

水法における公法と私法（二・完）

——民法における水法関係規定を中心に——

七 戸 克 彦

一 考察の対象

(一) 水 法

(二) 公法と私法

二 第一期——旧民法における水法

(一) 意見書・法学教育関係

(二) 旧民法

(1) 財産及び物の区別

(2) 流水地役

(3) 河川の寄洲・中洲等の添附

(4) 補論——ボワソナード旧民法の「法源」性

..... (七) 卷一 一号

三 第二期——現行民法における水法

(一) 法典論争

(1) 法典延期派の論稿

(2) 法典断行派の論稿

(二) 現行民法

(1) 財産及び物の区別

(2) 流水地役

(3) 河川の寄洲・中洲の添附

(4) 補論——旧河川法及び学説の立場

四 結 語

(一) 総論的評価

(二) 各論的評価

(1) 公法・私法の峻別論及び公物理論

(2) 流水の所有関係

(3) 水利権の法的性質

(4) 公法・私法峻別論と慣習重視の方針の相剋

..... (以上本号)

三 第二期——現行民法における水法

(一) 法典論争

【24】先に触れた如く、日本の近代的行政法発展史の第二期の起点は、明治二二年の明治憲法制定に求められているが(【5】)、同年はまた、元老院での審議に入っていた民法草案に対して、イギリス法系の東京大学法学部・帝国大学法科出身者により組織された「法学士会」が、いわゆる法典論争の発端となった「法典編纂二関スル意見」を発表した年でもあった。

右法典論争は、専ら家族法上の論争と受け取られがちであるが、しかしながら、その本質は、天賦人權説に基づく自由主義的・個人主義的・民主主義的色彩の強いフランス法を——法の普遍的妥当性を主張する自然法論を媒介項としつつ——直接導入を図ろうとするフランス法学派並びに民権運動家と、歴史法学の立場から民族固有の法の存在を主張するイギリス法学派、並びに、ドイツを範に制定された明治憲法の企図する国体(天皇制)に合致する民法を望む国家主義者の法思想上の対立として理解すべきものである。

そして、そこでの法典断行派・延期派の主張の中にも、公法・私法峻別論及び水法秩序への言及が認められる。

(1) 法典延期派の論稿

【25】当時、法典延期派の拠点となったのは、上記法学士会メンバーにより創設された英米法系の私立学校である東京法学院(後の中央大学)であったが、その中心的存在たる江木衷は、「民法草案財産編批判」法理精華一九

号（明治三二年）・二二号・二二四号⁽⁵⁸⁾、『民法講義（日本民法財産編）物権之部・人権之部』（有斐閣、明治三四年・二五年）において、旧民法のフランス法的公物理論等を激しく論難している。

【26】 また、明治二五年に延期派が発表した「法典実施延期意見」は、「新法典ハ倫常ヲ攪乱ス」の項で「法二二種アリ、一ヲ政法ト云ヒ一ヲ民法ト云フ。而シテ政法ナルモノハ官府ノ法ニシテ即チ機宜ニ從ヒ之ヲ制スルモノナリ。民法ナルモノハ私事ニ関スルノ法ニシテ即チ民衆ノ需用ニ從ヒ之ヲ制スルモノナリ」と述べるほか、⁽⁵⁹⁾「新法典ハ憲法上ノ命令権ヲ縮減ス」の項では「民法ハ公法ト私法トノ分界ヲ明ニスルコト能ハス二者ヲ混同シテ一律之ヲ包括セント欲セリ、故ニ行政法規ニ属スベキモノヲ民法中ニ編入シ、為メニ憲法上天皇ノ命令権ノ範圍ヲ縮減スルノ嫌アリ」と批判し、また「新法典ハ国家思想ヲ欠ク」の項では、旧民法のフランス法系公物理論を批判して「一ノ公法人タル以上ハ其公法人ノ有スルモノハ悉ク公有物タリ。公法人ノ有スル私有物アルベキナシ」とする。⁽⁶⁰⁾更に、「新法典ハ社会ノ經濟ヲ攪乱ス」の項では、財産編二三三条の認める水利権（法定流水地役）に対して「夫レ公益ノ為メニアラズシテ一個人ニ与フルニ此重大ノ權利ヲ以テセルハ果シテ其当ヲ得タルモノト謂フベキカ。抑モ日本ハ河川国ニシテ而シテ水流浅ク、日本ハ水田国ニシテ而シテ水量常ニ乏シ、水ノ使用疎通ニ関スル僅々タル民法ノ規定ハ却テ紛擾ヲ醸生スルノ趣旨ト為ルベク、就中入会権ノ如キハ水田ノ肥料ノ採取其他農家ノ經濟ト大關係アルベキヲ以テ詳密ノ規定ヲ要スベキニ、民法ノ嘗テ双言一句モ此事ニ及ブコトナキハ欠点ノ甚シキモノト問ハザルヲ得ザルナリ」との批判が加えられている。⁽⁶¹⁾

【27】 また、法学新報一五号（明治二五年）社説「法理上ニ於ケル民法財産篇ノ欠点——第一条ヨリ第二十九条ニ至ル——」は、「今日文明諸国ノ法典中最モ発達セル学理ニ依リテ編纂シタル法典バ、リヤ、国民法草案独逸帝國民法草案ノ二トナス」としてパンデクテン・システムを賞賛し、「然ルニ今日文明諸国ノ法典中最モ古キ仏國ノ法典ヲ模範トシタルハ啻ニ近世ノ法理ニ反スルノミナラズ、法典編纂ノ目的ニ違ヒ人民ニ不親切ナルモノト謂

ハザルベカラズ」とする一方、「我民法編纂ノ法理ニ反スルノ甚シキ公法ノ法則ヲ敢テ民法中ニ編入シタルモノ少ナカラズ」と論難する。⁽⁶³⁾更に、右社説は、フランス法的な公物理論における「公有私有ニ関スル規定ハ公法ト私法トノ法理ヲ混同セリ」とし、⁽⁶⁴⁾また、公川等の公有物を譲渡可能性のない不融通物としたこと（財二六条）は「民法ガ行政権ヲ制限シテ必要ノ処分ヲ為サシメザルモノ」であると批判する。⁽⁶⁵⁾

(2) 法典断行派の論稿

【28】 一方、断行派の論稿の中では、楠木正隆「法典断行ノ意見」法治協会雑誌二号（明治二四年八月一二日）が、「河川ノ中洲寄洲及干潟ノ所有権是ナリ。河川ハ国郡町村ニ属スルモノニシテ各人ノ取得ニ委ス可キモノニ非ラス、此事タルヤ他国ト其模範ヲ同フスルコトヲ得ズ。故ニ財産取得編第十二条ヨリ第十八条ニ及ブモノ悉ク之ヲ削リ、別ニ定ムル法律ニ従フ旨ノ一条ヲ掲ゲ以テ後議ニ譲レリ」⁽⁶⁶⁾との例を挙げて、旧民法は我が国固有の慣習を無視してはいない、と反論しているのが目を惹く。

【29】 また、和仏法律学校校友会「法典断行意見」法律雑誌八八四―八八五号（明治二五年）は、上記「法典実施延期意見」（26）中、法典が公法規定を民法中に編入して天皇の憲法上の命令権の範圍を縮減するものであるとの主張が誤解である旨反論し、⁽⁶⁷⁾梅謙次郎も「法典実施意見」明法誌叢三号（明治二五年）で、右延期派の主張の誤りを説く。⁽⁶⁸⁾

【30】 同様に、水町袈裟六「法典実施意見書ニ対スル弁駁」（明治二五年）も、道路等につき「夫レ此等ノ物ハ国家ノ公物ナルハ民法ニ於テ此ニ関スル規定ヲ設クルハ多少行政法ノ範圍ヲ侵スノ嫌ナキニアラス然レトモ此等ノ物タル元来不融通物ノ性質ヲ有スルモノナレハ民法ニ於テ不可ナル所ナシ」⁽⁶⁹⁾とし、また、「国有物ノ中公有私有ヲ分ツハ不可譲渡物ト得譲渡物トノ別ヲ立テムカ為メニ起リ而テ其區別ハ物ノ性質又タ用法ニ依テ定メラルル

モノナリ我民法ノ精神亦タ此ノ如シ国家カ公私兩資格ヲ有スルニ因ルニ非サルナリ」と反論する。⁽⁷⁰⁾ 他方、財産編二二三条に關しては、同条は「濫ニ他人ノ所有地ヲ侵スコトヲ許スモノニ非サル」ものであり、また、民法は一般法を定立したものに過ぎず「各地各異ノ慣習法アリ此ニ從フテ可ナリ」と主張する。⁽⁷¹⁾ 更に、水町は、財産編「第三十三条ハ国家公益ノ為メニ設クル地役ニ關スル規定ハ行政法ノ範圍ニ屬ス民法ノ干与スヘキ事ニ非ス之ヲ行政法ニ讓ルハ民法力其分ヲ守リタル至當ノ遜讓ニ非スヤ」とも説く。⁽⁷²⁾

【31】 しかしながら、かかる断行派の防戦も空しく、明治二五年第三回帝國議會においてボワソナード民法典は「修正」のため明治一九年まで施行が延期されることとなり、かくして法典論争は延期派の勝利に終わった。⁽⁷³⁾ そして、これを受けて、翌明治二六年から法典調査会による旧民法の「修正」作業——即ち現行民法の編纂が開始されることになる。

（二）現行民法

【32】 現行民法の起草過程において、旧民法の水法規定はどのような運命をたどったか。

（1）財産及び物の区別

【33】 まず、旧民法の規定中、財産編総則「財産及ヒ物ノ区別」の諸規定（【16】【17】）は、そのほとんどが削除された。

この点につき、法典調査会主査委員會議案甲第五号（明治二七年二月）「第三章（理由）」は、「既成法典ハ物ノ種別ニ關シテ頗ル細密ナル規定ヲ掲ケタリト雖モ（財五以下）其条文煩雜ニ過キ実用ヲ為スコト極メテ少ナキカ

如シ本案ニハ成ルヘク其必要ナキ規定ヲ削除シ唯其最モ適用多ク且或ハ疑義ヲ生スヘキモノノミヲ存シ之ニ適當ト信スル所ノ修正ヲ加ヘタリ」と述べる⁽⁷⁴⁾。これは、法典調査会が審議に先立ち定めた「法典調査ノ方針」が「法典ノ条文ハ原則変則及疑義ヲ生スヘキ事項ニ属スル規則ヲ掲クルニ止メ細密ノ規定ニ涉ラス」(二一条)⁽⁷⁵⁾としたことを受けたものであるが、水法秩序に関連する財産編二〇条以下の削除理由につき、右甲第五号議案「理由」は、次のようにいう。

同編第二十條ハ物ヲ區別シテ所有ニ属スルモノト所有ニ属セサルモノトノ二種トシ所有ニ属スルモノノ中ニ就キ更ニ公ノ法人ニ属スル物ヲ分チテ公有、私有ノ二種トシ(財二)各其定義及ヒ例目ヲ示セリ(同二、二三)又所有ニ属セサル物トハ無主物及ヒ公共物ヲ謂フモノトシ(同二〇、三項)何レモ其定義及ヒ実例ヲ指示セリ而シテ第二十六條ニ至リ融通物ト不融通物トノ區別ヲ掲ケ公ノ秩序ノ為メ法律ニ於テ処分ヲ禁シタル物及ヒ前示公有財産ハ不融通物タルコトヲ記載セリ右數條ノ規定ハ實ニ其必要ヲ見サルノミナラス民法ヲ以テ行政法ノ範圍ヲ侵シ公法、私法ノ分界ヲ誤リタルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ公ノ法人ニ属スル物ハ其国用ニ供スルモノタルト否トヲ問ハス總テ公有物ト為スヲ至当トス民法ノ規定ニ依ルカ為メ私有物ト為ルヘキ謂レナシト信ス又第二十二條ニ列記セル公有物ノ如キ拳テ之ヲ不融通物トシテ行政上必要ノ処分ヲ許ササルハ我邦従来ノ慣習ニ悖リ又近世ノ進歩セル立法例ニ反スルモノトス凡テ此等ノ條項ハ行政ニ關スル法令ニ定ムヘキモノト信スルヲ以テ本案ニハ之ヲ削除セリ⁽⁷⁶⁾

ここでは、①「右數條ノ規定ハ實ニ其必要ヲ見サル」との理由と並んで、②「民法ヲ以テ行政法ノ範圍ヲ侵シ公法、私法ノ分界ヲ誤リタルモノ」及び③「我邦従来ノ慣習ニ悖リ」という一つの理由が付加されている点に注目したい。これらは何れも、上記法典論争における延期派の主張に沿ったものであり、右②③の観点は、現行民法起草の際に随所に影響を与えた。その典型例としては、②公法・私法の峻別との関係では、予決議案たる乙第二号議案による国民分限及び身分証書に関する条文の削除等、③慣習法重視との関係では、法律行為の解釈に関

する現行民法九二条、旧民法に規定のなかった入会権につき慣習に委ねる旨を規定した現行民法二六三条・二九四条等を挙げることができるが、旧民法財産編二〇条以下の規定の削除もその一環と認められるのであり、かくして、公産を公有・私有に二分するフランス法的な公物理論は、現行民法において放棄された。

(2) 流水地役

【34】 一方、旧民法財産編の「地役」のうち、(a)法定地役はいわゆる相隣関係規定として物権編「第三章 所有権」中「第一節 所有権ノ限界」に編入され、⁽⁷⁷⁾(b)約定地役に関してのみ「地役権」の章が立てられた。

(a) 法定地役（相隣関係）

【35】 このうち法定地役に関しては、旧民法の法定流水地役権規定（第二款 水ノ疎通、使用及ヒ引入）全一五五条（財二二四―二三八条）（20）のうち約半数が削除され、現行民法に承継されたのは、財産編二二四条、二二五五条、二二六条、二二九条、二三四条、二三五五条、二三七条、二三八条の計八カ条に留まる。旧民法各条の削除ないし採用理由につき列挙すれば、以下の通り。

① 財産編二二四条（法典調査会原案二二七条・現行民法二二四条）に関しては、「若シ田ニ水ヲ引ク抔ト云フコトデ川ノ水杯デアレバ多クハ水流ノ方ノ法令又ハ慣習ニ拠ルベキモノト考ヘマスガ別段法令デ定メテアルコトデモナク又慣習デ極ツテ居ルト云フコトモナケレバ固ヨリ所有者ハ自分ノ所有地内ニ来ル水ハ勝手ニ使ツテ構ハヌ隣地デ迷惑スルヤウナコトガアツテモ殊ニ地役カ何カデヤラヌケレバ構ハヌ所有者ハ自分ノ所有地内ニ池ヲ掘ツテモ仕方ガナイ夫レデ唯隣リカラ流レテ来タ水ヲ堰デシテ其処ヘ溜メテハナラヌト云フコト丈ケ」を規定したものである。⁽⁷⁸⁾

② 財産編二二五五条（原案二一八条・修正案二二五五条・現行二二五―二二七条）に関しては、法典調査会において都

築警六委員より削除案が提出された。その理由は「此全条（原案二二八条）ト申スモノガ財産権ヨリハ寧ロ公ケノ危害ヲ予防スル為メニ所有權ヲ制限スルニ近イトシテモ公法ノ範圍ニ屬スルモノト思ヒマス且二項（Ⅱ現行二一五条）ノ如キハ今日ハ水害予防組合トカ水利組合條例トカデちゃんト規定ガシテアリマス然ウシテ此末項（Ⅱ現行二一七条）ノ費用負担ノ如キモ今日既ニ規定ガアルノデアリマス是等ノコトヲ民法ノ範圍ニ入レテ規定スルノ必要モナシ又將來ノ河川ノ規則ニモ大變ニ關係ガアラウト思ヒマス此規則ヲ立テルニハ河川ノ調査ヲ充分ニ致シマセヌハ逆モ充分ノ規則ヲ立テル訳ニハ往キマセヌ夫レマデノ所此簡条ト云フモノハ民法ノ内カラ省イタ方が宜カラウト思ヒマス」というものである。⁽⁷⁹⁾ これを受けて、同条は、専ら私人間の關係を規律する旨を明示する形で修正がなされたうえ成立した。

③ 財産編二二六条（原案二一九条・現行二二八条）は、「既成法典財産編第二百二十六条ノ文字ノ修正丈ケデ意味ハ少シモ改メナカツタ」ものである。⁽⁸⁰⁾

④ 財産編二二七条に関しては「明ニ書イテ置カナクテモ知レ切ツタコト」との理由から削除された。⁽⁸¹⁾

⑤ 財産編二二八条に関しては「自ラ行政法令ニ關係シテ居ルコトデアツテ斯ウ云フコトヲ民法ニ規定スルコトハ宜シクナカラウ」との理由から削除された。⁽⁸²⁾

⑥ 財産編二二九条（原案二二〇条・現行二一九条）に関しては、法典調査会での議論は紛糾し、穂積八束委員から同条は公益に関する規定であるとの理由から削除案も提出されたが、⁽⁸³⁾ 原案削除には至らなかった。なお、右審議の際に、梅起草委員は、個人的見解としながらも、私川に関して、河床は私有物だが流水は公共物であるとするボワソナード旧民法の立場を排し、流水も河床所有者の私有物であるとの意見を表明している。⁽⁸⁴⁾

⑦ 財産編二三〇条は、裁判官の裁量権を制限するのは不都合との理由で削除。⁽⁸⁵⁾

⑧ 財産編二三一条に関しては「是レハ民法ノ非難ヲ受ケマシタ最モ大ナル一ツデアリマシテ、地方庁ノ権限ヲ

民法中ニ記入スルコトハ官制ニ侵入スル嫌ヒガアリマスカラ断然削リ」として削除。⁽⁸⁶⁾

⑨ 財産編二三二条に關しては「是レハ只行政法ニ規定スルト云フコトデアリマスカラ茲ニ書カヌデモ他ニ反対ノ規定ナキ以上ハ無論行政法ニ從フコトハ分ツタコトデアリマスカラ是レハ不必要ト考ヘテ削ツタ」。⁽⁸⁷⁾

⑩ 財産編二三三条の水路開設請求權は「通ラセル人ノ為メニハ迷惑デアル」との理由で削除。⁽⁸⁸⁾

⑪ 財産編二三四条・⑫ 財産編二三五条（原案二二一条・現行二二〇条）に關しては兩条を若干の字句修正のうへ合したのみ。⁽⁸⁹⁾

⑬ 財産編二三六条は「当然ノコトデアツテ言フヲ待タヌコトデアラウト思ヒマシテ削ツタ」。⁽⁹⁰⁾

⑭ 財産編二三七条（原案二二二条・現行二二二条）は上記財産編二三三条の削除（⑩）に伴い「聊カ修正ヲ加ヘ」たのみである。⁽⁹¹⁾

⑮ 財産編二三八条（原案二三三条・現行二三二条）も「些細ノ修正ヲ加ヘ」たのみであるが、法典調査会では上記原案二二〇条（⑥）と同様の論議がなされており、ここでも梅委員は、水流それ自体に所有權が成立するとの見解を主張している。⁽⁹²⁾

【36】 なお、右水流自体の所有關係に關しては、旧民法財産編三四条を承繼した法典調査会原案二二〇条（現行民法二〇七条）審議において、

河底トカ又ハ浪打際トカ然ウ云フ所ノ所有權、今日日本デ然ウ云フ所ニ所有權ヲ与ヘテアルモノガアリマスガ夫レヲハ其上ハ河ノ流水マデモ所有權ヲ及ボスノデアリマスカ若シ此河ノ流水マデモ權利ガ及ブト云フト其処ヲ船ヲ通オスヤウナ者ハ其河底ノ所有權ヲ持ツテ居ル者ノ承諾ヲ經ヌト通行ガ出来ナクナリハシマスマイカ

との都築馨六委員の質問に対して、梅謙次郎起草委員は、

只今ノ御質問ト恰度鉾物ト同様ナ理屈デ往ケルト思ヒマス私ハ実ハ然ウ云フコトニ付テノ日本ノ法令ハ能ク存ジマセ

ヌガ多分夫レラニ対スル法令ガアルダラウト思ヒマス河底ハ一人ノ所有物トナツテ居ツテモ其上ノ河水ハ航路ト看テ勝手ニ通行スルコトガ出来ルト云フコトニナツテ居ラウト思ヒマスサウ云フコトニナツテ居レバ鉱物ガ国ノ所有物トナツテ居ルノ同様デ其上ノ水ハ一人ノ所有物ニナラヌト云フト思ヒマス乍去若水底ノ方ノ何ントモ規定ガナイト云フト無論此二百十条ガ当嵌ルト思ヒマスガ夫レハ水底ニ関シテ何シカ極ツテ居ルト信ジテ居リマス

と回答し、⁽⁹⁴⁾ 都築委員の

尚ホ御尋ネシマスガ一人ニ属セル河底杯ノトキノコトハ承リマシタガ一人ニ属セズ彼ノ国有杯ノ場合ハ其上ノ流水ヲ使用シテ魚ヲ取ル權利カラ何ニカラ總テ財産ノ一部トナルト其処ハ遊泳場ヲ設ケルトカ或ハ砂利ヲ取ルトカ魚ヲ取ルトカ云フヤウナモノマデ會計法ニ依テ矢張り之ハ競争入札ニ附セネバナラヌト云フコトニナルノデゴザイマセウカとの重ねての質問に対して、梅委員は、

私ハ水底ニ関シテハ明文又ハ慣習ニ依テ夫々極ツテ居ルコト思ヒマスカラ所有權ト關係ヲ持ル事柄ハ此二百十条ノ「法令ノ制限内」ト云フ内ニ這入ルト思ヒマスガ只今国有ノ河ノ御話シガ出マシタガ之ハ国有ノ河底デアリマスレバ何人デモ使用スルコトガ出来ルヤウニナツテ居ラウト思ヒマス夫レハ固ヨリ今日ノ法律……デ極ツテ居ラウト思ヒマス若シ国ノ所有デアツテ或ル税金カ何シカ払ウノデナケレバ勝手ニ使用サセナイト云フヤウナコトガアツタラ夫レハ勿論論ノ勝手デ然ウ云フコトモ出来マスガ其場合ニ於テ會計法ヲ適用スルヤ否ヤト云フコトハ會計法ノ規定如何ニ由ルコトデアリマス通常然ウ云フ国有ノ河杯ト云フモノハ官有財産ノ内ニ入レテアルカ何ウカ私共ハ然ウ云フコトハ不案内デアリマスカラ能ク存ジマセヌガ通常ノ官有財産ト云フモノハ私ノ所有權ト同ジ制度ニ從フテ居ルモノデアレバ矢張り特別ノ規定ガナイ限りハ此二百十条ガ適用サルルト思ヒマスガ蓋シ然ウ云フコトハナカラウト考ヘテ居ルノデアリマスと回答して⁽⁹⁵⁾いる。

梅委員の回答は、いささか心許ないが、要するに、私有河床上の流水に關しては、河床の構成部分として河床所有權それ自体が及ぶのを原則としつつ、明文または慣習により（鉱物と同様）公有物とされる場合があり、他

方、公川に関しては河床・流水ともに公有物であつて原則として自由使用が認められる、というのであろう。この見解は、流水を公共物とするボワソナード旧民法の立場と明らかに異なるが、しかし、その一方で、上記現行二一九条に関する梅委員自身の説明（〔35〕）⑥「流水そのものに対して河床所有権と別個・独立の所有権を認める？」とも異なっているように見える。

なお、以上の議論の末に、都築委員は、

流水杯ハ今迄ノ習慣杯デ財産権ノ目的物トハナラヌノデアリマス別ノ法令ニ依テ財産権ノ目的物トナルト云フコトハアリマセヌ夫レカラ又海トカ或ハ湖水トカ云フモノノ水モ別ニ法令ノアルモノデモアリマセヌ兎ニ角習慣ニ依テ之モ財産権ノ目的トナツテ居リマセヌ夫レカラ一番之ガ響キマセウト思ヒマスルノハ溜池水デアリマス之ハ純然タル財産権ノ、、、ナルノデアリマス御維新以来ノ公有財産ノ一ツニナツテ居ルカノ如クニ今迄入会権ト土地ノ使用権トノ間ノ一ツノ権利ニナツテ居ルヤウニ思ヒマス之ガ總テ水ヲ用キル權利ガ土地ノ財産権ニ及ブト云フコトニナルト夫レガ為メニ他ニ除外例ヲ沢山作ラナケレバナラヌヤウニナリマス除外例ヲ作ラヌト今日ノ習慣ニ背クヤウニナリマス

として同条の削除案に賛成したが、右削除案は結局否決された。⁽⁹⁶⁾

(b) 約定地役（地役権）

【37】 一方、旧民法の約定流水地役に関する規定（〔21〕）のうち、

① 財産編二七六条二項に関しては「然ウ云フ杓子定規ノコトヲ極メルヨリハ寧口之ヲ事実問題トシテ隣地ノ方カラ容易ニ見ヘルモノナラ無論表見地役デアルガ容易ニ隣地カラ見ヘヌモノハ不表見地役デアルト云フノガ穩當デ詰リ事実問題トシテ方ガ公平ダト思ヒマシテ寧口是ハ削ルコトニシマシタ」⁽⁹⁷⁾とされ、同条一項のみが現行民法二八三条に承継された。

② また、地役権の内容に関する紛争を非訟事件手続に委ねる財産編二八一条に関しては、その一項のみが法典

調査会原案二八四条として提出されたが、削除案への賛成少数にも関わらず、箕作麟祥議長のイニシアティブにより削除が決定されてしまっている⁽⁹⁸⁾。

③ 更に、財産編二八二条に関しては、その一項は「言ハヌデモ分ルコト」との理由から削除され、渇水調整に関する二項・三項のみが修正のうえ法典調査会原案二八五条・現行民法二八五条として承継された⁽⁹⁹⁾。

(3) 河川の寄洲・中洲の添附

【38】 他方、旧民法財産取得編中「添附」に関する規定は、物権編「第三章 所有権」中「第二節 所有権ノ取得」に編入されたが、河川に生じた寄洲・中洲の所有権に関する財産取得編一二条の規定は削除された。富井政章起草委員の説明によれば、「第十二条ヲ削リマシタ理由ハ既成法典ト精神ハ違ウノデナイ、河川ノ寄洲中洲等ノコトハ行政法ニ属スルコトデアツテ固ヨリ特別法令ニ極マルコトラ望ムノデアル、併シ只夫レダケノコトラ言フノハ必要ガナイト思ヒマシテ此条ヲ削リマシタ」とされる⁽¹⁰⁾。

【39】 ところで、右「所有権ノ取得」の節中、無主物先占に関する法典調査会原案二三八条（現行民法二三九条。なお、その一項は旧民法財産取得編二条、二項は財産編二三条に由来する）審議においては、次のような質疑が行われている。

都築馨六君 今一応一寸質問致シマス川ノ水トカ溜池ノ水デアリマスガ此水ト云フモノハ恐ラクハ不動産ヲ離レヌ中ハ矢張り不動産ノ一部トナツテ居ラウト思ヒマス其水ヲ川カラ汲ミ池カラ汲ムト云フコトニナリマスルト矢張り所有権ノ移転トナツテ契約ニ因ラザルヲ得ナイヤウニナリハシナイカト思ヒマスガ如何デゴザイマスカ

富井政章君 水ガ流レテ居ル間ハ不動産デアルト云フコトハ余程疑ヒノアルコトデアリマスガ仮リニ不動産デアルトシタ所ガ採レバ直チニ動産ニナル夫ニ付テノ規定ト云フモノハ動産トナツタ上ノコト動産トナツタ上ニ始メテ斯ウ云フ所

有権ヲ取得スルト云フヤウナ規定ガ必要ヲ持ツコトニナルデアラウト思ヒマス夫レデ川ノ種類ニ依テ行政ニ属スル特別法ガ取得ヲ禁ジテ居ルト云フヤウナモノガアレバ無論取得スルコトハ出来マセヌケレドモ然ウ云フ種類ノ川デナイ限り私ハ本案ガ当嵌マル方ニ考ヘル又夫レデ宜シイト思ヒマス⁽¹⁰⁾

このうち、流水を「不動産ノ一部」とする都築委員の見解は、上記原案二二〇条に関する梅委員との質疑の際にも見られたものであるが〔36〕、これに対して、富井委員は、取水に関しては、原則的に無主物先占の規定を適用して差し支えないとする。しかしながら、これは、流水それ自体を無主物と考えていることに他ならない。このように、流水それ自体の性質に関しては、現行民法の起草委員の間でも見解の不統一が見られるのである。

(4) 補論——旧河川法及び学説の立場

【40】ここでは更に、右流水の権利関係に関する、(a)現行民法の起草とほぼ同時期に編纂され、現行民法前三編公布の二〇日前に公布された旧河川法（明治二十九年四月八日法律第七一号）、及び、(b)当時の学説の立場にも言及しておくことにしよう。

(a) 旧河川法⁽¹⁰⁾

【41】周知の如く、「河川の流水は、私権の目的となることができない」旨を定めた現行河川法二条二項の規定は、旧河川法三条を承継したものであるが、同条に関する「〔旧〕河川法理由書」の説明の全文は、次のようなものであった。

○ 三条 河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス

本条ハ河川並其敷地若ハ流水ハ民法上ノ権利ノ目的トナザルコトヲ定メタルモノナリ河川ヲ私権ノ目的トナストキハ或ハ時効等ニ依ル権利義務等ヲ生ジ為ニ公用ヲ害スルノ結果ヲ生ズルコトナキヲ保セザルヲ以テ河川ハ私権ノ目的トナ

ラザルコトヲ規定セリ又河川ノ敷地若ハ流水ハ實際上河川其物ト同一体ナルヲ以テ之ニ私権ヲ与フルトキハ間接ニ河川ニ私権ノ影響ヲ及ボスノ虞アルノミナラズ河川ノ工事ヲ施行スル場合ニ於テ往々其ノ敷地ノ所有権ヲ侵害スルノ結果ヲ生ジ為ニ民事上ノ争訟ヲ生ズル虞ナシトセズ加フルニ一河川ノ敷地ニシテ数多ノ所有者ヲ生ジ所有権ノ犬牙錯雜ヲ来シ河川行政ノ困難ヲ見ルベシ流水ニ関シテモ其使用権等ニ付テ同一ノ状況ヲ呈スベシ是レ敷地並流水ヲモ私権ノ目的トナス能ハズト規定シタル所以ナリ

◎本条ニ於テ河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコト能ハザルヲ以テ一私人若ハ公共団体等ノ所有ニ属セザルノミナラズ又国有ニモ属セザルコト猶領海ノ如シ從テ之ニ関スル争訟ハ民事裁判所ノ管轄ニ属セズ又之ヨリ生ズル収入ニ関シテハ會計法等ノ支配ヲ受ケザルベキナリ⁽¹⁰⁴⁾

右理由書の前段にある「河川ノ敷地若ハ流水ハ實際上河川其物ト同一体」であるとの説明は、流水を河川、そのものの構成部分とすることにより、独立の所有権の客体と解さない立場であり、流水を敷地の構成部分とする説（上記法典調査会における都築委員の所説。【36】【39】）ともまた違う見解である。しかしながら、理由書は、その後段において「本条ニ於テ河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコト能ハザルヲ以テ一私人若ハ公共団体等ノ所有ニ属セザルノミナラズ又国有ニモ属セザルコト猶領海ノ如シ」とも説く。これは、河川・河床・流水の全てを旧民法にいわゆる「公共物」と見るものであつて、流水は公共物であるが公川及びその河床は公有物であるとするボワソナード旧民法の立場（17）ともまた異なっている。

(b) 学説

【42】では、当時の学説においてはどうかであろうか。

現行民法が、公産を更に公有物と私有物に分ける旧民法の規定を——その体系を排除する意図をもつて——削除したことにについては先に触れたが（【33】）、この点は、穂積八束も主張するところであつた。⁽¹⁰⁵⁾しかしながら、

彼自身が「公用物及民法」（明治三〇年）において「今や整然タル民法法典ハ将ニ実施セラレントスルニ臨ミ我ガ現行行政法ノ法則ハ尚未ダ不備粉雜ニシテ一定ノ原則ヲ認メ難シ」と述べていることから知られるように、旧民法の体系に代わる新たな公物理論は、未だ定立されていなかった。

【43】 他方、法典論争における彼の盟友江木衷は、明治二八年「水面所有権論」において「公ノ水面モ亦他ノ土地物件ト等シク之ヲ私有スルコトヲ得ヘキコト当然ナリ」との見解を発表している。水面そのものに「所有権」が成立するとの彼の所説は、法典調査会における梅謙次郎の見解（35）⑥と類似するが、しかしながら、當時において、この見解に賛同する学説は、管見の及ぶ限りでは、これを見出すことができない。

【44】 これに対して、江木翼は、明治三十一年に発表した「公流及其使用権ヲ論ス」において、ドイツ法学説を参照しつつ、次のように主張する。

羅馬法ニ於テハ公流ハレス、プブリカ（II「公有物」）トシレス、プブリカハ不融通物ノ一種トシテ以テ無主物ト區別スルヲ以テ見レハ、其私人ニ權利ノ属セサルコトモ畧明ナリ不融通物トハ私法ノ規定ノ適用ヲ受ケサルヲ以テ称スルナリ、即チ公ノ団体ヲ以テ權利ノ主体トナセシナリ、近世ノ大陸法ハ此看念ヲ継受セルカ故ニ公流ノ權利ハ一般ニ団体ニ存セルモノトナセルカ如シ、而シテ此公ノ權利ヲオット、マイエルノ称スル如ク公所有權トスルハ適当ナルヤ否ヤハ別問題ナレトモ、其實質ニ至リテハ存スルコト疑ヲ容レサルカ如シ（マイエル、仏行政法論、第三十五節）其成立、實質、消滅ニ付テ一種ノ特徴ヲ存スルコト亦疑ナシ。

もつとも、彼にいう「公流」とは河川そのものを指す。これに対して、そこに流れる流水それ自体の法的性質に関しては、右論文中に言及した個所はない。

【45】 また、岡實は、法学志林「解疑・第一二二問（公用物ノ意義）」（明治三五年）において、「公用物（Die öffentlichen Sachen）」と「行政財産（Das Verwaltungsvermögen）」「収益財産（Das Finanzvermögen）」の區別に

触れ、後二者が「共ニ政府又ハ公共団体ノ所有ニ属スルコトヲ以テ觀念ノ要件トス」るのに対して「公用物ノ觀念ニハ其ノ所有權ノ所属如何ヲ問ハサル」ものであり、また、行政財産は「公衆ノ直接ニ供用セラルルモノニ非サル」物（「今日いわゆる公用物」をも含む点において（岡にいう）「公用物」と異なるとし（「即ち岡にいう「公用物」とは今日いわゆる「公共用物」を意味する）、更に、右「公用物」は「公共物(res communium communes)」とも異なると説く⁽¹⁰⁾。右「公共用物」の理解を前提に、岡は、「懷疑・第一三九問（公有水面使用ノ性質）」（明治三六年）において、「公有水面トハ公共ノ用ニ供スル水面ヲ謂フ」とし、官有水面以外の水面も公有水面となる可能性があるとする一方、水利權・水面使用權は、公權・私權の両方の性質を有する權利であると説く⁽¹¹⁾。

【46】更にここでは、梅謙次郎が明治四二年に法学志林に発表した「最近判例批評」も引用しておこう。彼は、大審院明治四二年一月二日判決（民録一五輯一卷六頁）の判旨「溪谷ノ流水使用權ニ付テハ殊ニ井手ヲ設ケテ田用水若クハ飲用水等ニ用キタル場合ハ勿論、公共物タル溪流其モノト雖モ一旦或者ニ於テ該溪水ヲ専用スル慣習發生シタルトキハ其者ニ權利ヲ生シ他人ノ之ヲ侵スコト容ササルハ古來我國一般ニ認メラレタル原則ナリ」につき、それが物權法定主義（民法一七五條）に反することと並んで、「右ノ權利ヲ認ムルコトニナレバ、先占ニ因ツテ溪水専用權ヲ取得スルコトガ出来ルコトトナツテ公共物ノ性質ニモ反スルノデアルカラ、予ハ立法論トシテモ斯ノ如キ權利ヲ認メナイコトヲ可トスル者デアル」とする⁽¹²⁾。ここにいう「溪流」が河床と流水の總体を指しているのか流水のみを指しているのかは判然とはしないが、無主物先占を問題としているところからすれば、流水それ自体を指称するものであろう。だが、これを「公共物」と述べるのが、ボワソナード旧民法にいわゆる「公共物」を意味しているのか、今日の行政法学説にいう「公物」中の「公共用物」を意味しているのかは、必ずしも明らかではない。

以上を要するに、現行民法起草者と同様、立法直後の学説も、ボワソナード旧民法の規定するフランス法系の

公法・私法論及び水法秩序に代わる体系を、未だ有していない。

四 結 語

（一） 総論的評価

【47】 本稿冒頭で述べたように（【3】）、水法の歴史的発展は、①慣習法の段階から、②個別立法の制定と公法的規制の強化の段階を経て、③今世紀初頭より統一的水法典制定の段階へと移行してきたのであるが、本稿「二」で検討したように、明治二三（一八九〇）年公布のボワソナード旧民法における水法関連規定は、公法・私法にわたる条文の豊富さと内容の充実度からいって、③段階の立法に近いものと評価し得る。

ところが、明治二九（一八九六）年公布の現行民法（前三編）においては、旧民法の物の区別に関する定義規定は削除され、公法的規定は同年公布の河川法等に委ねられ、用水地役規定も半分以下に減ぜられた。ここでとられた条文の簡略化・公法規定排除・慣習重視の基本方針が、法典論争の結果を受けたものであることは本稿「二」で見た通りであるが、しかしながら、公法・私法共通の「物」の定義の不存在と公法的規制の排除は、上記発展段階の③段階から②段階へと逆行するものであり、しかも、右方針にあつては公法的側面を別個の制定法によって補わなければならないところ、これに関する旧河川法等の個別立法も不充分であるうえに、慣習優先の方針に至つては、②段階から①段階への退行といわねばならない。

かくして、旧民法から現行民法への移行は、水法秩序の発展史的に見れば、退歩現象と評価せざるを得ない。以上が、我が国の近代法発展の時代区分にいう第一期から第二期への移行期における水法秩序の変化に対する、

私見の総合的評価である。

(二) 各論的評価

【48】次に、各論的分析の側に移るならば、以下の諸点を指摘することができる。

(1) 公法・私法の峻別論及び公物理論

【49】まず、本稿冒頭で提起した公法・私法峻別論の確立時期の問題（【5】【6】）から述べるならば、上記「二」で紹介したように、上記時代区分における第一期においては、当時のフランス法の公法・私法論及び公物理論が我が国に定着していたと考えられ、旧民法もまた、この点を充分考慮した上で立法されたものである。あるいは、フランス法系の公物や不融通物に関する定義規定等が旧民法に設置されていることそれ自体をもつて、この時代の我が国においてはフランス法系の公法・私法理論が確立している、と述べてもよい。

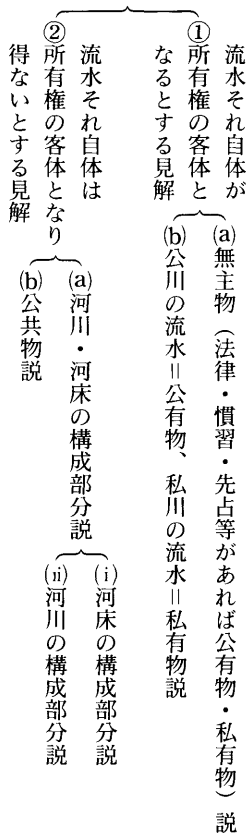
これに対して、現行民法制定過程においては、公法規定削除の方針がとられたが、本稿「三」「二」で見たように、法典調査会の審議は、当該規定が公法規定か私法規定かをめぐって、しばしば紛糾した。先の穂積八束の言（【42】）からも知られるように、彼らは、フランス法系の公法・私法峻別論あるいは公物理論に代わる新たな体系を、未だ有していなかったのである。

もちろん、先にも見たように、現行民法制定期にも、ドイツ法系の公法・私法理論ないし水法秩序は、我が国に紹介されてはいた（【44】）。しかしながら、その影響が顕著に認められるようになるのは、現行民法・旧河川法制定の後、明治三〇年代後半以降の民法学史にいわゆるドイツ法の「学説継受」期のこと——行政法学説に即していえば、上杉慎吉・美濃部達吉・佐々木惣一らの登場以後——であり、また、その水法領域への具体的な反

映に関しては、明治四〇年代以降の市村光恵⁽¹⁴⁾・石坂音四郎⁽¹⁵⁾・曄道文藝⁽¹⁶⁾らの業績を待たなければならない⁽¹⁷⁾。

(2) 流水の所有関係

【50】 現行民法・旧河川法の制定時代における、フランス法系の公法・私法論ないし公物法理論の崩壊とこれに代わる新たな理論の未確立は、本項のテーマとの関係では、とりわけ流水の権利関係に関する理解の混迷となつて現れる。この点に関する当時の見解を改めて整理すれば、次のようになる。



しかるに、その後の「学説継受」期——ドイツ法系の公物理論が定着した時代——においても、この点に関する学説の理解は一樣ではなく、そして、現在に至るも、これら諸説の対立は解消されていない⁽¹⁸⁾。

他方、その後の立法においても、かかる学説の混迷状態を反映してか、公有水面埋立法・国有財産法等においては流水それ自体に所有権が成立するかの如き表現の規定が設けられる一方、特定多目的ダム法や現行河川法の制定段階においても議論は混乱したままであり、そこでは流水＝無主物説に加えて、流水は流動物であるが故に所有権の客体となり得ないとの見解も主張されるに至っている。即ち、その後の立法において、流水の法的性質につき一定の明確な態度に立つて規定したものは、存在しないのである。

【51】となれば、この問題に関しては、次のような理解が成り立ち得ないであろうか。即ち、先に見たように、現行民法は、流水Ⅱ公共物説を前提とする旧民法の流水地役規定を、「相隣関係」中に八カ条、「地役権」中に一カ条承継している（【37】【39】）。右承継の際の議論は、上述の如く混乱しているが、しかし、上記「三」「二」で縷々検討したように、条文それ自体を客観的に比較した場合、そこに本質的な変更は加えられていない。となれば、現行民法は、流水Ⅱ公共物説の基本構造を前提とする旧民法の諸規定を、立法者の混乱と無意識のうちに、そのまま承継した、と理解することも可能である。そして、その後の立法において、これと異なる立場を明確化した規定が存在しない以上、我が国の現行法制において、流水の法的性質は、右現行民法に継受されたと客観的に認められる公共物説（【50】②(b)）を基準とせざるを得ない、と。

(3) 水利権の法的性質

【52】右流水の所有関係は、流水の管理・利用をめぐる種々の問題を処理するに当たって、その法律構成を組み立てる際に直接影響を及ぼす。ここでは、それらのうち、流水の利用権即ち水利権をめぐる議論を例にとつて、この点を論じてみよう。

【53】水利権の法的性質に関しては、周知の如く、公権説・私権説の対立が見られるが、この点に関する従来の議論においては、第一に、依然として「公物」理論と「公有物」理論の混同が存在している。このうち今日いわゆる「公物」とは、「国又は地方公共団体等の行政主体により、直接、公の目的に供用される個々の有体物をいう」⁽¹¹⁹⁾。即ち、公物か否かは、それが「公の目的に供用される」か否かによって定まるのであり、当該物を誰が所有しているかの問題とは直接関係がない。従って、私有物が公物とされる場合もあり得るし（例えば現行河川法下では私有物たる河川敷が公物となり得る。道路・公園に関しても同様）、あるいは無主物が公物となる場合もあり

得る。

第二に、今日の学説においては、旧民法にいわゆる「公共物」の概念が消失してしまっている。右概念は、「二」「三」で見たように、公有物・私有物・無主物と同じ「所有関係」に関する区別であって、「目的」による区別であるところの今日いわゆる「公物」理論とは必ずしも直結しない（それが公の目的に供用されているという点では、旧民法にいわゆる「公共物」は「公物」の範疇に包摂されるようにも見えるが、しかし、日光等の無体物をも含む点で、上記「公物」の定義にいう有体物の範囲を越えている）。

その結果、今日の議論において、水利権Ⅱ公権説は、流水が自然公物たる公共用物であること（目的による区別）を論ずる際に、流水そのものが公有物である旨を主張し（所有関係による区別）、他方、水利権Ⅱ私権説は、流水そのものに対して私的所有権が成立しているとの理由から（所有関係による区別）、公物管理権からの自由を主張する（目的による区別）。

【54】だが、ここでは、「所有関係」に関する議論と、「目的」に関する議論とを、厳格に区別して論ずる必要がある。まず、所有関係についていえば、流水それ自体が「公有物」あるいは「私有物」であるとする両説の主張は、何れも、現行民法の立場に矛盾する。既述の如く、旧民法を承継した現行民法は、流水それ自体は所有権の客体となり得ないことを前提に、水利権を流水の存在する土地（ないし河川あるいはその付属施設）に対する地役権として構成している。にも関わらず、流水それ自体を公有物ないし私有物であるとした場合、例えば水利権の設定は右流水所有権の譲渡と構成されることになり、現行民法に用水地役権規定が存在していることの説明がつかなくなる。

更に、ここでは、右民法と同様の「用益物権」構成が、特定多目的ダム法においても採用されている点を指摘しておこう。同法に関する第二六回国会衆議院建設委員会における法案審議では、次のような質疑応答がなされ

ている。

○佐々木(良〔作〕) 委員 そうすると、ダム使用権というものは、従来の所有権、持ち分権とどう違うのですか。

○国宗〔正義〕説明員〔Ⅱ建設省河川局水政課長〕 従来の共有による持ち分といいますのは、これはあくまで所有権でございまして、所有権のうちの共同所有しておる一部の持ち分ということでございますが、今回のダム使用権ということになりますと、そのものを全体を把握するところの用役物権、こういう関係に考えておるわけでありまして。その点が権利の内容がまず異なると思います。

当時、ダムの所有権は、昭和二十九年四月二十七日建設省令一一号「河川法第四条第二項の規定に基づく共同施設に関する省令」三条(「旧河川」法第三条の規定は、法第四条第二項の規定により河川の附属物として認定された共同施設については、適用しない)により、その建設費用負担者の共有とされており、その結果、ダムによる流水貯留権は、右施設・貯留水等の集合物としてのダム所有権の内容の一部と理解されていた。これに対して、特定多目的ダム法は、ダムそのものに関しては河川の付属物であつて無主物ないし国有物であると解したうえで(先の流水の所有関係と同様、この点に関しても立法段階での議論は混乱している)、ダムによる流水貯留権を、ダム(Ⅱ河川の一部)に対する「用益物権」として構成したのである(同法はこれを「ダム使用権」と呼ぶ。二条二項)。

【55】ところで、右民法・特定多目的ダム法のように、水利権を、流水の存する土地・施設ないしはそれらの集合物たる河川そのものに設定された「用益物権」と構成する以上、そこには、「用益物権」たる性質から導かれる当然の制約が存在する。

まず、水利権を地役権と構成する民法に關していえば、水利権の主体となり得る者は、要役地所有者でなければならず(民法二八〇条)、かつ、水利権は「要役地ヨリ分離シテ之ヲ譲渡シ又ハ他ノ權利ノ目的ト為スコトヲ得ス」(民法二八一条二項。地役権の附従性)。即ち、純然たる私権であるところの民法上の水利権にあつても、右附従性原則により自由譲渡は否定されるのである。つまり、水利権の自由譲渡が認められない理由には、右水利権

を地役権と構成したことに由来する内在的制約の側面も存するのであって、水利権の自由譲渡肯定論者が攻撃するところの水利権＝公権説のみが、譲渡否定の根拠となっているわけではない。

他方、特定多目的ダム法のダム使用権に関していえば、右用益物権の権利主体は、「多目的ダムによる流水の貯留を利用して流水を特定用途（＝「発電、水道又は工業用水道之用」。同法二条一項）に供する者」（同法三条）である。即ち、この用益物権は、同じ役権（*servitus*; *servitute*; *Dienstbarkeit*）の中でも、いわゆる人役権（*servitus personarum*）のタイプに属する⁽¹²⁷⁾。しかしながら、この種の役権の法的性質も、地役権（*servitus praediorum*）と基本的には変わるところがない。即ち、この権利は、上記「特定用途」の限りにおいて設定されたものであるから、右目的以外での使用（＝転用）は認められない。これは、民法の地役権にあつても同様であり、例えば取水地役権を排水地役権に「転用」とするといったことは、地役権の設定目的（民法二八〇条）を逸脱するものとして否定される。即ち、異目的間譲渡の禁止という結論もまた、水利権を用益物権と構成したことに由来する内在的制約として理解することもできるのである。

水利権をめぐる従来の議論が混乱した一因は、これら流水の「所有関係」から導かれる論理（水利権を役権と構成したことから来る内在的制約）と、流水の供される「目的」から導出される論理（当該流水が公物か否か（＝公水か私水か）あるいは水利権が公権か私権かの問題）という、重畳して存在する二つの論理を分別しないまま論じた点にある。水利権が流水そのものに対する所有権かそれとも流水の存する土地等に設定された役権かという議論と、右所有権ないし役権たる水利権が公権か私権かという議論は、厳密に区別して論じなければならない。

(4) 公法・私法峻別論と慣習重視の方針の相剋

【56】ところで、従来より、水利権が公権か私権かという議論と並んで争われてきたのは、慣行水利権の位置づ

けの問題であつた。上記「二」「(-)」で見たように、法典論争において延期派は、ボワソナード旧民法が我が国固有の慣習を無視していると批判していたが、しかしながら、水利権紛争につき「裁判所ハ地方ノ慣習ト衛生ノ需用ト農工業ノ利益トヲ斟酌シテ之ヲ決ス」とする財産編二三〇条の規定からも知られるように、旧民法は決して慣習無視の立法ではなかつた。法典施行延期派は、主張の内容の正当性ではなくして、主張それ自体の持つインパクトの強さによつて勝利したのである。

【57】 一方、右延期派の主張を受けて、現行民法においては、入会権に関する規定が新たに設置された。「共有ノ性質ヲ有スル入会権」(民法二六三条)と「共有ノ性質ヲ有セサル入会権」(二九四条)の二カ条がそれであり、前者は、入会地の地盤が入会部落自らの所有の場合(「村中入会」「惣山」などと呼ばれた)、後者は、地盤が入会部落以外の者の所有である場合(他村持地・寺社有地・官有地等)を念頭に置いたものといわれる。⁽¹³⁾従つて、部落による流水の利用に関しても、流水の存する地盤が部落有であれば二六三条により民法物権編「第三章 所有権」「第三節 共有」の規定が適用され、部落以外の者の所有ならば二九四条により「第六章 地役権」の規定が準用されることになる。それ故、ここでは、流水の存する敷地ないし河川それ自体の所有関係を再び問題とせざるを得ない。

【58】 そもそも明治初年以前の我が国において、河川は、沿岸の部落有ないし旧民法にいわゆる(II)およそ何人にも所有され得ない物という意味での⁽¹⁴⁾公共物と認識されていたようである。しかしながら、地租改正の一環として明治政府が発した明治七(一八七四)年一月七日「地所名称区別改正布告」(太政官布告第一二〇号)は、国土を官有地と民有地に区分する際に、広大な土地を官有地に編入した。しかるに、右布告の定める「官有地」の「第三種」は、次のようなものであつた。

第三種 地券ヲ発セス地租ヲ課セス区入費ヲ賦セサルヲ法トス但人民ノ顧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

ここにいう「河海湖沼池沢溝渠堤塘」の多くも、官民有区分の際、官有地に編入されたであろう。その結果、官有地の利用関係は、右布告の記述からも知られるように、債権ないし用益物権たる「借地」権となる。もつとも、右官民有区分は、従前よりそこに存在していた入会慣行を、必ずしも否定するものではなかった。ところが、明治一四年頃から、明治政府は官有地管理の強化政策に転じ、次第に官有地入会を否定するようになる。また、上記官民有区分で民有地とされた村持林野にあつても、所有名義が旧村（部落・大字）のものは、明治二二（一八八九）年の町村制施行に伴い、町村ないし部落の公有財産の中に組み込まれるに至る。その翌年に公布されたボワソナード旧民法の舟筏航行可能河川を国有財産とする規定（17）や、公有水面埋立に関する明治二三年内務省訓令（23）等も、こうした流れの中に位置づけることができるであろう。

【59】一方、旧慣重視の基本方針をとる現行民法の時代に入つても、政府の官有地政策は変わるところか一層強化の方向に向かった。上記の如き官有地への編入政策に加えて、旧河川法が施行されるに至り、現行民法の定める二つの入会権類型のうち、部落所有河川に関する水利権——「共有ノ性質ヲ有スル入会権」たる性質を有する水利権——は姿を消し、慣行水利権は、今やそのほとんどが公有財産となった河川に関する「共有ノ性質ヲ有セサル入会権」——地役権規定を準用される水利権——となったのである。従つて、慣行水利権もまた、基本的には民法上の地役権（個々の構成員に即していえば地役権の準共有（民法二六四条。正確には準総有）として理解されるのであるが、しかし、現行民法の起草者は、右官有地たる河川への入会権につき、民法の適用を排除した。即ち、

都築馨六君 然ウスレバモウ一ツ伺ヒタイノハ河川ノ入会権ハドウデセウカ河川カラ引イテアル用水路ヤ河川カラ引イ

テアル惡水路夫レカラ池沼杯ノ入会權ハ此処デ御認メニナツテ居ルノデアリマスカ

富井政章君 河川ニヨリケリデアラウト思ヒマス河川デモ適用スルコトノ出来ルモノガアレバ矢張り本条ノ適用ヲ受クルト思フ併シ多クハ適用スルコトノ出来ヌモノト思フ是レモ性質上公法ノ支配スルモノデアラウト思フカラ本条ノ適用ハ受ケヌト思フ⁽¹²⁵⁾

その結果、官有物たる河川への入会権は、現行民法前三編と同年同月に公布された旧河川法に全面的に委ねられることとなったが、旧河川法施行規程 一条（現行河川法施行法二〇条一項及び河川法八七条に相当）が、右慣行水利権は河川法という公法上の許可水利権と「看做ス」との規定を設置したため、結局、民法の地役権規定の準用は（右公法規定と抵触する限りで）完全に否定されることとなる。

ちなみに、国有林野の入会に關しても、大審院は、現行民法制定直後には民法上の入会権を肯定していたが、その後、旧国有林野法（明治三二年法律八五号）による入会権の債權契約への置換や、明治四三（一九一〇）年以降本格的に推進された部落有林野統一政策（町村有財産への無償編入と入会権の廃絶政策）等の施策を反映して、大正四（一九一五）年、連合部判決をもって国有地上の入会権の存在を否定するに至っている。⁽¹²⁷⁾

【60】 さて、このように見てみると、法典論争における延期派の主張とこれを受けた現行民法編纂の基本方針——①公法秩序への民法の適用排除と②我が国固有の慣習の重視——は、そもそも相互に相容れない、アンビバレントな立論であったことが知られる。もつとも、①（公法秩序の適用領域拡大）は、強力な国家体制の確立を目指す明治政府が、既に明治一四年政変以降より一貫してとり続けてきた方針であるのに対して、②（旧慣尊重）は、それが①の方針に合致する旧慣であることからこれを温存利用しようとしたものか、さもなくば①の方針を貫徹させる際の反対派懐柔のための方便として主張されたものに過ぎない。その意味では、現行民法施行後、政府が（慣行水利権を含むところの）入会権解体政策を推進したのは政策的に見て自然な流れであり、そもそも現

行民法に設けられた入会権規定も、法典調査会での議論からも知られるように、上記①の方針に逆らわない限りで認められたものに過ぎないのである。慣行水利権の保護を主張するにあたって、実定法上の根拠として現行民法における入会権規定の存在を援用する際には、この点を見逃してはならない。

(58) 所収・星野通編著『民法典論争資料集』（日本評論社、昭和四四（一九六九）年）二五頁以下。

(59) 以下では、法学新報一四号（明治二五（一八九二）年）に「社説」として掲載された資料を用いる。所収・前掲注(58)一七三頁。

(60) 所収・前掲注(58)一七九頁。

(61) 所収・前掲注(58)一八一頁。

(62) 所収・前掲注(58)一九二頁。

(63) 所収・前掲注(58)一九二頁。

(64) 所収・前掲注(58)一九六―一九七頁。

(65) 所収・前掲注(58)一九七頁以下。

(66) 所収・前掲注(58)一一六頁。

(67) 所収・前掲注(58)一二七―一二八頁。

(68) 所収・前掲注(58)二三五頁以下。

(69) 所収・前掲注(58)二五六頁。

(70) 所収・前掲注(58)二六一頁。

(71) 所収・前掲注(58)二六四頁。

(72) 所収・前掲注(58)二六六頁。

(73) なお、この時期、ボワソナード自身が上記「法典実施延期意見」に対する反論を記した資料として、BOISSON-

DE, *Les nouveaux code japonais, Réponse au manifeste des légistes et aux objections de la Diète*, Extrait de la *Revue française du Japon*, n° 8, 1892, Hakoubunsha, Tokio. ^{がある。}

(74) 「民法第一議案」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13』（商事法務研究会、昭和六三

- (一九八八) 年) 所収) 七四頁。
- (75) 福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究(日本立法資料全集・別巻1)』(信山社、平成元(一九八九)年) 一二頁。
- (76) 前掲注(74) 七五―七六頁。
- (77) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録一(日本近代立法資料叢書1)』(商事法務研究会、昭和五八(一九八三)年) 七三九頁以下参照。
- (78) 法典調査会原案二一七条に関する梅謙次郎起草委員の説明。前掲注(77) 八〇五頁。
- (79) 前掲注(77) 八三二頁。
- (80) 法典調査会原案二一九条に関する梅起草委員の説明。前掲注(77) 八五九頁。
- (81) 前掲注(77) 八六二頁〔梅〕。
- (82) 前掲注(77) 八六三頁〔梅〕。
- (83) 前掲注(77) 八八七―八八九頁。
- (84) 前掲注(77) 八六四頁、八八五―八八六頁。
- (85) 前掲注(77) 八六三頁〔梅〕。
- (86) 前掲注(77) 八六三頁〔梅〕。
- (87) 前掲注(77) 八六三頁〔梅〕。
- (88) 前掲注(77) 九〇二―九〇三頁〔梅〕。
- (89) 前掲注(77) 九〇二頁〔梅〕。
- (90) 前掲注(77) 九〇三頁〔梅〕。
- (91) 前掲注(77) 九〇五頁〔梅〕。
- (92) 前掲注(77) 九〇五頁〔梅〕。
- (93) 前掲注(77) 九〇七頁以下、九〇九頁。
- (94) 前掲注(77) 七六四―七六五頁。
- (95) 前掲注(77) 七六六頁。

(96) 前掲注(77) 七六七頁。

(97) 法典調査会原案二八二条に関する梅起草委員の説明。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書2)』(商事法務研究会、昭和五八(一九八三)年)二六四頁。

(98) 前掲注(97) 二七〇頁以下。

(99) 前掲注(97) 二七三頁以下。

(100) 前掲注(97) 七四〇頁、前掲注(97) 一頁。

(101) 前掲注(97) 三七頁。

(102) 前掲注(97) 六一七頁。

(103) 同法に関しては、渡辺洋三『農業水利権の研究(増補版)』(東京大学出版会、昭和三八(一九六三)年)四九四頁以下、森實『水の法と社会——治水・利水から保水・親水へ——』(法政大学出版局、平成二(一九九〇)年)二四二頁以下に詳細な検討がある。

(104) 『水法参考資料(第二輯)』「第一部 河川法理由書」(内務省土木局、昭和三(一九二八)年)(復刻・内務省土木局編『水法参考資料(第一巻)』(橘書院、昭和六〇(一九八五)年)所収)四一五頁。

(105) 穂積八束「公産ノ所有権」法学新報七〇号(明治二九(一九八六)年)一頁以下。

(106) 穂積八束「公用物及民法」法学協会雑誌一五卷九号(明治三〇(一九八七)年)九一〇頁以下、引用は九一六—九一七頁。かかる問題意識に基づき、穂積は、同論文において、物を、その供される目的の違いから「公用物」(「今日の行政法学説にいう「公物」概念にほぼ相当する」と否とに分け、また、その所有主体の違いから「公有」と「私有」とに分け、「公有ニ属スル公用物ハ民法ノ条規ノ適用ノ外ニ在リ」とする見解を提示し、右基準をもって「余ハ公用物ノ上ニ此の所民法入るへからす」トノ標札ヲ掲ケ新法典ノ実施ヲ迎ヘントス」(九一二頁)とする。しかし、この苛烈な表現故に、同論文はその後の学説の忌避するところとなった。

(107) 冷灰「水面所有権論」法学新報五六号(明治二八(一九九五)年)一頁以下、引用箇所は四頁。

(108) 江木・前掲論文に触発された政尾藤吉「水面使用権ニ就テ」法学新報五九号(明治二九(一九八六)年)六一頁以下も、妨害排除・譲渡可能性といった私権性(「私用物たる性質」)を有する水面「使用」権を沿岸所有者が有する旨を判示した、アメリカの判例を紹介するに過ぎない。

- (109) 江木翼「公流及其使用權ヲ論ス」法学新報八八号(明治三二(一八九八)年)二五頁以下(引用個所は二八一—二九頁)。
- (110) 岡實「解疑・第一二問(公用物ノ意義)」法学志林三五号(明治三五(一九〇二)年)四六頁……所収・『法典質疑録(上巻)』(政法大学、明治四一(一九〇八)年、復刻・『日本立法資料全集(別巻23)』(信山社、平成五(一九九三)年)四一頁。
- (111) 岡實「解疑・第一三九問(公有水面使用ノ性質)」法学志林三九号(明治三六(一九〇三)年)二八頁……所収・『法典質疑録(上巻)』・前掲注(110)四六頁。
- (112) 梅謙次郎「最近判例批評」法学志林二一卷五号(明治四二(一九〇九)年)一頁以下(引用個所は三一—四頁)、所収・梅謙次郎「最近判例批評(復刻版)」(新青出版、平成七(一九九五)年)七〇—一頁以下(七〇—四頁)。
- (113) 彼らの公法・私法論に關しては、塩野・前掲注(4)三三頁以下参照。
- (114) 市村光恵「公水ト私水」京都法学会雜誌四卷二号(明治四二(一九〇九)年)五四頁、同「水面ノ使用權」京都法学会雜誌五卷二号(明治四三(一九一〇)年)四六頁。
- (115) 石坂音四郎「河川使用ノ法律關係」京都法学会雜誌六卷六号(明治四四(一九一一)年)一一—三頁。
- (116) 曄道文藝「普国新水法典ニ就テ(一)」「(二・完)」京都法学会雜誌八卷九号(大正二(一九一三)年)一三八頁、九卷二号(大正三(一九一四)年)一四九頁。
- (117) その他、明治四〇年代前後に現れた水法関連文献としては、横田秀雄「法典質疑録・民一六六三(疎水權ノ制限)」法学志林八卷七号(明治三九(一九〇六)年)二五頁……所収・『法典質疑録(中巻)』(政法大学、明治四一(一九〇八)年、復刻・『日本立法資料全集(別巻24)』(信山社、平成五(一九九三)年)六一頁、柳田国男「農業用水ニ就テ」法学新報一七卷一号(明治四〇(一九〇七)年)二五頁、横田秀雄「法典質疑録・民一七二四(民一六六三再議「疎水權ノ制限」)」法学志林一〇卷二号(明治四一(一九〇八)年)三五頁……所収・法典質疑會編『続法典質疑録』(政法大学、明治四四(一九一一)年、復刻・『日本立法資料全集(別巻26)』(信山社、平成五(一九九三)年)一三四頁、神部正雄「諾威ニ於ケル水力国有法」京都法学会雜誌七卷一二号(明治四五(大正元(一九一二年)一五五頁、大正期の文献としては、三瀧信三「法典質疑録・民一八〇〇(流水ノ所有者)」法学志林一四卷八号(大正元(一九一二)年)五七頁、水口吉蔵「灌漑用水權ニ就テ」国家及国家学四卷九号(大正五(一九一六

年)四五頁、池田宏「軌近水利ニ関スル立法ノ趨勢(一)」「(三)」京都法学会雑誌二二卷一〇号(大正六(一九一八)年)一頁、一三卷五号(大正七(一九一九)年)三六頁、一一号四七頁、吉田肇「水に就ての法律的考察」司法研究報告書二卷三号(大正一五(一九二七)年)等がある。

(118) この点に関する昭和初期までの学説等を列挙した文献として、武井群嗣「安田正鷹編『水に関する学説・判例・実例総覧』(松山房、昭和六(一九三二)年)(所収・農業土木学会古典復刻委員会編『農業土木古典選集(明治・大正期第II期)二巻全国編二』(日本経済評論社、平成四(一九九二)年)二九三頁以下、三〇七頁以下、三六五頁以下。また、今日における学説の対立状況に関しては、さしあたり、三本木健治「河川の管理」雄川一郎「塩野宏」園部逸夫編『現代行政法大系(第九卷)』(有斐閣、昭和五九(一九八四)年)三八六—三八七頁参照。

(119) 『法律学小辞典(新版)』・前掲注(一)三三三頁。

(120) 『第二六回国会衆議院建設委員會議録』一一号(昭和三二年三月二六日)一四頁。更に、国宗説明員は、ダムによる流水貯留権の「用益物権」構成が、本法の適用される特定多目的ダム以外のダム(農林省ダム等)に關しても——河川法それ自体の解釈として——成り立つ旨の答弁を行っている。『第二六回国会衆議院建設委員會議録』一三号(昭和三二年三月二八日)四頁。

(121) 野間海造参考人(弁護士)・加藤一郎参考人(東大助教授)は、ダム等の「河川ノ附属物」(旧河川法四条二項)につき、無主物説に立つ(『第二六回国会参議院建設委員會議録』一九号(昭和三二年三月二九日)二頁、四頁、五頁)。なお、同法四条二項によれば「河川ノ附属物ト認定シタルモノハ命令ヲ以テ特別ノ規程ヲ設ケタル場合(上記昭和二九年建設省令がこれに属する)ヲ除ク外總テ河川ニ関スル規程ニ從フ」のであるから、この見解は、河川そのものを無主物と解する説を前提としていることになる。これに對して、山本三郎政府委員(建設省河川局長)は、「今回の処置(「特定多目的ダム法」)によりまして、でき上がったダムは全部国のものである」として、国有財産説に立つ(『第二六回国会参議院建設委員會議録』二〇号(昭和三二年三月三〇日)八頁)。更に、田中一議員(社会党)は、「このように無主物として国に帰属するという慣行で存在してあったところの水、いわゆる河川を流れる流水というものが、初めて一定の土地、地域に確保することによって物権を生じたという点につきましては、水の新しい価値が物権として制定せられたことでありまして」として、流水それ自体につき無主物説ないし国有財産説に立つ(『第二六回国会参議院建設委員會議録』二〇号(昭和三二年三月三〇日)一四頁)。

(122) 役権（人役権・地役権）の概念と沿革に関しては、さしあたり、川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣、昭和四三（一九六八）年）四六九頁以下（中尾英俊）。

(123) 我妻栄著Ⅱ有泉享補訂『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、昭和五八（一九八三）年）四二七頁、四二九―四三〇頁、四三八頁。

(124) 以下の記述は、渡辺・前掲注（103）一四頁以下、『注釈民法(7)物権(2)』・前掲注（122）五三四頁以下（中尾英俊）、我妻Ⅱ有泉・前掲注（123）四三二頁以下、橋本誠一「入会権と永小作権」日本近代法制史研究会編『日本近代法一二〇講』（法律文化社、平成四（一九九二）年）一七頁に依拠した。明治期以降の「入会権の解体」に関する詳細については、これらの掲げる文献参照。

(125) 前掲注（97）一五六頁。

(126) 大判明治三一年五月一八日民録四輯五卷三五頁。

(127) 大連判大正四年三月一六日民録二輯七卷三二八頁。

【追記】 本稿は、（財）河川環境管理財団・河川整備基金助成事業に基づく研究成果の一部であることを付記する。