

アメリカ水法における混合主義

——沿岸権と専用権の共存法理——

宮 崎 淳

目 次

- 第一章 はじめに
- 第二章 混合主義の法理
 - 第一節 カリフォルニア法理
 - 第二節 オレゴン法理
- 第三章 沿岸権主義の修正
 - 第一節 未行使沿岸権の消滅
 - 第二節 沿岸権の対象となる土地および水
 - 第三節 合理的利用の制限
 - 第四節 権利の喪失・放棄、譲渡および取得時効
- 第四章 沿岸権と専用権の調整
 - 第一節 沿岸権と最先発の専用権
 - 第二節 専用権と非沿岸権者の許可的利用
- 第五章 むすび

第一章 はじめに

アメリカ水法においては、水利権について水が流れる土地にその成立基盤を求める沿岸権主義 (riparian doctrine) と、時に先んずる者は権利においても優先するという考え方にその基礎を置く専用主義 (prior appropriation doctrine) が共存している。また、沿岸権主義と専用主義の混合形態である混合主義 (dual systems) も進展してきた。混合主義を採用する法域は、現在では一〇州存在している。アメリカ大陸の中で、これら諸州の分布を確認すると、西部沿岸の三州 (カリフォルニア州、オレゴン州およびワシントン州) ならびに西部の乾燥地帯と降雨量の多い東部を区分する西経一〇〇度線上の六州 (カンサス州、ネブラスカ州、ノースダコタ州、オクラホマ州、サウスダコタ州およびテキサス州) に大別することができる。

混合主義の歴史的ルーツは、法域によって異なっている。大部分の州の共通点は、当初は沿岸権主義に従ったが、後に専用主義の要素を取り入れていったことである。なぜならば、水が慢性的に不足する地域において水を配分するためには、専用主義がより適応すると考えられたからである。西部沿岸の州および西経一〇〇度線上の大陸中央に位置する州においては、沿岸権主義はもとより専用主義も完全には適合しなかったため、混合主義が発展したのである。そして、これらの諸州は、概念的に両立しえない二つの権利を共存させるために苦慮することになるのである。

沿岸権および専用権の両方が混在する混合主義において、各州の採用する法原理はいくつかの点において特徴を有している。その特徴とは、同一の法制度のもとにおける沿岸権と専用権の調整についての理論であり、沿岸権の定義または範囲に関する理論であり、沿岸権の消滅についての理論である。混合主義を採用する各州は、これらに関して

共通した準則を確立しているわけではなく、それぞれの視点からアプローチしているのが現状である。

本稿は、まず混合主義を採用する主要な法域の法理について言及したあと、専用権との調整のために行われた沿岸権主義の修正、つまり沿岸権の制限について論究する。特に、沿岸権の消滅またはその範囲の狭小化のためになされた沿岸権概念の再定義に関して詳述する。そして最後に、沿岸権と専用権の調整の方法を説明し、アメリカ水法における混合主義の特徴について考察する。

注

(1) アラスカ州、カリフォルニア州、カンサス州、ネブラスカ州、ノースダコタ州、オクラホマ州、オレゴン州、サウスダコタ州、テキサス州およびワシントン州である。なお、ミシシッピ州は混合主義を採用し、アラスカ州は専用主義に属すると解する見解もある (David H. Getches, *Water Law in a Nutshell* 3rd ed., 190 (1997))。

第二章 混合主義の法理

第一節 カリフォルニア法理

混合主義を初めてかつ最も完全に発達させた法域は、カリフォルニア州である。それゆえ、混合主義はカリフォルニア主義とも呼ばれている。まず最初に、同州の法理について論及していくことにする。

当初、カリフォルニア州は、一八五五年の *Irwin v. Phillips*⁽²⁾ において専用主義を採用した。本件は、河川から離れたところに位置する先発の鉱夫に水を供給している水路の所有者と、その河川の沿岸に位置する後発の鉱夫との間

で争われた事案である。両当事者とも連邦公有地上に位置していた。後発の鉦夫は、先発の専用について何ら考慮することなく、沿岸地に位置する者は水の利用に関する権限を与えられると主張した。カリフォルニア州最高裁判所は、この主張を退けた。すなわち、後発の鉦夫は沿岸地の所有者ではないから、後発の鉦夫が水利用の侵害を排除するための沿岸権を先発の鉦夫に対して主張することはできないと判示したのである。³ 本裁判所は、公有地への侵入者の間においては、鉦夫間の慣習である、最初に水を利用し始めた鉦夫は後に水を利用し始めた鉦夫の誰に対しても優先する権利を有するという専用の法理が確立されるにいたっていると結論づけた。この結論を導くにあたって、当該裁判所は、州の立法が鉦業目的のための水路を課税対象の財産として認識し、それによって専用による水利用を黙示的に肯定したと解釈したのである。⁴

Irwin 判決の直後の一八五七年⁵、Crandall v. Woods⁶ 判決が出された。本判決において、カリフォルニア州最高裁判所は、善意の開拓移民と入植後の専用者の間において沿岸権主義が適用される可能性を認めた。本事案において、被告は公有地法のもとで河川に隣接している土地に入植したが、当初はまったく水を利用していなかった。一方、原告の水供給会社は、近くの町に水を供給するために被告より下流の河川から水を分水していた。後に、被告が水を分水し始めたため、原告は正当な専用権が侵害されたとして訴訟を提起した。なお、両当事者とも公有地上に位置していた。州最高裁判所は、連邦法のもとで入植した被告は絶対的所有権者であると判断した。⁶ それゆえ、被告は、当該土地に入植する以前に水を分水していた専用者の権利にのみ劣後する沿岸権を有することになるのである。

前述の二つの判決から、次のような準則が明らかとなる。すなわち、公有地上の専用者の間においては、先発の専用者が優先権を取得することになるが、土地に関して法律上の権利を有するにもかかわらずまだ水を取水していない沿岸権者については、当該土地について主張された後に水の利用を始めた専用者によっては覆されえない。⁷ つまり、入植後に水を利用し始めた専用者は、その入植地の所有者に対して水利用について優先権を主張することができない

のである。

カリフォルニア州においては、一八八六年の *Lux v. Haggis* 判決⁽⁸⁾によってコモン・ローの沿岸権主義が確立されたとされている。同州最高裁判所は、本判決において、連邦公有地譲渡証書 (*Federal Patent*) は連邦法ではなく州法の事項であるが、同証書は沿岸権を随伴すると判示した。当該判決は、すべての専用を覆す権利を与えた一八六六年七月二六日の鉱業法 (*Mining Act*)⁽⁹⁾ 制定以前に譲渡された沿岸地の所有者に関するコモン・ロー上の権利について言及し、傍論においてではあるが、連邦政府から土地を獲得した沿岸地所有者の権利は、本制定法の制定後かつ土地の譲渡の前になされた専用によってさえも覆されないと判示したのである⁽¹⁰⁾。

一八六六年および一八七七年の不毛地法 (*Desert Land Act*)⁽¹¹⁾ は専用主義を承認したため、沿岸権主義を採用した *Lux* 判決との間に矛盾が生じたことになった。そこで、不毛地法以外の制定法のもとでの公有地譲渡証書 (*patent*) は本証書発行当時に存する専用権のみを随伴するが、不毛地法に関する公有地譲渡証書は現存するすべての専用権を随伴するという見解によって、*Lux* 判決と不毛地法との調和を図ったのである。それゆえ、専用がなされた後に発行された連邦公有地譲渡証書は、その専用権に劣後する沿岸権を随伴することになる。これに対して、専用が連邦公有地譲渡証書の発行後になされた場合は、譲受人はその専用に優先する沿岸権を有することになるのである⁽¹²⁾。

カリフォルニア法理においては、専用者は現実的な分水を公有地上でなさなければならぬ。したがって、専用者は、私有地に接する地点で河川から分水していた場合には、後に当該土地を取得した沿岸権者がなす新しい水利用に対して優先する権利を有しないのである⁽¹³⁾。

注

(2) 5 Cal. 140 (1855). 本判決は、専用主義の指導的判例と位置づけられている。代表的なものとして、George A. Gould and Douglas L. Grant, *Cases and Materials on Water Law* 6th ed., 18 (2000) が挙げられる。

- (3) 5 Cal. 140, 145-146 (1855).
- (4) Getches, *op. cit.*, p. 192.
- (5) 8 Cal. 136 (1857).
- (6) *Idid.*, p. 143.
- (7) Getches, *op. cit.*, p. 193.
- (8) 69 Cal. 255, 10 P. 674 (1886).
- (9) Wells A. Hutchins, *The California Law of Water Rights*, 62 (1956).
- (10) The Mining Act, 30 U. S. C. A. § 51, 43 U. S. C. A. § 661.
- (11) 10 P. 674, 727 (1886). 最近の判決として一九世紀の財産権に関するロビン・ローの考え方に負うべきものがある。Eric T. Freyfogle, "Lux v. Haggin, The Common Law Burden of Modern Water Law," 57 U. Colo. L. Rev. 485 (1986)。
- (12) The Desert Land Act of 1877, 43 U. S. C. A. §§ 321-329.
- (13) A. D. Tarlock, *Law of Water Rights and Resources*, § 5.03, at 5-10 (1995).
- (14) San Joaquin & Kings River Canal & Irrigation Co. v. Worswick, 187 Cal. 674, 203 P. 999, 258 U. S. 625 (1922).

第二節 オレゴン法理

オレゴン州は、沿岸権の概念を専用主義に取り込むために、カリフォルニア法理を最初に採用した法域である。同州は、連邦政府が公有地の所有者として水に対する財産的権利を有するというカリフォルニア州の考え方を支持する一方で、カリフォルニア州とは異なり、連邦公有地譲渡証書に付随する水利権について決定する権限を主張しなかった。

不毛地法は、本来、連邦政府が不毛地を灌漑した者にその土地を与えることを意図したものであった。オレゴン州

の指導的判例である *Hough v. Porter*⁽¹⁵⁾ は、この不毛地法について西部諸州での専用権の一定の準則を確立したものとして解釈した。すなわち、*Hough* 判決において、州最高裁判所は、本法についてすべての連邦公有地譲渡証書から沿岸権を取り除いたものとして理解したのである。換言すれば、本法制定の一八七七年三月三日以降に公有地譲渡証書を受取った譲受人は、オレゴン法理のもとにおいては沿岸権を取得できないと判断したのである。⁽¹⁶⁾

サウスダコタ州も、オレゴン法理を採用した。⁽¹⁷⁾ しかし、カリフォルニア州およびワシントン州⁽¹⁸⁾ の最高裁判所は、不毛地法について特定した不毛地のみ適用されると解し、不毛地以外の沿岸地に関する公有地譲渡証書の受取人は、専用権に劣後する沿岸権を取得するとの見解を維持した。要するに、オレゴン法理においては、不毛地法制定以後の公有地譲渡証書の譲受人はまったく沿岸権を取得できないと解するが、カリフォルニア法理では、不毛地以外の沿岸地に関する公有地譲渡証書の受取人は専用権に劣後する沿岸権を取得しうると解釈するのである。この点において、カリフォルニア法理とオレゴン法理の主要な相異を見出すことができる。

不毛地法は一八七七年三月三日以降に譲渡された連邦公有地上のすべての沿岸権を消滅させるか否かという問題について、連邦最高裁判所は、*California Oregon Power Co. v. Beaver Portland Cement Co.*⁽¹⁸⁾ において審理した。本事案は、最初の入植者から取得した自营農地譲渡証書 (*homestead patent*) に基づいて河川の継続的な自然水流に対する沿岸権を求めた電力会社と、州法のもとにおいて専用権を主張したセメント会社との争いである。連邦最高裁判所は、*Hough* 判決における不毛地法についてのオレゴン州最高裁判所の解釈を是認し、一八七七年以降に譲渡された土地上の沿岸権を消滅させ、各州が自由に水利権を定義することができるとしたのである。⁽²¹⁾ つまり、沿岸権または専用権の法理が及ぶべき範囲を決める権限は、各州に属すると判断したのである。

注

(15) 51 Ore. 318, 95 P. 732 (1908), 98 P. 1083 (1909).

- (16) 98 P. 1083, 1095 (1909).
- (17) Cook v. Evans, 45 S. D. 31, 185 N. W. 262 (1921).
- (18) San Joaquin & Kings River Canal & Irrigation Co. v. Worwick, 187 Cal. 674, 203 P. 999, 258 U. S. 625 (1922).
- (19) Still v. Palouse Irrigation & Power Co., 64 Wash. 606, 117 P. 466 (1911).
- (20) 295 U. S. 142 (1935).
- (21) *Idid.*, p. 162.

第三章 沿岸権主義の修正

第一節 未行使沿岸権の消滅

沿岸権と専用権が共存する混合主義を採用する法域にとっては、両権利の調整が最も重要な関心事である。水が流れている土地に水利用の根拠を求める沿岸権と、土地所有権と分離して水の利用に成立の基礎を置く専用権とは、本来、両立しえない概念であることは確かである。沿岸権主義と専用主義の本質的な対立は、沿岸地に付随している沿岸権が水の利用に依拠していないということである。専用権者は、沿岸権者が以前は権利行使していなかったにもかかわらず、突然、その権利を行使したとしても、引き続き専用権を主張できるという保証はない。この不確実性は、大規模な水事業計画を企てようとする専用権者に対して不安を与えることになる。そこで、混合主義を採用する大部分の法域は、制定法によって未行使の沿岸権を消滅させることにしたのである。

このように立法府および裁判所は、沿岸権を消滅させたり、その範囲を狭く解釈したりして、沿岸権の概念につい

て再考することに力を注いだ。特に、裁判所は、沿岸権の消滅およびその範囲の狭小化のために三つの概念を再定義した。すなわち、第一に、沿岸地および沿岸地上の水についての概念の縮小化、第二に、合理的利用の概念の客観化および安定化、第三に、権利の喪失・放棄および取得時効の概念に関する適用の拡大である。

本章では、制定法による未行使沿岸権の消滅、沿岸権の対象となる土地および水の定義の縮小、合理的利用の概念の客観化ならびに沿岸権を制限または消滅させるための権利の喪失 (forfeiture)・放棄 (abandonment)・譲渡 (conveyances) および取得時効 (prescription) の理論の進展について考察する。

まず最初に、未行使沿岸権の消滅について検討していくことにする。既得権 (vested rights) を特定期限日における現実の有益の利用として再定義した制定法は、期限日以降に始めたいかなる水利用も禁止した。すなわち、当該制定法は、期限日時点で未行使の沿岸権を消滅させたのである⁽²³⁾。これらの制定法は、期限日以降に沿岸権者が新しく水利用を始める権利について法的に請求できなくなることや、期限日における沿岸権者の水利用について放棄または喪失の法理の適用を規定している。しかし、多数の州において重要な例外が設けられている。それは、期限日以降に沿岸地上で家庭用の水利用を始める権利について制定法上の保護が与えられていることである⁽²⁴⁾。この家庭用の水利用とは、家事用および家畜用の水利用を指すが、水が多量に必要とされる鉱業、灌漑および工業用の水利用は含まれない⁽²⁴⁾。新しい水利用の権利を保護するために、一般的に需要量が少ない水利用のみを許可したのである。

当初、制定法による未行使沿岸権の消滅は正当な補償を伴わない財産権の収用に該当するのではないか、との疑義が生じた。しかし、結局のところ、アラスカ州、ミシシッピ州およびオクラホマ州以外の法域では、制定法上の未行使沿岸権の消滅を是認している⁽²⁵⁾。最近において、オクラホマ州最高裁判所は、制定法上の未行使沿岸権の消滅について補償なき取用にあたり違憲であるとの判決を下した⁽²⁶⁾。

オレゴン州最高裁判所は、一九〇九年二月二四日の時点で未行使の沿岸権を消滅させると規定した制定法について、

本法は公共の財産権の利用を規制したにすぎず、既得の私権を収用したものではないとの理由によって、合憲であると判断した。⁽⁸⁷⁾ 同州の裁判所は、沿岸地所有者は水を所有するのではなく、その土地を流れている水を利用する権利を有するにすぎないという見解を強調した。私的財産権としての水利権がなぜ用益的であり、無体財産的であるのかという問いに対する明確な解答が与えられていないにもかかわらず、この見解は様々な問題を解決に導いたと考えられている。⁽⁸⁸⁾

制定法に消滅期限を規定していないカリフォルニア州では、一九七九年まで未行使沿岸権を消滅させるいかなる手段も否定してきた。当州においては、沿岸権者はいつでも沿岸地上で新しい水利利用を始めることができるし、競合している専用者の水利利用がなされる前から土地が合法的に占有されてきた限り、⁽⁸⁹⁾ 沿岸権は専用権に優先するのである。⁽⁹⁰⁾

注

(87) Alaska Stat. § 46.15.060; Kan. Stat. Ann. §§ 42-311, 42-312; Miss. Code Ann. §§ 51-3-3 (2), 51-3-7; Neb. Rev. Stat. § 46-204; N. D. Cent. Code § 61-04-01.2; Okla. Stat. Ann. tit. 82, §§ 105.1 to 105.33; Or. Rev. Stat. § 539.010; S. D. Codified Law Ann. § 46-1-9 (1); Tex. Water Code Ann. § 11.001; Wash. Rev. Code Ann. § 90.03.010.

(88) Kan. Stat. Ann. § 42-311; Neb. Rev. Stat. § 46-204; N. D. Cent. Code § 61-04-02; Okla. Stat. Ann. tit. 82, §§ 105.1, 105.2; Or. Rev. Stat. § 539.010; S. D. Codified Law Ann. §§ 46-1-5, 46-1-9 (2).

(89) Prather v. Hoberg, 24 Cal. 2d 549, 150 P. 2d 405 (1944); F. Arthur Stone & Sons v. Gibson, 230 Kan. 224, 630 P. 2d 1154 (1981).

(90) Baumann v. Smith, 145 F. Supp. 617 (D. Kan.), 352 U.S. 863 (1956); F. Arthur Stone & Sons v. Gibson, 230 Kan. 224, 630 P. 2d 1154 (1981); Hickman v. Loup River Pub. Power Dist., 173 Neb. 428, 113 N. W. 2d 617 (1962); In re Application of Ainsworth Irrig. Dist., 170 Neb. 228, 102 N. W. 2d 429 (1960); Baeth v. Hoisveen, 157 N. W. 2d 728 (N. D. 1968); City of Stillwater v. Oklahoma Water Resources Bd., 524 P. 2d 938 (Okla. 1974); Oklahoma Water Resources Bd. v. Central Okla. Master Conservancy Dist., 464

- P. 2d 748 (Okla. 1968); In re Hood River, 114 Or. 112, 227 P. 1065 (1924); Pacific Power Co. v. Bayer, 273 U. S. 647 (1926); Norwood v. Eastern Or. Land Co., 112 Or. 106, 227 P. 1111 (1924); Belle Fourche Irrig. Dist. v. Smiley, 84 S. D. 701, 176 N. W. 2d 239 (1970); Knight v. Grimes, 80 S. D. 517, 127 N. W. 2d 708 (1964); In re Medina River, 670 S. W. 2d 250 (Tex. 1984); In re Upper Guadalupe River, 642 S. W. 2d 438 (Tex. 1982); In re Deadman Creek, 103 Wash. 2d 686, 694 P. 2d 1071 (1985); Brown v. Chase, 125 Wash. 542, 217 P. 23 (1923).
- (28) Franco - American Charolaise, Ltd. v. Oklahoma Water Resources Bd., 855 P. 2d 568 (Okla. 1990).
- (27) In re Hood River, 114 Or. 112, 227 P. 1065 (1924); Pacific Power Co. v. Bayer, 273 U. S. 647 (1926). 聯邦最高裁判所は、当該問題が提起されたときの裁判の判決によつて、いかに関する言及を回した (California Oregon Power Co. v. Beaver Portland Cement Co., 295 U. S. 142 (1935))。
- (28) Robert E. Beck, *Waters and Water Rights*, 1991 ed., 387.
- (29) 土地について連邦政府から最初の譲渡を受けるための要件としての占有がなされてくる場合をいう。
- (30) San Joaquin & Kings River Canal & Irrigation Co. v. Worwick, 187 Cal. 674, 203 P. 999, 258 U. S. 625 (1922); Lux v. Haggin, 69 Cal. 255, 10 P. 674 (1886).

第二節 沿岸権の対象となる土地および水

ネブラスカ州とオクラホマ州以外の西部諸州は、現在、家庭用および家畜用の水利利用を除いて沿岸権に基づいて請求しうる水量を直接的に固定しようとする傾向がある。さらに、沿岸権の対象となる土地（沿岸地）の概念を縮小することにより請求しうる水量を制限しようとし、またその土地上で合理的水利利用のために必要とされる水量を減少させようと考えている。テキサス州およびワシントン州は、同様の効果を求めて、沿岸権の対象となる水について定義を狭く解釈する傾向にある。

混合主義の法域は、沿岸権主義のもとにおける水利権について特定の土地と特定の水の相関的機能として捉えてい

る。それゆえ、少なくとも通常の水流の間は、水供給源に接している土地が沿岸地であると考えられている⁽³²⁾。そして、沿岸地の所有者は、その沿岸地上の水について沿岸地の他のすべての所有者と平等に合理的利用をなす権限を有するのである。

混合主義を支持する多数の裁判所は、土地が水に接しているという隣接性に加えて、土地が水供給源の流域内 (within the watershed of the water source) に存することという要件も付加した⁽³³⁾。沿岸権の対象としての沿岸地は土地が水と隣接しかつ水供給源の流域内に存することを必要とするという準則は、流域ルール (watershed rule) と呼ばれている⁽³³⁾。当該ルールは、沿岸地所有者が水をもとの供給源に戻すことができる場合にのみ水供給源からの引水が許される点では自然流水の理論の痕跡が見受けられるが、自然流水の理論の維持を保証するものではない⁽³⁴⁾。混合主義を採用する裁判所は、流域ルールを採用している。なぜならば、本準則が沿岸権の対象となる土地を制限する傾向をもつからである⁽³⁵⁾。

一九〇七年の Anaheim Union Water Co. v. Fuller は、流域ルールに関する指導的判例の一つであるが、本判決が論証するように、流域という用語は分析の基準が変化する理解しにくい概念である⁽³⁶⁾。コロラド川 (Colorado River) とギラ川 (Gila River) は、単一の流域であるか、それとも二つの流域を形成しているかというアリゾナ州とカリフォルニア州の長い論争がその証左である⁽³⁷⁾。この用語の曖昧さは、沿岸権を潜在的に制限する手段として有用なものと解されている。

沿岸地を制限する理論はさらに伸展した。すなわち、土地が何時でも沿岸である場合にのみ、その土地は沿岸地として解されるという権原の源 (source of title) の理論である⁽³⁸⁾。この理論は、純粋な沿岸権主義の法域ではみられないのであるが、一般的な沿岸権に関連して説明されてきている。また、当該理論は、水利用について沿岸権に依拠することを可能にするためというより、水利用者を専用主義の中に位置づけるためのものである点において特徴を有し

ている。⁽³⁸⁾

オレゴン州最高裁判所は、当理論の有益性を誤解しているか、または本理論なしでも沿岸権を実質的に消滅させられると考えてきたように思われる。それは、当該裁判所が、特別な土地の権原の歴史を考慮することなしに、訴訟當時に河川に隣接している広大な土地における土地の単一性に基づいて沿岸地の範囲を決定してきたからである。⁽⁴⁰⁾

結局、いくつかの裁判所は、土地の所有権が河川の河床または河岸にまで及ばない場合においてはその土地は沿岸地ではないという結論にまで達した。この見解は、沿岸権の性質を全く誤解しているように考えられているが、ワシントン州最高裁判所は、この理論を受け入れ、存続させている。⁽⁴¹⁾

沿岸権の対象となる水の定義を縮小して解釈することについては、沿岸地の定義ほど注意が払われてこなかった。一般的な沿岸権主義のもとにおいては、公水と私水の区別、季節的水流と日常的水流の区別にかかわらず、自然の水體 (waterbody) のすべておよび人工的水體の一部は、沿岸権の対象の水となるのが通常である。しかし、テキサス州およびワシントン州最高裁判所は、当初、余剰水 (surplus water) は沿岸権の対象とはならないと判断したが、⁽⁴²⁾ のちにワシントン州最高裁判所は、この余剰水に関する判断を取り消した。⁽⁴³⁾ また、テキサス州最高裁判所では、事実上、通常的水流が大雨で溢れた水であるような断続的な河川においても沿岸権が認められた。⁽⁴⁴⁾ これに対して、ワシントン州最高裁判所は、水流が年間を通じて存在する河川のみが沿岸権の対象となるという見解を保持している。⁽⁴⁵⁾

カリフォルニア州は、他の混合主義の州と同列に論じられない側面を多数有している。同州の最高裁判所は、沿岸権の対象となる水を制限するという考え方は一見反する判断をしている。すなわち、沿岸権の範囲は伏流水 (underflow) にまで及ぶと判示したのである。⁽⁴⁶⁾ 沿岸権は流域内の地表水に限らず伏流水にまで及ぶとするこの見解は、流域外から浸入してきた水を沿岸権の対象とはしないという考え方について流域内の視点から表現したものととして解することができよう。

邦

- (15) *Balabanoff v. Kellogg*, 118 F. 2d 597 (9th Cir. 1940), 314 U. S. 635 (1941); *El Paso County Water Improv. Dist. No. 1 v. City of El Paso*, 133 F. Supp. 894 (W. D. Tex. 1955), 243 F. 2d 927, 355 U. S. 820 (1957); *Chowchilla Farm Inc. v. Martin*, 219 Cal. 1, 25 P. 2d 435 (1933).
- (16) *Rancho Santa Margarita v. Vail*, 11 Cal. 2d 501, 81 P. 2d 533 (1938); *Crane v. Stevinson*, 5 Cal. 2d 387, 54 P. 2d 1100 (1936); *Holmes v. Nay*, 186 Cal. 231, 199 P. 325 (1921); *Anaheim Union Water Co. v. Fuller*, 150 Cal. 327, 88 P. 978 (1907).
- (17) *Beck, op. cit.*, p. 393. 板橋郁夫博士は、流域ルールが存在する理由として次のように論及する。ちなみに「公益権」は流域内の土地に認められたる理由が、水が人間の土地に利用されることには、消費されなす限り、利用後は河に戻されることである。このため、土地の所有権は、その結果、その土地はその水の利用の権利を与えられるのである。『米國水法研究』(『米國水法研究』(四一五五頁(一九六六年、成文堂))。
- (18) *Anaheim Union Water Co. v. Fuller*, 88 P. 978, 982 (1907).
- (19) 流域ルールの目的は、自然流水を保護することであり、その結果、流域内の土地は、その水の利用の権利を与えられるのである。
- (20) 88 P. 978, 980 (1907).
- (21) *Arizona v. California*, 373 U. S. 546, 558-564, 567-575, 594-595 (1963).
- (22) *Territory of Hawaii v. Gray*, 52 F. 2d 356 (9th Cir.), 284 U. S. 677 (1931); *United States v. Fallbrook Pub. Util. Dist.*, 109 F. Supp. 28 (S. D. Cal. 1952).
- (23) *Beck, op. cit.*, p. 393.
- (24) *Jones v. Conn*, 39 Or. 30, 64 P. 2d 855 (1901).
- (25) *Botton v. State*, 69 Wash. 2d 751, 420 P. 2d 352 (1966); *State ex rel. Ham v. Superior Ct.*, 70 Wash. 442, 126 P. 945 (1912).
- (26) *Mohl v. Boyd*, 116 Tex. 82, 286 S. W. 458 (1926); *Proctor v. Sim*, 134 Wash. 606, 236 P. 114 (1925).
- (27) *Sund v. Keating*, 43 Wash. 2d 36, 259 P. 2d 1113 (1953).
- (28) *Hoefs v. Short*, 114 Tex. 501, 273 S. W. 785 (1925).
- (29) *In re Johnson Creek*, 159 Wash. 629, 294 P. 566 (1930).
- (30) *Rancho Santa Margarita v. Vail*, 11 Cal. 2d 501, 81 P. 2d 533 (1938). この土地が地表水に接していません。

場合にまでも伏流水が土地に隣接していることのみをもって、その土地を沿岸地と判断するわけではない (Anahaim Union Water Co. v. Fuller, 150 Cal. 327, 88 P. 978 (1907))。

第三節 合理的利用の制限

沿岸権主義の一つの側面として、自然流水の理論がある。当該理論は、水量または水質について減損しない範囲において水を利用する権利を沿岸権者に与えるものである。この理論によると、ほとんどの水の消費が禁止されることになると考えられるから現実的ではない。ゆえに、沿岸権主義を採用する諸州は、この不都合を回避するため合理的利用のルールを適用している。同準則は、沿岸権者に対して合理的な範囲内で水の利用を認めるものである。つまり、沿岸権者は、他の沿岸地所有者の合理的な水利用を妨げない場合に水の利用が認められるのである。本準則によれば、すべての沿岸権者の合理的必要性を満たすための水が不足している場合には、沿岸権者が所有する土地の面積に基づいた沿岸権者の権利に比例して、すべての沿岸権者の水利用が減縮されることになる。

西部諸州の裁判所は、沿岸権の行使に関連して合理性 (reasonableness) の概念を再定義した。東部諸州においては、水利用が合理的か否か、または他の沿岸権者の水利用について不合理な損害が生じているか否かは、純粹に相対的な概念によって判断されてきた⁽⁴⁷⁾。そこでは、裁判所は、ある水利用によってもたらされる利益とそれと競合する水利用に対する損害、そして社会全体に対する利害について利益衡量しなければならぬ。かかる利益衡量は、新しい利水者が競合の中に参入してきた場合のみならず、同利水者間であったとしても競合している水利用の相対的価値が変化したと考えられる理由が存する場合には、全体的に再評価されなければならないのである。

このような沿岸権に関する合理的利用の概念の特徴は、水利用の権利を不安定にするものであり、慢性的な水不足のため紛争が絶えない西部地域に沿岸権が適応しないとされる最大の理由でもある。そこで、西部諸州は、抽象的

な合理的利用の概念を再検討することによって沿岸権の不安定性の問題を解決しようとしたのである。

カリフォルニア州最高裁判所は、一八八六年の「*Me*」判決において、現実の損害がなかったとしても沿岸権は後発の専用者による分水を禁止すると判示し、沿岸権主義を確立した。そして、一九二六年には *Herninghaus v. Southern California Edison Co.* (46) 判決が出され、カリフォルニア州憲法に大きな影響を与えた。当該判決の事案は、サンウォーキン川 (San Joaquin River) の沿岸地所有者である原告は、この河川の洪水によって土地を灌漑していたが、本河川の上流に水力発電所を建設しようとした被告に対して、発電所の建設は原告から自然による土地の灌漑を奪うことになることと訴え、発電所建設の禁止が認められたものである。ここでは、洪水による灌漑と他の水利用について利益衡量されることなく、水および電力供給の管理ならびに洪水調整のためのダム建設と対立する、低コストで効率の低い水利用を主張する原告が勝訴した。本判決においては、合理的利用のルールと自然流水の理論のどちらがこの場合の事実適合するかという点ではなく、専用がなされる前に合法的に取得した土地の沿岸権者の水利用に反するということがそれ自体で、いかなる専用も不合理であるという沿岸権主義の準則が見出せるのである。

Herninghaus 判決は、一九二八年のカリフォルニア州憲法の修正を導出した。(47) すなわち、当該修正憲法は、水利権について有益の利用 (beneficial use) のために合理的に要求されるべき水の利用に制限されると規定したのである。(48) この修正が水利用の合理性について従前通りの言及に留まっていたならば、*Herninghaus* 判決の結論に変化をもたらさないうであろう。なぜならば、本判決において用いられた伝統的判断基準では電力会社の専用目的について考慮されていなかったからである。(49)

本修正は、専用者の地位に変更を加えるのではなく、沿岸権者の地位を変えることにその目的がある。それゆえ、州最高裁判所は、当該修正について、沿岸権者または専用者の競合する水利用の価値を考慮することなしに、沿岸権者の水利用の合理性に関する客観的評価を説示したものと理解したのである。(50) このような沿岸権者の水利用の合

理性について客観的に評価する見解は、合理的・有益の利用のルール (reasonable-beneficial use rule) と呼ばれている。⁽⁴⁷⁾

水利の合理性という抽象的概念は、少なくとも沿岸権者の浪費の利用を排除していると解すべきである。しかしながら、ある沿岸権者の浪費の利用の概念は、他の沿岸権者の有益の利用の概念と頻繁に重なり、曖昧さを払拭できない。合理性の抽象的判断基準によって水利が浪費的と判断されることの実質的な機能は、主張された沿岸権に基づく水利が不合理であるゆえにそれを正当な沿岸権として認定できないという結論を導くことである。

このような抽象的概念によるアプローチは、複数の共存しえない水利がすべて合理的であると判断された場合には、期待された機能を果たせない。そこで、カリフォルニア州最高裁判所は、相互の特別な水利の利点を評価することよりも利用可能な水を単純に比例配分することによって合理性という抽象的概念に頼ることを回避しようとしてきた。⁽⁴⁸⁾ しかしながら、比例配分された水量が主張された水利の量に対して少なすぎる場合には、同州の裁判所は、より困難かつ不安定な合理性の抽象的判断基準に従わなければならないのであったのである。⁽⁴⁹⁾

注

- (47) See Beck, op. cit., §7.02 (d).
 (48) この合理性の概念が、専用主義における有益の利用 (beneficial use) の概念と同質のものである。
 (49) 200 Cal. 81, 252 P. 607 (1926).
 (50) Hutchins, op. cit., p. 63.
 (51) Cal. Const. art. X, §2.
 (52) Beck, op. cit., p. 398.
 (53) Joslin v. Marin Mun. Water Dist., 67 Cal. 2d 132, 429 P. 2d 889 (1967); Tulare Irrig. Dist. v. Lindsay-Strathmore Irrig. Dist., 3 Cal. 2d 489, 45 P. 2d 972 (1935).
 (54) See Tarlock, op. cit., §3.15; Maloney, Capehart and Hoffman, "Florida's 'Reasonable Beneficial' Water

Use Standard: Have East and West Met?”, 31 U. Fla. L. Rev. 253 (1979).

(55) Prather v. Hoberg, 24 Cal. 2d 549, 150 P. 2d 405 (1944); *Herringshaus v. Southern Cal. Edison Co.*, 200 Cal. 81, 252 P. 607 (1926), 275 U. S. 486 (1927). 同州最高裁判所は、何が不合理なのかを決めるための基準として

(56) *People v. Formi*, 54 Cal. App. 3d 743 (1976); *Carlsbad Mun. Water Co. v. San Luis Rey Dev. Co.*, 78 Cal. App. 2d 900, 178 P. 2d 844 (1944).

第四節 権利の喪失・放棄、譲渡および取得時効

混合主義を採用する法域では、沿岸権を消滅または縮小させるための方法として、その権利の喪失 (forfeiture)・放棄 (abandonment) および譲渡 (conveyances) に関する準則が考案されてきた。沿岸権の不行使による喪失または放棄は、純粋な沿岸権主義のもとにおいては概念的に不可能であったが、カリフォルニア州、ネブラスカ州およびオクラホマ州を除く混合主義の州は、期限日以前に行使されていなかったすべての権利を消滅させるために、未行使沿岸権についての消滅期限日を制定法によって規定した。また、ほとんどの混合主義の法域は、期限日以降に未行使であった既得の沿岸権についても消滅させる政策を支持してきた⁽⁵⁷⁾。ワシントン州は、許可を受けていないすべての水利権について一九七四年六月三〇日までに登録するか、または放棄するかを求めた⁽⁵⁸⁾。混合主義のもとにおいては、三年間の権利喪失期間を定めている州が多いが、専用主義のコロラド法⁽⁵⁹⁾を採用する法域では、五年間の期間を規定しているところが大部分である。このように、混合主義の州における権利の喪失に関する政策は、純粋な専用主義の州におけるそれより積極的な態度を示しているといえよう。

カリフォルニア州は、他の混合主義の州より沿岸権を保護する立場にたっている。同州最高裁判所は、*Tulare Irrigation District v. Lindsay - Strathmore Irrigation District*において、沿岸権の放棄に関する州制定法について

て憲法に反する財産権の収用にあたると判決した⁽⁸⁰⁾。また、当該裁判所は、土地に付随しない譲与 (nonappurtenant grant) について他の沿岸権者に対して無効であると判断しているように、沿岸権の譲渡に関して極めて制限的な見解をとっている⁽⁸¹⁾。つまり、沿岸権と土地所有権との関係を密接に解し、土地所有権の権能がその土地上の水利用まで及ぶという考え方を基点として水利権を捉えているといえよう。この観点からのアプローチは、地下水の利用ルールについても見出せる。すなわち、地下水の上にある土地 (overlying lands) の所有者のすべては、地下水盆 (water basin) について公平な共有を主張しうる相関権 (correlative rights) を有していると解する相関権のルールは、地下水が土地所有権に従属することを前提としているのである⁽⁸²⁾。このように、土地所有権との関係性を重視して水利用のルールを導き出すカリフォルニア州の立場は、混合主義の法域の中においても特徴的である。

混合主義の大部分の州は、沿岸権に対する取得時効 (prescription) について認めている。取得時効の可能性については、カリフォルニア州において広く議論された。同州最高裁判所は、*People v. Shirokow* において公的権利 (public rights) は取得時効によって消滅しえないという理由によって、専用されていない地表水に対する取得時効の適用を否認した⁽⁸⁴⁾。当該事案は、州に対する取得時効の請求に関するものであったが、私人間における取得時効については平等に適用されるべきであると解されている⁽⁸⁵⁾。本判決は、取得時効を否定する旨の制定法上の規定を欠いているにもかかわらず、このような判断を下した点に意義がある⁽⁸⁶⁾。

注

(80) *United States v. Ahtanum Irrig. Dist.*, 330 F. 2d 897 (9th Cir. 1964), 381 U. S. 924 (1965); *Cundy v. Weber*, 68 S. D. 214, 300 N. W. 17 (1941); *In re Medina River*, 670 S. W. 2d 250 (Tex. 1984); *Alaska Stat.* § 46.15.140; *N. D. Cent. Code* §§ 61-04-23 to 61-04-25; *Okla. Stat. Ann. tit. 82, § 105.17*; *Or. Rev. Stat.* §§ 539.010, 540.610; *Wash. Rev. Code* §§ 90.14.130 to 90.14.210.

(81) *Wash. Rev. Code Ann.* § 90.14.071. See the *Water Rights Adjudication Act*, *Tex. Water Code Ann.*

§§ 11.301 to 11.341.

- (5) 西部の混合主義以外の八州は、沿岸権主義の要素を取り入れない純粋な専用主義の理論に従っている。これをコロラド法理と呼ぶ。コロラド法理の詳細については Tarlock, *op. cit.*, §5.03 [4] 及び Beck, *op. cit.*, §8.02 [b] 参照。
- (8) 45 P. 2d 972, 989 (1935).
- (15) Parker v. Swett, 188 Cal. 474, 205 P. 1065 (1922); Duckworth v. Watsonville Water & Light Co., 150 Cal. 520, 89 P. 338 (1907).
- (22) アメリカの地下水の利用ルールについては、拙稿「アメリカ水法における地下水の利用ルール」創価法学三〇巻一・二号 一四一頁以下参照。
- (23) Gavin M. Craig, "Prescriptive Water Rights in California and the Necessity for a Valid Statutory Appropriation," 42 Cal. L. Rev. 219 (1954); Russell R. Kletzing, "Prescriptive Water Rights in California: Is Application a Prerequisite?" 39 Cal. L. Rev. 369 (1951).
- (75) 605 P. 2d 859, 866 (1980).
- (98) Craig, *op. cit.*, pp. 241-242.
- (99) Beck, *op. cit.*, p. 403.

第四章 沿岸権と専用権の調整

第一節 沿岸権と最先発の専用権

専用主義のもとにおいて、水不足のときに誰が水を利用できるかは、一時的な優先権に基づいて決められる。これに対して沿岸権主義では、競合する水利用の相互を調整することによって、または他の水利用に不合理的に侵害をも

たらしめた水利利用を消滅させることによって、水利利用者間の争いを解決している。混合主義の諸州においては、水利利用に関する争いで水利利用者が有している権利が同じ類型である場合には、比較的容易に優劣を決めることができる。すなわち、沿岸権者相互の間では、合理的利用の理論を公平に適用することによって、また専用権者相互の間では、時に先んずる者は権利においても優先する (*first in time, first in right*) との準則を適用することにより、原則的に問題を解決することができるのである。

しかし、水利利用者が有している権利が異なる類型である場合、つまり一方の水利利用が沿岸権に基づいており、他方の水利利用が専用権に基礎をもつものである場合においては、水利利用者間の争いを解決することは、双方の権利が別異の法制度に基づいた概念であるため非常に困難な問題となる。このように二つの異なった権利概念を混在させながら、両者の調整をするためには、一方の水法制度の権利を優先的に取扱い、他方の水法制度の権利を優先からはずれたものとして扱うことが必要である。現在、混合主義の諸州は、専用権が概念的に優先すると解する州（アラスカ州、カンザス州、ノースダコタ州、オレゴン州、サウスダコタ州、テキサス州およびワシントン州）と、沿岸権が概念的に優先性を有するとする州（カリフォルニア州、ネブラスカ州およびオクラホマ州）に分けられる⁽⁸⁸⁾。

多数の混合主義の法域は、沿岸権についての必要性を誤解していたので、専用権を優先させるといふ理論を進展させた⁽⁸⁹⁾。そこで、専用権を優先させる州において、沿岸権は専用主義のもとでどのように位置づけられるかが問題となる。これらの諸州の裁判所は、生き残った沿岸権を一定の優先期限日を伴う専用権として取扱った。つまり、沿岸権についての一定の優先期限日は、沿岸権から専用権への形式的移転を意味する、沿岸権の消滅期限日であると解したのである⁽⁹⁰⁾。このように解釈すると、複数の沿岸権が同一の優先期限日を有していることになるから、合理的利用という不安定な沿岸権の概念が沿岸権相互間の優劣を判断するための唯一の基準となるのである。

専用権が優先的に扱われる州においては、沿岸権の消滅期限日より以前の優先期限日を伴う専用権の存在が事態を

複雑にしている。このような専用権は、一般的に私的所有権を取得するために沿岸地が合法的に占有される以前に専用権が成立していた場合にのみ、沿岸権に優先することができるのである。⁽⁷¹⁾ それゆえ、オレゴン法理のもとにおいては、沿岸地所有者は、次の二つの基準に従って専用者と優劣を争わなければならない。すなわち、第一に、沿岸地が公有地でなくなった日と沿岸権の消滅期限日より前に専用者が専用し始めた日との先後関係であり、第二に、消滅期限日における沿岸権の範囲とその後始めた専用の範囲との比較衡量である。⁽⁷²⁾

注

(67) 家事用および家畜用の水利用について沿岸権の優先性を認める州は、他にいくつか存在する。

(68) Beck, op. cit., p. 404. 大枠では、このような区分ができるが、沿岸権と専用権の詳細な調整の形態は各州によって多種多様である。

(69) In re Deschutes River, 134 Or. 623, 286 P. 563, 294 P. 1049 (1930), 290 U. S. 590 (1933).

(70) Beck, op. cit., p. 405.

(71) Sturr v. Beck, 6 Dakota 71, 50 N. W. 486 (1888), 133 U. S. 541 (1890); Clark v. Allaman, 71 Kan. 206, 80 P. 571 (1905); Frizell v. Bindley, 144 Kan. 84, 58 P. 2d 95 (1936).

(72) Beck, op. cit., p. 405.

第二節 専用権と非沿岸権者の許可的利用

カリフォルニア州は、前述の理論とは別の解釈を展開させた。すなわち、沿岸権を専用権に優先するものとして扱い、専用を非沿岸権者の許可的利用として位置づけたのである。同州最高裁判所は、沿岸地が合法的占有によって公有地でなくなる前に成立した専用を沿岸権の前に与えられたもの、つまり沿岸権より優先する水利用として理解した。⁽⁷³⁾ 当州の混合主義のもとでは、このような専用権については分水が公有地上でなされた場合にのみ成立を認めてきたか

ら、かかる専用権が成立する可能性は制限されている。

沿岸地が最初に私人に譲渡された後に専用を始めた者は、制定法によってその専用に権限が与えられた場合には合法的に専用権を有するものとして考えられる。このような水利用は、それが沿岸権者の水利用を侵害したとき、そのこと自体で不合理とされる抗弁可能な非沿岸権者の水利用である。⁷⁴ カリフォルニア州憲法が一九二八年に修正されるまでは、沿岸権者の水利用が侵害を被らなかつたとしても、非沿岸権者の水利用はそれ自体で不合理であるとして禁止されるという伝統的な沿岸権の法理が適用されてきた。当該法理によれば、たとえ沿岸権者の水利用が専用の何年も後に始まった場合であつたとしても、先発の専用者の水利用は後発の沿岸権者の水利用に常に劣後してしまうことになるのである。

カリフォルニア州においては、沿岸権と専用権双方を同時に主張できることがよけいに状況を複雑にしている。つまり、同州では、専用主義を採用する裁判所においては沿岸権に基づく訴えをなすことを禁ずるといふオレゴン法理について適用することを拒絶したのである。

ネブラスカ州最高裁判所は、一九六六年の *Wasserburger v. Coffey*⁷⁵ において、消滅期限日以前に私人へ最初に譲渡した土地に付随する未行使沿岸権に関して継続的有効性を認めただのみならず、競合する専用権を沿岸権に優先する合法的な非沿岸権者の水利用として位置づけた。そして、合法的な非沿岸権者が有する優先性は、他の水利用者に対する各水利用者の合理性を検討することによって決定されなければならないと説示したのである。⁷⁶ この解釈については、非沿岸地での水利用はそれ自体で不合理であるとしてすべての沿岸地上の水利用に対して劣後するという伝統的な沿岸権の見解を否定しつつ、沿岸権主義の立場から専用権を構成したものであると考えられる。さらに、当該州最高裁判所は、一八九五年の消滅期限日以前に公有地が私人に譲渡されたことの立証なくして沿岸権についての訴えを認めるにいたつた。⁷⁷

近時までは、カリフォルニア州およびネブラスカ州のみが、沿岸権を優先的に扱う態度を示していたが、一九九〇年にはオクラホマ州最高裁判所もこの立場を支持することになった。⁽⁷⁶⁾

注

- (73) McKinley Bros. v. McCauley, 215 Cal. 229, 9 P. 2d 298 (1932); Joerger v. Pacific Gas Co., 207 Cal. 8, 276 P. 1017 (1929); San Joaquin & Kings River Canal & Irrigation Co. v. Worswick, 187 Cal. 674, 203 P. 999, 258 U. S. 625 (1922).
- (74) Tulare Irrig. Dist. v. Lindsay-Strathmore Irrig. Dist., 3 Cal. 2d 489, 45 P. 2d 972 (1935).
- (75) 180 Neb. 147, 141 N. W. 2d 738 (1966).
- (76) 141 N. W. 2d 738, 745-746 (1966).
- (77) Brummond v. Vogel, 184 Neb. 415, 168 N. W. 2d 24 (1969).
- (78) Franco-American Charolaise, Ltd. v. Oklahoma Water Resources Bd., 855 P. 2d 568 (Okla. 1990).

第五章 むすび

沿岸権と専用権が共存する混合主義を採用する法域にとって最も問題となるのは、両権利をどのように調整するか、ということである。水が流れている土地に水利用の根拠を求める沿岸権と、土地所有権と分離させて水の利用に成立の基礎を置く専用権とは、本来、両立しえない概念である。両権利の抵触が如実にあらわれるのは、未行使の沿岸権者と専用権者との関係においてである。すなわち、沿岸権者は以前より権利を行使していなかったが、ある日突然、その権利を行使したことにより、専用権者の権利を侵害してしまった場合において、専用権者は引き続き権利を主張できるという保証はない。かかる権利の不確実性は、大規模な水事業計画を企てようとする専用権者に対して不安を

与えることになる。そこで、混合主義の大部分の州は、制定法によって未行使の沿岸権を消滅させることにしたのである。権利の不行使によって土地所有権に付随する沿岸権を消滅させることは、そもそも純粹な沿岸権主義のもとにおいては概念的に不可能であったが、専ら専用権との調整を図る目的で許容されたのである。したがって、制定法による未行使沿岸権の消滅は、両権利の調整のために伝統的な沿岸権の枠を越えて形成された考え方であるといえよう。また、沿岸権の対象となる土地および水の範囲を狭く解釈したり、合理的利用ルールに客観性および安定性を付与した合理的・有益の利用ルールについて論及することも、結局は、沿岸権と専用権の共存法理の一側面として理解することができるのである。

専用主義のもとにおいて、水不足のときに誰が水を利用できるかは、一時的な優先権に基づいて決められる。これに対して沿岸権主義では、競合する水利用の相互を調整することによって、または他の水利用に不合理的に侵害をもたらしただけの水利用を消滅させることによって、水利用者間の争いを解決している。混合主義の諸州においては、水利用に関する争いで水利用者が有している権利が同じ類型である場合には、比較的容易に優劣を決めることができる。すなわち、沿岸権者相互間では、合理的利用の理論を公平に適用することによって、また専用権者相互間では、時に先んずる者は権利においても優先するとの準則を適用することにより、問題を解決することができるのである。しかし、水利用者が有している権利が異なる類型である場合、つまり一方の水利用が沿岸権に基づいており、他方の水利用が専用権に基礎をもつものである場合においては、水利用者間の争いを解決することは、双方の権利が別異の法制度に基づいた概念であるため非常に困難な問題となる。このように二つの異なった権利概念を混在させながら、両者の調整をするためには、どちらか一方の権利概念に軸を置いて構成することが必要であると考えられる。すなわち、一方の法制度の権利を優先的に取扱い、他方の法制度の権利を優先からはずれたものとして扱うことにするのである。現在、混合主義の諸州は、沿岸権が概念的に優先するとする法域（カリフォルニア州、ネブラスカ州およびオクラホ

マ州)と、専用権が概念的に優先すると解する法域(アラスカ州、カンザス州、ノースダコタ州、オレゴン州、サウスダコタ州、テキサス州およびワシントン州)とに分けられる。

沿岸権を優先させる法域では、土地所有権に付随している沿岸権を実質的な水利用の根拠として解しているが、専用権を優先させる法域においては、沿岸権は形骸化している。したがって、前者の諸州は、混合主義というよりは沿岸権主義に従い、後者の諸法域は、専用主義に属していると解される余地がある。⁽⁹⁾しかし、前述したように沿岸権と専用権を並存させるための法理が確立していると考えられるので、両者の諸法域とも混合主義に従っていると解すべきであろう。

各州の混合主義について考察すると、沿岸権と専用権を両極にして、どちらか一方の権利に基軸を置いた水利権の構成を探っている。具体的には、沿岸権が優先する州では専用を非沿岸権者の許可的利用として位置づけ、専用権が優先する法域では沿岸権を優先期限日を伴う専用権として解している。つまり、基軸を置いた権利中心に解釈するため、それと抵触する権利については基軸を置いた権利に読み替えるという努力がなされてきたのである。このように考えると、沿岸権と専用権の共存法理の特色は、水利権について両権利のどちらか一方に基軸を置いて解釈する点にある。そして、一方の権利に基軸を置いた水利権の構成といっても、結局のところは土地所有権の権能をどこまで及ぼすかという問題に帰着するように思われる。したがって、各法域における混合主義の特徴は、水利用と土地所有権との関係性をどの程度認めるかという政策的価値判断に委ねられているといえよう。

注

(79) 混合主義の位置づけは、研究者によって様々である。当該主義について、Bogert前掲書では「第一巻第二部 沿岸権主義」の中で、Tarlack前掲書では「第五章 専用主義」の中で、板橋前掲書では「第一章第三節 専用権」の中で取扱っている。一方、Getches前掲書においては、「第四章 混合主義および他の形態」として独立した章立ての中で解説している。