緯を正面から受け止めるものであるが、結論としてはここまでを本判決に読み込むことは難しい。原告の施設管理規程は水質保全に支障がない場合にかぎって廃水の放流を認めていること、被告は本件排水の放流のためには被告と契約を締結すべきであったと主張していることからすれば、「本件排水は灌漑用水としての目的を阻害するほどに水質を悪化させるものであるから放流を排除する」との論理がありうることを本判決が前提としているとは解されないからである。

(ウ) なお、②の部分の文言は、(a)「他人による流水の使用を排斥する」ことはおよそ「使用目的を満たすために限度を超え」とする趣旨と解することも、

6) 公水使用権の限界に関する裁判例については、参照、原龍之助『公物营造物法〔新版増補〕』（有斐閣、1982年）300-305頁。そこに掲げられた裁判例に、本件のように加水の排除が問題となった事案は存在しない。

7) いうまでもなく、浄化槽からの排水には一定の水質基準が設けられており（浄化槽法4条1項及び同項に基づく環境省関係浄化槽法施行規則1条の2、同法4条6項）、浄化槽からの排水が直ちに自然科学的な意味で清浄でないということにはならない。

(β) 他人による流水使用の排斥のうち「使用目的を満たすために限度を超え」るもののみが公水使用権の内容から除外されるとする趣旨と解することも可能である。この点については、あてはめとなる③の部分において、原告は「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」（圏点は引用者）と小括が述べられ、また、結論部分においても本件の「事実関係等の下においては」原告の請求はいずれも理由がないとされていることから、(β)の趣旨と解することが本判決全体の趣旨と整合的であろう。実質的にも、第三者による排水が極端に多量かつ継続的なものであるために水路の流速が増大するなどして水利権者の使用目的が達成できなくなることも考えるから、(β)の趣旨に解しておく方が公水使用権保護の観点からは望ましい。

(3) 公水使用権の内容

(a) 従来議論との関係

こうした最高裁による公水使用権の理解は、従来議論との関係ではどのように位置づけることができるのか。

(ア) まず、上に述べたように本判決を理解する(Ⅲ.2.(2)(ア))と、本判決は、公水使用権者が、公水使用権に基づく流水の使用目的を満たすために必要な限度において、第三者に対して妨害排除等の措置を講じうることを当然の前提としている。これは、公水使用権を物権(あるいは物権類似の権利)と解することを意味するが、こうした理解は学説においてはほぼ異論なく認められている⁸⁾。たとえば、「水利権者は、水利権の内容(流水の使用)の実現が妨げられる事情があるときは、その妨害の原因について責任を有する者に対し、[……]直接、その妨害の原因の除去を求めることができる」とされ、具体的には返還請求権、妨害排除請求権及び妨害予防請求権が認められるとの見解が河川法制定時から一般的に説かれてきた⁹⁾。このように従来議論からすれば、第三者による排水の

8) 裁判例も含めて参照、川島武宣=川井健編『新版注釈民法(7)——物権(2)』(有斐閣、2007年)585-588頁〔中尾英俊=江溯武彦〕、金沢良雄=三本木健治『水法論』(共立出版社、1979年)112-115頁。

9) 参照、建設省新河川法研究会編『逐条河川法』(港出版社、1966年)135頁。

放流により利水が物理的に不能になるとか何らかのかたちで利益の享受が不能になるとかいった場合には、当該第三者による排水放流は排除請求権の対象に含まれると考えられる。

(イ) また、公水使用権には目的により画される限界があることについても、流水が本来的には公共用物として一般公共の用に供されるべきものであることを理由として、広く認められてきた¹⁰⁾。しかし、従来の裁判例の多くが公水使用権の対象たる流水からの第三者による引水を(いかなる範囲で)排除できるかが問題としていたのに対して、本判決は第三者による加水を(いかなる範囲で)排除できるかを問題とするため、先例と事案の性質を異にする。それに対応して、従来の公水使用権の限界に関する議論を具体的にどのように本件のような加水事案に妥当させればよいのかについては、さらに議論が必要な点であろう。

加水事案における公水使用権の限界に関しては、第三者による加水が流水の水質を悪化させる場合に公水使用権者は当該第三者に対して妨害排除請求をすることができるか否かという問題が論じられてきた。先に述べたように、本判決はこの論点に関して何も述べていないと解するのが慎重かつ妥当な理解であろうが、本判決の射程に関わる問題でもあるため、ここで附言しておく。この点については、公水使用権の行使に対する妨害を、流水の減少を惹起するなどのかたちで利水を物理的に不能にするものと、流水の汚濁など利水による利益の享受を不能にするものとに観念的に区別したうえで、流水の使用により生ずる財産的利益の保護という公水使用権の制度目的からして、いずれも広く公水使用権の行使対象としてよいとの議論が説かれてきた¹¹⁾。こうした従来の理解は、本判決と少なくとも矛盾はしない。

(b) 目的拘束の範囲？

(ア) かくして、本判決の公水使用権理解は従来の学説上の議論とも整合的なものと評することができようが、本判決を経てもなお公水使用権の内容には明らかではない部分が残る。すなわち、公水使用権者は、公水使用権利を根拠として、

10) 裁判例も含め、参照、原・前掲註6) 300-305頁。

11) 参照、建設省新河川法研究会編・前掲註9) 136頁、最高裁判所事務総局編『公物・営造物関係行政事件執務資料』(法曹会、1987年) 340-341頁。

第三者に対してその排水を受忍することと引換えに金銭の支払いを請求することができるのであろうか。本判決はそもそも被告による本件排水の放流に対して原告は排除請求をすることができないとしたため、この問題に応答をする必要はなかった。あるいは、本判決は実際に排水が放流された後の不当利得返還請求事件であるため、この問題がそもそも論点とならなかった。しかし、公水使用権に基づく第三者に対する請求に当該権利の目的による拘束がかかるという本判決の理解を延長した場合には、本判決の事案の解決を越えてこの問題につき一般的に否定で応えることもできる。以下では、その所以を明らかにする。

(イ) 最高裁によれば、公水使用権は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うる権利にすぎない。ただし、これを前提としても、仮に被告による排水が多量かつ継続的なものであるために本件水路の流速が増大し、灌漑用地への十分な引水が不可能になったといった場合には、原告は被告に対して妨害排除請求権を行使することができる。それでも、このような場合には、排水を受忍することと引換えに金銭の支払いを請求することはできないと考えるべきであろう。特定の目的を実現するための権利として公水使用権をある主体に認めているにもかかわらず、その目的を抛擲することと引換えに金銭の受領を可能とすることは、公水使用権を設定した理由と矛盾する。とりわけ、河川の流水が限りある公共財であること¹²⁾に鑑みると、その価値を公水使用権者を結節点とする再分配のために用いさせる理由はない。

それでは、仮に被告による排水が、灌漑用水としての利用目的を阻害するものではないが、何らかの理由で本件水路の管理費用を増大させるものであるとして、原告は、公水使用権を根拠として、排水の受忍と引換えに管理費用の増加分にかかる金銭の支払いを請求することができるのであろうか。本判決の論理は、こうした場合に金銭支払請求を否定する方向に働く。まず、この場合の排水は公水使用権の目的を阻害するものではないため、公水使用権者はそもそも排水を禁止することができない。そして、本判決によれば、公水使用権は「流水を使用し得る

12) 河川法令研究会編著『よくわかる河川法〔第3次改訂版〕』（ぎょうせい、2018年）88頁は、水利使用許可の基準としてまず「公共の福祉の増進に資するものであること」を挙げている。

権利」であって、水が流れる土地及び施設を支配する権利ではない。両者が区別されることは、土地改良区が公水使用権を有する流水が地方公共団体が管理する普通河川を流れる場合を想定すれば明らかであり、この場合に公水使用権者が施設管理費用の増大を理由として排水者に対して金銭請求が可能と考えることはできない。そうすると、公水使用権の内容として、第三者による排水がその目的を阻害しないが水の流れる施設の管理費用を増大させるという場合に、管理費用増大分を負担させる趣旨で金銭の支払いを請求することはできないと解すべきであろう。

(ウ) このように考えると、原告の不当利得返還請求権を基礎づけうるのは、公水使用権ではなく本件水路の施設管理権だったのではないかとの疑問にゆきつく。そして、原告もそのような施設管理権に基づく主張を実際に行っていた。そこで、項目を改めて、本件水路の管理をめぐる法制度の建付けとそこにおける土地改良区たる原告の位置づけについて論ずることとする。

3 本件水路の管理をめぐる法制度の建付け

(1) 問題の所在

(ア) 第一審及び控訴審における事実認定によれば、本件水路は、いわゆる青線として管理されてきた。「青線とは、公図上青線をもって表示されている河川、公共用悪水路等のうち、河川法や下水道法等の適用や準用のないもの」¹³⁾であり、公物管理法の適用や準用を受けない公共用物たる法定外公共物¹⁴⁾の構成要素の一つである。

この法定外公共物の所有と管理については長らく法制度に不備が存在しており、管理権限を有する主体が必ずしも明確ではないという問題が知られていた。そして、実務上は、法定外公共物の敷地が国有であることを前提として、財産管理については建設省所管国有財産部局長たる都道府県知事が、機能管理については市町村がそれぞれ実施してきた¹⁵⁾。しかし、1999年の地方分権改革により、里道

13) 寶金敏明『5訂版 里道・水路・海浜——長狭物の所有と管理』（ぎょうせい、2019年）11頁。

14) 参照、寶金・前掲註13) 3頁。

及び公共用水路等については、その敷地を国が市町村に譲与することにより、市町村が公物管理を一元的に実施することとされた¹⁶⁾。既に述べたように（I.1. (ア)）、本件水路についても国から徳島市に対してその所有権が譲渡され、徳島市は法定外公共物管理条例を制定することで管理体制の整備をしている。

（イ）このような法制度の建付けからすると、青線たる本件水路の機能管理は1999年の前後を問わず徳島市が実施して然るべきものとも思われる。しかし、実際には、原告及びその先行団体が本件水路の農業用排水路としての機能管理を少なくとも事実上は担ってきた（I.1. (ア)）。こうした法制度の建付けと管理の実態との齟齬は、どのように理解されるべきものなのか。徳島市法定外公共物管理条例はこの点につき何も明文の定めをおかないから、理論的な検討が必要となる（なお、Ⅲ.4. (イ) も参照のこと）。

そこで以下では、原告のように市町村以外の主体が法定外公共物を事実としては管理している場合の、当該主体と市町村の関係を整理する。ただし、本稿は判例評釈であることに鑑み、次の限定を付す。第1に、市町村以外の管理主体としてはもっぱら土地改良区を想定し、それ以外の主体については考察しない。第2に、土地改良区が第三者に対して一方的に義務を賦課する、それも特に排水放流の対価として金銭債務を賦課する局面のみを想定し、それ以外の局面、特に非権力的な管理作用については考察しない。

こうした限定を付すと、検討すべき問題は、「土地改良区は、組合員以外の第三者に対して、自らが管理する農業用排水路への排水の放流につき対価支払いの義務付けを、当該農業用排水路の敷地所有権が帰属する市町村の関与なくして、あるいはそれを排除してなしうるのか」というかたちで特定される。そして、この問題を検討する際の視角は、以下の2点に収斂する。第1に、土地改良区は、土地改良区としての権限によりそのような義務付けをなしうるのか。すなわち、土地改良区が管理権限を有する土地改良施設と市町村が管理権限を有する法定外公共物はそれぞれ排他的な概念ではないため、法定外公共物について土地改良区が管理権限を法律上有することがありうるが、そうした権限に基づき組合員以外

15) 参照、寶金・前掲註13) 233-238頁。

16) 参照、寶金・前掲註13) 219頁、411-417頁。

の第三者に対して義務付けをなしうるのか(2)。第2に、土地改良区は、土地改良法の認める権限以外の根拠に基づきそのような義務付けをなしうるのか。ただし、後者は問題をさらに2つに分節することができる。すなわち、土地改良区は、農業用排水路を事実上排他的に管理してきたという事実に基づき何らかの物権的権利が発生することを根拠としうるのかという議論(3)と、許可水利権を有することを根拠としうるのかという議論である。ただし、最後のものはまさに本判決の中核部分に関わるものとして先に論じたところであり、結論としては根拠としないとされていたのであった(Ⅲ.2)。

(2) 土地改良法上の管理権限

(a) 土地改良区による管理義務及び措置要求権限

土地改良法において、農業用排水施設、農業用道路その他農用地の保全又は利用上必要な施設(土地改良施設)の新設、管理、廃止又は変更は土地改良事業とされる(土地改良法(以下、この款では単に「法」という)2条2項1号)。この土地改良事業を地区内において実施するのが、土地改良区である(法15条1項)。特に、土地改良施設の管理は土地改良区の義務とされている(法57条)。そして、本件水路のような農業用排水施設の管理については、管理規程(法57条の2)及び利水調整規程(法57条の3の2)の策定が義務付けられている。

こうした管理のために法が定める権限の一つに、予定外廃水の排除等のための措置要求の権限がある(法57条の3)。これは、農業用排水路に上記管理規定で予定する廃水以外の廃水が排出されることにより、当該農業用排水路の管理に著しい支障を生じ、または生ずるおそれがあることを要件として、廃水を排出する者に対して廃水量の削減、排出の停止等を求める権限である。同条は要求の名宛人を組合員に限定していないため、土地改良区は第三者に対しても措置要求をなしうると解される¹⁷⁾。しかし、同条は予定外の廃水の排出による農業用

17) ただし、「どうしても〔相手方〕これに従わない場合には、裁判上の請求を行うほかはない」とされ、また、「本条の規定に基づく請求であれば、裁判となった場合に勝訴する可能性が極めて大きい」という程度の拘束力しか認められない。参照、農林水産省農村振興局土地改良企画課監修『土地改良法解説〔第5回改訂版〕』(全国土地改良事業団体連合会、2005年)204頁。

排水路の管理への著しい支障及びそのおそれを要件とすること、効果としても廃水量の削減や排出の停止を求めうるとするにとどまることから、同条を根拠として、第三者たる非組合員に対して廃水の排出を許容する対価として金銭の支払いを要求することはできないと解される¹⁸⁾。

(b) 管理費用の調達

(ア) それでは、土地改良区は管理のために必要な費用をどのように調達すればよいのか。法は、土地改良区は組合員（法11条）に対して金銭、夫役又は現品を賦課することができるとしており（法36条1項）、管理費用を同項に基づき組合員に賦課される組合費により賄うことを想定していると解される。ただし、この組合費により土地改良区が必要とする維持管理費の全体を賄うことはきわめて困難な状態にあるとされる。一方では、1960年代以降の都市化の進展により水路管理に係る負担が増加し、他方では受益農家の兼業化や離農の進行から組合費増額による財源調達は組合員の賛成を得ることが難しくなっているからである¹⁹⁾。原告が本件水路脇に設置した「以西用水の歴史」と題する看板にも、「水^みと^どり土里ネット以西は、農業の衰退・農業離れ・農業者の減少などにより、農業用水の管理や機能が低下した施設の維持補修、老朽化した施設の更新、時代の要請に応える改築や維持管理に多大な労力と費用が費やされている現状である」との記載があり、金銭的な窮状が訴えられている（ルビは引用者）。

(イ) そこで、組合費以外の財源調達の可能性が模索されることとなるが、農業用排水路への排水という本件で問題となった状況との関係では、以下の2つの方策を土地改良法に見出すことができる。第1に、土地改良区は、都道府県知事の認可を受け、土地改良事業により利益を受ける者（特定受益者）から土地改良事業に要する費用の一部を徴収することができる（法36条9項ないし11項）。これは、受益が存在するかぎりでも組合員以外の者に対しても費用の負担を要求する根拠となり、これにより生ずる金銭債権については強制徴収も認められる（法

18) 参照、農林水産省農村振興局土地改良企画課監修・前掲註17) 204頁。

19) 参照、山崎憲治「中川流域・葛西用水地域における農業用水合理化事業と農民の対応」*経済地理学年報*31巻1号（1985年）24頁、26頁、石井敦「土地改良区の維持管理費の財源構造」*農業土木学会論文集*229号（2004年）109頁、110頁。

38条、39条)。第2に、土地改良区は、農業用排水路が下水道などの多用途施設の用に兼ねて供することが適当であると認められるに至った場合には、関係地方公共団体等に対して管理費用の分担等につき協議を求めることが認められており、また、この協議が不調の場合には都道府県知事の裁定を受けることができる(法56条2項ないし4項)。これも、地方公共団体などの関係人という組合員以外の主体に対して管理費用の負担を要求する根拠となる²⁰⁾。

(3) 事実上の管理権?

(a) 排水放流契約とその実効性の背景

(ア) しかし、上記の仕組みにおいては、土地改良区は都道府県知事の認可や市町村との協議という法的手続を履践することが求められる。そこで、より簡便な手法として考案されたのが、農業用排水路に排水を流出させる非組合員との間で排水の流出の許可を内容とする契約を締結し、流出の対価として金銭を徴収するという方法である。この方法は、一説によれば、都市化等により財政難に陥っていた淀川左岸土地改良区(当時)で創始され、現在では多くの土地改良区で様々な名称により広く採用されるものであり、「特に公共下水道が設置されていない地域で急激な都市化が進んだ地域の土地改良区では、きわめて大きな収入源であった」とされる²¹⁾。

(イ) ただし、第一審判決がなお書きにおいて指摘する(I.2.(1)(イ))ように、土地改良区は契約の締結を非組合員に対して法的に強制することはできない。それにもかかわらず事実としてこうした契約が多く非組合員との間で締結され、土地改良区の「きわめて大きな収入源」を構成してきたこと背景には、浄化槽設置届出に関する実務が存在した²²⁾。このことを敷衍すると以下ようになる。

20) 市町村協議に基づく管理費の分担は下水のなかでも主として雨水の流入を想定するもので、汚水は対象外とする見解も存在する(参照、石井・前掲註19)112頁)。しかし、条文からそうした限定を読み取ることは困難である。参照、農林水産省農村振興局土地改良企画課監修・前掲註17)198頁。

21) 参照、石井・前掲註19)112頁。

22) この問題を比較的早期に論じたものとして、参照、阿部泰隆「浄化槽の放流同意——行政指導の限界に関する一研究(1)～(4・完)」自治研究64巻12号(1988年)3頁、65巻1号(1989年)3頁、2号(1989年)3頁、3号(1989年)22頁。

まず、浄化槽法3条1項は、何人も、終末処理下水道又はし尿処理施設で処理する場合を除き、浄化槽で処理した後でなければ、し尿を公共用水域等に放流してはならないとする。ここにいう公共用水域等の定義は浄化槽法には存在しないが、水質汚濁防止法2条1項は、公共用水域を「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溝渠、かんがい用水路その他公共の用に供される水路〔ただし、終末処理場を設置する公共下水道及び流域下水道を除く〕」ものとして定義しており、これは浄化槽法の解釈に際しても参照しうるものと考えられる。そして、農業用排水路はここにいう公共用水域等に含まれると解される。そうすると、何人も、浄化槽で処理した後でなければ、し尿を農業用排水路に放流してはならないという帰結が導かれる。これを反対解釈すれば、浄化槽を設置し、それによる処理を介することとすれば、し尿を農業用排水路に放流することは浄化槽法の許容するところとなる。

しかるに、浄化槽の設置に際しては都道府県知事への届出が求められる（浄化槽法5条1項）。そして、法律上は、この届出に関して都道府県知事には「保守点検及び清掃その他生活環境の保全及び公衆衛生上の観点」からの改善の勧告及び変更命令の権限が認められているにとどまる（同条2項及び3項）。それにもかかわらず、実務上は、浄化槽設置届出の受理に際して、浄化槽流水の放流先の農業用水管理者、水利権者、地域住民等からの放流同意書を添付させ、添付がなければ受理をしないという例がみられた²³⁾。「いわゆる「放流同意問題」について」と題する、昭和63年（1988年）10月27日の厚生省生活衛生局水道環境部環境整備課浄化槽対策室長通知（衛浄64号）は、こうした実務につき「違法の疑いが強い」との評価を示し、各都道府県など関係部局に対して是正を求めているが、「浄化槽の設置等の届出の際の放流同意について」と題する同旨の通達（厚生省生活衛生局水道環境部環境整備課浄化槽対策室長通知（衛浄19号））が平成9年（1997年）4月11日にも示されていることからすると、こうした実務は非常に強固なものであったと解される。実際、環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部廃棄物対策課浄化槽推進室が平成27年（2015年）3月に示した「平

23) 阿部・前掲註22) に様々な地方公共団体におけるインタビューを踏まえた実例が記録されている。

成26年度浄化槽行政に対する調査結果」においても、浄化槽流水の農業用排水路への放流につき管理者との協議、あるいはその許可や同意を求める例が現在もなお各地に存在することが示されている。

かくして、浄化槽設置届出に関する実務における、放流先の農業用排水路の管理者、すなわち土地改良区の同意を求める（場合によっては違法な）慣行が、土地改良区と非組合員との排水契約の締結及びそれに基づく金銭の徴収を支えてきたということができる。

(b) 事実上の排他的管理の法的評価

(ア) 国からの度重なる通達にもかかわらず、浄化槽設置に際して農業用排水路の管理者からの許可などを求める実務が強固に維持されてきたことの背景には、農業用排水路の管理を事実上は土地改良区が自らの出捐により実施してきたことがあると思われる。こうした事実上の（法以前の）感覚をよく伝えるものとして、たとえば元荒川上流土地改良区のウェブサイトに掲載された、「生活排水等の流入は、農業用排水路を維持管理している組合員からすれば、本来の目的外の水を流すこととなりますので、不合理性を感じます。この不合理性を解消する為に生活排水等の水を流す人からご負担をお願いするのが排水負担金です」という説明がある²⁴⁾。土地改良区の関係者がこうした感覚を抱くこと自体は無理からぬものがあるのかもしれないが、こうした感覚は法的に支持することができるものなのだろうか。

(イ) 検討の出発点をなす前提は、ここで問題とする農業用排水路は法定外公共物であるということである（すなわち、土地改良区の所有物たる農業用排水路については問題としない）。そうすると、既に述べた（I.1.（ア）、III.3.(1)）ように、法制度の建付けにおいてはその管理権は原則として市町村に帰属してきたし、現在でもそうである。また、これについても先に論じた（III.3.(2)）ように、土地改良区には農業用排水路の管理につき一定の権限が認められているが、こうした権限は法律上認められた限度でのみ及ぶはずのものであり、それを超えて物権的な管理権を基礎づけるようなものではない。こうした原則を貫徹するな

24) <http://www.motoarakawajoryu.or.jp/haisuifutankin.html>（最終閲覧2019年12月28日：
圏点は引用者が付した）

らば、浄化槽設置に際して農業用排水路の管理者からの許可を求めるとしても、許可の主体は土地改良区ではなく市町村となるはずである。しかし、現実には、土地改良区が農業用排水路の管理者であるとの前提の下で、浄化槽設置に際して土地改良区の許可が何らかの意味で求められることがあった。

こうした現実は大まかには以下の2つのいずれかのように評価することが可能である。第1に、これは事実的管理と法的管理権とを混同したうえで、事実的管理を浄化槽設置届出の「受理」に法的に連動させようとするものである。第2に、これは、事実的管理は法的管理権を生ぜしめるという命題を前提としている。すなわち、土地改良区は農業用排水路管理の事実からその法的管理権を取得しており、上記現実は、この意味での法的な管理権者の同意を求めるものである。前者の評価によれば、ここで問題とする届出実務の取扱いは端的に混乱したものであるということになる。これに対して、後者の評価によれば、右記実務的取扱いは内在的に一貫した議論を提供するものともなりうる（ただし、この議論は許可の主体たる管理権者の転換を基礎づけるにとどまり、そもそも浄化槽法5条1項の届出に際して管理権者の許可を条件とすることを直ちには正当化しない）。したがって、以下では後者の評価が法的にありうるものかを検討する。

(ウ) 後者の評価を正当化するものとしては、私人による排他的管理の事実が法的な管理権をも基礎付けるとする理解がありうる。そして、こうした理解が成立するためには、公物管理権の法的性質、根拠について特定の見解を採ることが前提として求められる²⁵⁾。

実務上の通説とされる包括的管理権能説は、基本的に個別公物法の規定の存在を前提とする理論であるため、法定外公共物の管理権の所在を説明するに際して困難を抱えている。ただし、この理論の主唱者は、公物管理権の根拠の一つとして慣行を挙げることでこの困難に対応していた²⁶⁾。そうすると、土地改良区が

25) 以下の論述については、文献も含めて参照、山本隆司「公共用物の管理と占有」同『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）29頁、36-37頁〔初出2008年〕、拙稿「公共用物上の不法占拠者の排除——公物管理権の法的性質試論」東京大学法科大学院ローレビュー9巻（2014年）88頁、91-94頁、103-107頁。

26) 参照、田中二郎『新版行政法中巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1976年）317頁、拙稿・前掲註25）92頁、103-105頁。

農業用排水路を管理するという慣行を根拠として、当該土地改良区に当該水路の管理権が帰属すると解することができるのであろうか。たとえば、「従来から、地域住民が、その公共用物の維持・保全等の行為を行ってきた場合には、これが非権力的な事務を内容とするものであるかぎり、管理権が〔地方公共団体から〕当該関係住民に委託されたとみることはできないだろうか」とする見解が説かれている²⁷⁾。

また、裁判例としては徳島地判昭和52年10月7日判時864号38頁が目される。これは、本件水路の一部を構成していた北岩延用水路を北岩延区なる地縁団体が排他的に管理していた事案に関する判決である。この判決は、江戸時代から続く排他的管理の事実に基づき、国の敷地所有権上に無償の地上権が成立するとし、本来的管理者である徳島市の管理権は排除され、また、この水路に排水を放流しようとする第三者からの金銭の徴収もこの地上権により基礎づけられるとする。

しかし、このような見解に依拠して土地改良区に農業用排水路の管理権を認めることは難しいと思われる。第1に、本件水路のように条例による機能管理が定められている場合に、もっぱら慣行により管理権の所在を移転させることには法律による行政の原理との関係で疑問がある。「私人等が長年にわたり国・公有の（旧）法定外公共物の管理を事実上継続してきたとしても、それは当該公共用財産の本来の用途・目的を阻害することがないので事実上黙認されてきた結果にほかならない」という説明が穏当であろう²⁸⁾。

また、第2に、そもそも慣行による公物管理権の基礎づけは地方公共団体による事実上の管理を管理権の基礎と評価するための議論であり、地方公共団体以外の法主体に管理権を認めるためのものではない。そして、公物、特に公共用物という概念との関係で、私的主体による事実的支配を法的に正当なものとして評価することには慎重である必要がある²⁹⁾。たしかに、土地改良区は講学上の公共組合であり³⁰⁾、単純な私的主体ではない。しかし、土地改良事業の施行という

27) 参照、松島醇吉「公物管理権」雄川一郎ほか編『現代行政法大系(9)——公務員・公物』(有斐閣、1984年)290頁、302頁註2。

28) 参照、寶金・前掲註13)240-241頁。

目的はそれ自体としては（たとえ公益であるとしても）部分的な利益にとどまる。そして、公共用物の私的主体による事実的支配の法的正当化に慎重たるべきなのは、公共用物がまさにその概念からして万人に対して開かれているべきものだからである。そうすると、土地改良区が「かねて公法人の典型に挙げられ」³¹⁾てきた公共組合であるとしても、上記のことは妥当するとみるべきである。

もちろん、私的主体による公共用物敷地の事実的支配が占有という法的評価を受ける場合があることは、公物の時効取得なる現象として認められている（最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁）。それでも、そこでそうした評価が認められる前提には、公用が少なくとも事実上は廃止されているとみることができるといふ事実認定がある。しかるに、土地改良区が普通河川を農業用排水路として管理しているのであれば、当該普通河川の公用はまったく廃止されていない。したがって、やはり単純に慣行として機能管理を担ってきたことを土地改良区に有利なかたちで法的に評価することは直ちには正当化されない。

（エ）このように考えると、土地改良区による事実上の管理の継続が何らかの法的な管理権、特に物権的に第三者に対する請求を基礎づける類の権利を生ぜしめることはないと考えらるべきであろう。したがって、本件における原告の請求が認容されるか否かは、もっぱら公水使用権に基づく排除請求の成否にかかることとなる。そして、先に検討したようにこの論点についても否定的態度を示したが故に、最高裁は事件を差し戻すことなく控訴棄却という結論を導いたのであった。

（オ）なお、地方公共団体が少なくとも黙認するかたちで土地改良区が事実上の管理を継続したことにより、当該地方公共団体との関係で当該管理が法定外公共物の不法占拠と評価されないという効果が発生することを認めることはできるかもしれない。あるいは、法定外公共用物の管理が本来であれば市町村の任務であることからすると、事実上の管理が事務管理（民法702条）に該当するとして、土地改良区から地方公共団体に対して費用償還を請求することもありうるかもし

29) 参照、太田匡彦「明渡しか、除却か——「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第2民事部」東京大学法科大学院ローレビュー4巻（2009年）85頁、96-99頁、拙稿・前掲註25）107-108頁。

30) 参照、塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』（有斐閣、2012年）112頁。

31) 塩野・前掲註30）112頁。

れない³²⁾。いずれにせよ、これらの点については評釈の域を外れるため、ここでは論点の所在を指摘するにとどめる。

4 本判決の射程と今後の展望

(ア) 本判決以前の最高裁は、公水使用権者は公水の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もたない、という命題を流水からの第三者による引水との関係で説示していた。本判決の法廷意見は、この命題を第三者による加水との関係においても妥当するものと位置づけるものとして理解することができる。

本判決自体はそうした加水の水質を問題とするものではないと解される(Ⅲ.2.(2)(イ))が、従来の学説の議論(Ⅲ.2.(3)(a)(イ))からすると、本判決の射程をここまで及ぼすことも可能であろう。すなわち、流水の水質を悪化させるような排水に対して公水使用権者は妨害排除請求権を行使することが可能ではあるが、水質の悪化が公水使用権の目的実現の阻害とならない態様の排水については、当該請求権を行使することはできない。

(イ) 最後に、小池補足意見が言及するように、法定外公共物の管理をめぐる土地改良区と市町村との関係は複雑である。法定外公共物の機能管理は市町村が実施するという地方分権改革の基本的な態度からすれば、同補足意見が述べるように「法的関係が明確でない」(圏点は引用者が付した)といえるかについてはやや疑問もある。すなわち、法的な包括的管理権は市町村が有し、土地改良区は土地改良法上の権限を行使するほかは、単に事実上の管理を実施しているにすぎないとの整理が妥当するようにも思われる。しかし、そうした法制度の建付け、建前を現実に適合させることが困難であるところに、問題の本質が存する。

一方では、本件水路のような水路について、少なくとも農業用排水路としての機能管理を事実上は土地改良区などが実施してきたことから、市町村は機能管理を担う実際上の能力、特に人的能力を欠くであろうという問題がある。すなわち、「法的関係を明確にした上、〔本件水路の維持管理やその費用負担の在り方に

32) 参照、寶金・前掲註13) 241頁(ただし結論としては消極的)。

ついて] 法令に基づいて整理・検討する必要がある」と補足意見は述べるが、本件水路の法令に基づく維持管理や費用負担、つまり、本件でいえば原則として徳島市が管理をし、そのための費用も負担するということが事実として可能なかは必ずしも明らかではない。

他方では、国際法上の規律との関係で、農業用排水路の維持管理につき公共団体が金銭を支出することは競争条件を歪める補助金と解される可能性がある。まず、WTO 農業協定6条1項及び附属書2の2(g)によれば、「農業又は農村に役務又は利益を提供する施策に関する出費」のうち「基盤整備に関する役務」については条約上の削減義務が課された国内助成の対象から除外されるところ、「この役務に関する出費は、いかなる場合においても、設備の提供又は建設のみ充てられるものとし、[……] 運営費に係る補助金に充てられ [……] るものであってはならない」とされている³³⁾。そうすると、農業用排水路の設置についてはともかく、維持管理につき公共団体が金銭を支出することは、同協定6条1項による削減義務が課された補助金に該当すると考えられる³⁴⁾。たしかに、条約上の削減義務を遵守するかぎりにおいてそうした金銭の支出が直ちに条約違反になるわけではないが、こうした事情は、事実上の管理を従前のまま土地改良区に委ねつつ土地改良区が特に困難を抱える財政面につき公的援助を与えるという方針を正面から採用することを躊躇わせる要素ではある³⁵⁾。また、こうした規制を迂回するために、一つの水路につき農業用排水路としての用途とたとえば下水の排水路としての用途とを観念し、後者につき管理費を公共団体が支出するというような処理が日本においては様々に考案されている³⁶⁾が、そのような処理をすればするほど、管理関係が不明瞭なものとなるという別の問題が発生してしまう。

33) 邦訳は外務省ウェブサイトのものを参照した。https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000402.html (最終閲覧、2019年12月28日)

34) 本文におけるあてはめを直接に述べるものではないが、農業協定6条1項に関しては、参照、中川淳司ほか『国際経済法〔第3版〕』(有斐閣、2019年)176頁。See also, AUTAR KRISHEN KOUL, GUIDE TO THE WTO AND GATT: ECONOMICS, LAW AND POLITICS, Springer, 2018, pp. 424-26.

35) 石井・前掲註19)109頁が、「維持管理費に対する補助は [……] 原則的に禁止されている」とするのはこの趣旨か。

前者の問題の一つの端的な解決方法は、条例により法的意味での管理権を土地改良区に認めてしまうというものである。各地の法定外公共物管理条例のなかには、こうした手当てをするものもある。たとえば、阿賀野市法定外公共物の取扱いに関する条例（平成18年条例第38号）27条は、「土地改良区の区域に存在する土地改良施設の敷地である法定外公共物は、土地改良法〔……〕に基づき土地改良区が管理する」とし、添田町法定外公共物管理条例（平成16年条例第12号）25条1項はより一般的に、「国又は他の地方公共団体若しくは公共団体若しくは公共団体に準じる公共的団体の使用若しくは所有する法定外公共物の機能の維持管理は従来のとおり、その団体が行うものとする」との定めをおいている。しかし、このような解決も、それでは土地改良区に不足している人的・物的資源をどのように調達するのかという点に問題を先送りするにとどまるものではある。

これ以上の検討は判例評釈の域を超えることとなるため断念するが、このように、補足意見が指摘する問題に解答を与えるためには、公共団体の行財政資源の配分に関する法的規律、農業補助金に関する国際的規律まで視野に入れた総合的な検討が必要不可欠となろう。しかし、行政法学説はこうした検討に耐えうる議論を構築してきたのであろうか？

※ 本稿執筆に際して、法人理論研究会（2019年10月20日、於東京大学）で報告の機会を得た。貴重な助言をくださった参加者諸氏に篤く御礼申しあげる。

※ 本研究はJSPS科研費18K12624の助成を受けたものである。

36) たとえば、農林水産省が実施する国営造成施設管理体制整備促進事業は、土地改良区の管理する土地改良施設が異常気象や突発事故に対応する「多面的機能」を期待されていることに応える管理体制を構築するための助成を実施するものである。<http://www.aff.go.jp/j/nousin/soumu/yosan/h31hojo/attach/pdf/index-26.pdf>（最終閲覧、2019年12月28日）