

〈論 説〉

アメリカ水法における 専用権の譲渡に関する法理

— 権利侵害禁止のルール of 適用をめぐる —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 専用権の譲渡に関する法理
 - (1) 水利権の譲渡の定義
 - (2) 専用権の要素としての有益の利用
 - (3) 権利侵害禁止のルール
 - (4) 消費的利用の増加と権利侵害
- 3 灌漑システムの改良と権利侵害禁止のルールの適用

— Montana v. Wyoming の分析

 - (1) 判決の概要
 - (2) 専用権者相互間の優劣関係
 - (3) 権利侵害禁止のルールの適用範囲
 - (4) 地表流水および浸透水に関する再捕捉の法理
 - (5) 有益利用の定義
- 4 むすびにかえて

1 はじめに

自然環境保護の観点から、ダム・河口堰建設等の水資源開発のあり方が見直される一方で、水供給の基盤となる水資源の乏しい地域が存在する。このような地域にあっては、水の安定供給を水資源の開発のみに求めるのではなく、限られた水資源をどのように利用するかという、水資源の再配分のあり方を検討する必要がある。

アメリカ合衆国においては、限られた水資源を再配分 (reallocation) するた

めの法理論として、水利権に関する譲渡 (transfer)、変更 (change)、交換 (exchange) および水市場 (water market) 等がある。なかでも、水利権の譲渡およびその変更は、水資源の再配分の典型的手法として認識されている。アメリカ西部で発展してきた水利権の譲渡およびその変更は、乾燥地域における水資源の効率的な再配分システムを支える法理論として注目されてきたのである。水資源の有限性を確知するアメリカ西部の諸州は、新しく水を確保する手段として、既存の水利権を新たな水利用のために譲渡することを条件付きで認めている。

新規の水利用の有用性が既存の水利用のそれを上回る場合には、既存の水利権を新規の水利用のために譲渡することは、より説得力がある。また、水資源開発に対する多額の投資およびそれに伴う環境破壊を考慮すると、水利権の譲渡によって水を再配分するほうが、経済的負担および環境負荷は圧倒的に少なくてすむ。このような理由が存在するにもかかわらず、アメリカ西部の諸州は水利権の譲渡を無条件には認めていないのである。

その論拠として、水利権の譲渡の際に生じる法理論上の障害があげられる。すなわち、第一に、譲渡が他の水利権を侵害するか否かという、他の権利との関係性の問題であり、第二に、譲渡が認められる水量に関する課題であり、第三に、水利権を喪失しているか否かという、権利の存否についての論点である。¹⁾

本稿は、アメリカ西部で専用主義を採用する法域における水利権の譲渡、いわゆる専用権の譲渡に関する法理について考察する。²⁾ 具体的には、まず、水利権の譲渡の定義を明らかにしたうえで、前述の水利権譲渡の際の法理論的な問題点を意識しながら、専用権の要素である有益の利用の概念および専用権の譲渡に関する法理の中核をなす権利侵害禁止のルールの内容を解明するとともに、同準則の違反をめぐる問題となった最近の判例を分析することによって当該ルール³⁾の適用の射程について考究する。

2 専用権の譲渡に関する法理

(1) 水利権の譲渡の定義

水利権の譲渡については、水利権の全てあるいはその一部における物理的

(physical) または所有 (ownership) の変更と定義するのが一般的である。詳細には、「譲渡は、ある水利利用者から他人への水利権の移転または専有権保持者による利用場所もしくは利用類型の変更をいう。」⁴⁾と説明されたり、「水利権の議論において一般的に用いられるように、その譲渡は、ときとして付随的に分水地点の変更を要求する、利用場所の変更および（または）利用目的の変更を指す。」⁵⁾と説述されたりする。さらに、「『譲渡』の概念は、分水地点、利用場所、利用の性質または水利権の期間における変更として用いられている。」⁶⁾と説示される場合もある。しかし、より本質的には、「『譲渡』は、典型的に所有における変更を示す。」⁷⁾と言及されているように、水利権の譲渡の概念は、水利利用の権原 (title) における移転 (conveyance) または他の変更 (alteration) を意味するのである。⁸⁾

灌漑地の移転を伴う水利権の譲渡は、単純な譲渡であり、行政または司法上の承認 (approval) を必要としない。なぜなら、水利権に物理的な変更がないからである。一方で、土地の財産権 (estate) から分離された水利権の譲渡は、利用場所、供給源、利用期間、分水地点、利用目的、貯留場所もしくは還元地点の変更またはこれらの複合的な変更である。

水利権者が分水地点を変更したり、または行政当局が水資源を保護するために利用方法の変更を命じる場合のように、ある変更が単独で譲渡を生じさせることもある。このような変更または譲渡は、通常、行政あるいは司法上の承認を要求され、ときとして農業用から都市用、工業用、鉱業用、レクリエーション用もしくは生態系保全用のために水利利用が変更されることもある。なお、水利権の交換は、水利権またはその一部分の取引であり、そのほとんどは、ひとつあるいはそれ以上の、一種の変更であるから、行政もしくは司法上の承認が求められることになる。⁹⁾

本稿では、水利権の譲渡について、分水地点、利用場所または利用目的等の変更を含意する、水利利用の権原における移転を中心とした概念として捉えることとする。

(2) 専有権の要素としての有益の利用

専用主義における水利権、いわゆる専有権について、その本質的要素は水利

用の優先的地位と有益の利用 (beneficial use) の考え方にある¹⁰⁾。そこで、はじめに有益の利用の概念について検討する。専用権を成立および存続させるための中核的要件は、水の物理的専用と水の有益の利用の継続である。したがって、専用権は、水が有益の利用のために専用された時点を基準として成立することになる。

しかし、水不足のときには、後順位専用権者は自らが権利者として水利用に関する完全な権原の効果享受できなくなる可能性がある。このような場合には、沿岸地の所有権に水利用の基盤を置く沿岸権が有する、コモン・ロー上の形式的かつ公平な共有の概念は存在しないのである¹¹⁾。それゆえ、後順位専用権者は、渇水時における権利の縮減のリスクをあらかじめ認識していることになる。

水の有益の利用は、少なくとも浪費的ではない水利用のことである。このような有益の利用に関する見解は、水利権を非浪費の利用に限定することになるから、何らかの水の有効利用を促すことにはなるが、水の効率的利用を推進することには繋がらない。有益の利用は、むしろ専用権の譲渡において重要な機能を果たしている。すなわち、それは権利の存続についての基準となり、譲渡が可能な水量を明確にするのである。専用権者は、ただ単に書類上の資格 (paper entitlement) を譲渡できるのではなく、実際に (actually) かつ旧慣上 (historically)、継続的 (continuously) に利用されてきた水の総量 (amount of water) を確定させ、その総量につき譲渡できるとされる¹²⁾。そして、この専用権譲渡の手続きにおいて、譲渡される水の総量が実際に有益の利用にあてられてきたことを、譲渡人が立証しなければならないのである¹³⁾。

有益の利用の概念には、二つの要素が存在する。第一に、特定目的の水利用が有益の利用として認められていることを要する点である。すなわち、家庭用、農業用、工業用、鉱業用またはレクリエーション用のような特定目的の水利用が、各州の制定法または判例法によって有益の利用として認められている必要がある。第二に、有益の利用は特定の水利用のために必要とされる水の総量に制限される点である。

第一の点については、水利用の変更によって生じる新たな利用が、有益の利用でなければならないことを意味する¹⁴⁾。たとえば、水を流す権利を貯留する

権利に変更することは、その貯留が有益の利用に適わない限り認められないことになる。有益の利用に関する要請は、ほとんどの再配分に関して容易に適合するが、水利用の優先順位を定めた制定法がある法域においては、問題が生じる。¹⁵⁾ ネブラスカ州では、流域内の水の再配分について「現在の水利用と同一の優先順位の範疇における水利用」でなければならないと定める一方で、¹⁶⁾ 渇水時には、家庭用の水利用は他の全ての利用に対して優先し、また農業用の水利用は工業用の利用に対して優先するとして、水不足時の優先順位を規定している¹⁷⁾のである。

第二に、有益の利用のための必要水量に関しては、水は浪費されてはならないという命題が含意された黙示の制限がある。たとえば、Weibert v. Rothe Bros.¹⁸⁾ は、「水利権の所有者は、後順位専用権者に対して水を浪費するような権利、すなわち有益的に利用するより多くの水を分水するような権利を有してはいない。」¹⁹⁾と判示する。

水利権は、旧慣上の有益の利用 (historic beneficial use) と同義であり、上限については決定的なものであるが、²⁰⁾ 水の浪費 (waste)、未利用 (nonuse) もしくは放棄 (abandonment) の結果として、水利権が縮減または喪失されることもある。したがって、このような浪費および旧慣上の水利用に関する問題は、誤用 (misuse)、未利用および放棄と同様に、再配分の申立ての時に行政当局または裁判所によって適切に考慮されるのである。²¹⁾

再配分の手続きにおいて水が利用されていないと判断された場合には、水利権を喪失することになる。*In re Applications T-61 and T-62*²²⁾は、申立人が自分の土地の一区画から別の区画に毎秒1立方フィートの水利用に関する場所の変更を求めたところ、水が利用されていないため水利権を喪失しているとして、その申立てを否定した。ネブラスカ州最高裁判所は、「水の未利用によって喪失された水利権は、存在していないし、譲渡することもできない。」²³⁾と判示したのである。

いくつかの州においては、地方公共団体といえども、譲渡の対象となった水利権について水が有益的に利用されていないことを根拠に、権利が消滅していると解されている。²⁴⁾しかし、都市については、水が利用されていないとの理由で権利を喪失させるのではなく、合理的に予期された将来の需要に応じた貯留

のための水利権を取得することができるとするのが一般的である。²⁵⁾

水が浪費または誤用されていた場合には、再配分の手続きにおいて水利権が縮減される。Pueblo West Metropolitan District v. Southeastern Colorado Water Conservancy District²⁶⁾は、分水地点および利用場所の変更に際し、水利権が消費的利用に基づいて再定量化され、縮減されることについて、つぎのように判示する。

「ひとたび専用権者が水利権を変更する特権を行使したならば、……その専用権者は実際の旧慣上の消費的利用 (actual historical consumptive use) に基づいた水利権の再定量化 (requantification) の事実上の危険 (real risk) に晒されることになる。このような変更の手続きにおいて、それが存在する間、厳格に管理されていたであろう……後順位水利権は、この権利が相対的に制限された実際の旧慣上の利用 (actual historical use) であるから、十中八九、より少ない水量に縮減されるであろう。²⁷⁾」

要するに、分水地点および利用場所の変更によって水利権が再定量化され、その分水が厳格に管理されていたならば許容されていたであろう水量まで、水利権が縮減されることになると論及するのである。²⁸⁾

(3) 権利侵害禁止のルール

専用権の譲渡は、それによって他の専用権者の権利が侵害されない場合にのみ許される。専用権の譲渡によって影響を受けうる他の専用権者の立場から換言するならば、専用権者はその専用時に存在した水流の状態を実質的に維持する既得権を有すると解されるのである。²⁹⁾このような他の専用権者の権利を侵害しないように水の再配分がなされなければならないことを、権利侵害禁止のルール (no-injury rule) という。

権利侵害禁止のルールの起源は、カリフォルニア州における1860年のKidd v. Laird³⁰⁾に遡ることができる。本判決は、先順位専用権者が分水地点を原告である後順位専用権者のそれより上流に変更した事案である。当州最高裁判所は、先順位専用権者の優先権を保護するために、水利用を変更する権利について広く解釈するとともに、財産権に関する法理に留意しつつ、専用権譲渡の唯一の制限は、譲渡された水利用が他人の権利に対して「侵害的結果 (injurious

consequences)」をもたらさないことであると判示した。³¹⁾すなわち、専用権の譲渡によって他の専用権者の権利が侵害されてはならないと定式化したのである。別言すれば、他人の権利に対する不当な侵害が存在しないときは、水利用の変更は合法であり、かつ妥当であると言及したといえよう。³²⁾

また、同ルールについて、Farmer's Highline Canal & Reservoir Co. v. City of Golden³³⁾は、後順位専用権者の権利保護を強調して、以下のように説述する。

「後順位専用権者は、それぞれの専用の時点で存在した水流の状態を維持する既得権 (vested rights) を有し、そして……その専用の後においては、実質的に権利侵害をもたらし、あるいはそれに影響を与える、分水の地点およびその水源からの水の利用に関するあらゆる変更に対して首尾よく対抗できるのである。」³⁴⁾

本判示部分は、後順位専用権者の権利を実質的に侵害する水利用の変更はその専用権者の既得権に対抗できないと論及する。つまり、後順位専用権者は、先順位専用権者より劣後の地位に置かれていたとしても、先順位権利者の行為によって侵すことのできない権利を有することについて説示しているのである。

一般的に、権利侵害禁止のルールは、全ての専用権者を権利侵害から保護するものであるとされているが、判例理論を厳密に解釈するならば、本来、当準則は後順位専用権者の権利を保護するルールであり、他方、先順位専用権者の権利は専用主義における優先順位の準則によって保護を受けると解されるべきである。³⁵⁾それゆえ、権利侵害禁止のルールは、還元される水流を基礎に成立する後順位専用権を保証することによって、水資源のより完全な活用を促進するための準則であると評されているのである。³⁶⁾

当該ルールは、判例法により確立されたものであるが、現在では、アラスカ州を除く全ての専用主義の法域において制定法によって規定されている。³⁷⁾

(4) 消費的利用の増加と権利侵害

水の再配分の許否に関する重要な判断要素は、専用権者による水の消費的利用 (consumptive use) の増加が、他の専用権者、とくに後順位専用権者の権利を侵害することになるか否かである。この意味において、消費的利用の概念

は、他の専用権者等の第三者への影響を内在化していると指摘されている。³⁸⁾

消費的利用とは、取水時より少ない水量が水流に還元される場合の分水であり、灌漑作物による蒸散または工業用、製造用、発電用もしくは都市用の水利利用により消費され、水流から物理的に減少した水量の利用である。³⁹⁾ また、消費とは、水流に還元されない全ての水であると解される場合もある。⁴⁰⁾

専用権者は、水の再配分によって旧慣上の消費的利用 (historic consumptive use) を増加させ、他の専用権者の権利を侵害することはできない。⁴¹⁾ 供給源から取水し、かつそこに還元されない水の量を増加させるいかなる行為も、旧慣上の消費的利用の増加をもたらすと解されるのが一般的である。このような旧慣上の消費的利用の増加をもたらす行為を排除する見解は、専用権者がその専用時に存在した水流の状態を維持する既得権をもつという法理に、その論拠を求めることができる。⁴²⁾

旧慣上の消費的利用は、水利用の状況によって全く変化する。たとえば、水を河川から採取し、別の流域における水利用のためにそれを譲渡した場合には、供給源のある流域に還元される水流は存在しないため、100%の水が旧慣上の消費的利用であると解される。これに対し、河川に接する土地の一区画を灌漑するために、その河川から水を採取した場合には、分水された水の旧慣上の消費的利用は、発散で消失した灌漑のための水の総量と、植物組織に保持されたほんの少しの水量を加えたものと解されるのである。⁴³⁾

灌漑用水の再配分の場合には、旧慣上の消費的利用の水量は、灌漑作物、水利権の相関的優先性、利用可能な自然の降雨量および作物によって消費される水量の観点から決定されねばならない。一般的に、越流灌漑 (flood irrigation) における消費的利用は分水量の40%から60%であり、他方、スプリンクラー (散水装置) による灌漑や点滴灌漑 (drip irrigation) は分水量の80%から95%の水を消費するとされている。⁴⁴⁾

消費的利用について言及した代表的判例は、*In re Application for Water Rights of Certain Shareholders in Las Animas Consolidated Canal Co.*⁴⁵⁾ である。⁴⁶⁾ 本件は、電気事業者と水路会社の多数の株主が水利用の目的、利用場所および利用方法の変更を申立てた事案である。コロラド州最高裁判所は、旧慣上の消費的利用に関して申立人側の専門家によって作成されたウィーラー

報告書 (Wheeler Report) の調査結果を採用し、申立てを肯認した。本裁判所は、旧慣上の実際の消費的利用について、以下のように説述する。

「ウィーラー報告書は、輪番も含め、当該秩序を特徴づけている歴史的慣例 (historic practices) について説明し、そして、連結された運河の水門における大量の分水を最初に測定した後で、移動損失、灌漑効率、還元水流の類型および土壌水分の含有量を考慮し、『実際の消費的利用 (actual consumptive use)⁴⁷⁾』を決定することによって、水流の分水および実際の消費を調査するのである。」

要するに、再配分が可能な水は、許可に基づいて権限が与えられた水量または水流によって判断されるのではなく、専用権者による旧慣上の実際の消費的利用によって決められるというのである。

ワイオミング州においては、たとえ他の専用権者の権利を侵害しなかったとしても、再配分されうる水の総量は旧慣上の有益かつ消費的利用に制限される。このような考え方は、Basin Electric Power Cooperative v. State Board of Control⁴⁸⁾において明らかにされている。本ケースにおいて、Basin Electric Power Cooperativeは特定の土地における灌漑用の水を工業用に再配分することを求めた。灌漑されてきた土地の区画は、閉塞流域 (closed basin) 内で水源流域の外側に位置しており、その土地からの地表流水 (runoff water) は閉塞流域内でいつかは蒸発または浸透していくものであった。それゆえ、閉塞流域内にある土地を灌漑するために利用された水の全ては、水源流域から消失することになる。

ワイオミング州最高裁判所は、たとえ灌漑用水の100%が消費的利用に用いられていたとしても、生育作物によって消費された水の一部を再配分できるのみであると結論づけた。当該裁判所は、同州の再配分に関する制定法を厳格に解し⁴⁹⁾、地表流水は有益的に利用されていなかったうえ、消費的に利用されてもいなかったと判示した。つまり、州最高裁判所は、灌漑に地表流水がいくらか必要であると認識してはいたが、地表流水の全てを有益的に利用されていない水または浪費されている水と解釈したのである。そして、「専用権者は旧慣上、有益的に利用されていない水について水利権を獲得していない⁵⁰⁾」と判断した。

かかる判示は、一般的には首肯できるものであるが、地表流水それ自体は、

浪費された水であるとは言い難いから、地表流水に関する本判決の見解には問題がないとはいえない。流域外に譲渡され利用された水は、全て消費的に利用されたと捉えられるから、再配分が可能であると解されるべきであったのである。⁵¹⁾

灌漑のための水利用における地表流水の法的取り扱いについて、上述の裁判所の立場とは異なる考え方を示した判例が、最近、出現した。すなわち、連邦最高裁判所が2011年に判決を下したMontana v. Wyoming⁵²⁾である。本判決は、地表流水の捕捉という問題のみならず、権利侵害禁止のルール⁵³⁾の適用範囲等多くの論点を含む重要な判例であるため、次章において詳細に分析していくこととする。

3 灌漑システムの改良と権利侵害禁止のルールの適用

— Montana v. Wyomingの分析

(1) 判決の概要

前掲のMontana v. Wyomingは、権利侵害禁止のルールの射程範囲を明らかにした点においても注目に値する判決である。すなわち、灌漑システムの改良が権利侵害禁止のルールに違反するか否かについて、連邦最高裁判所が判断した判例として意義を有するのである。

本件は、水不足から生じる不利益を回避するため、モンタナ州、ワイオミング州およびノースダコタ州がイエローストーン川の流水の共同利用に関して定めた協定（Yellowstone River Compact）の解釈をめぐる争われた事案である。モンタナ州は、1950年1月1日以前から河川水を利用している者が有する専用権の継続的な享受を保護する規定である本協定5条（A）に違反したとして、ワイオミング州を訴えた。すなわち、ワイオミング州が河川水利用者に灌漑システムの変更を許可したことにより、モンタナ州の当河川の下流に還元される水量が減少したため、かかる変更は本協定に違反すると主張したのである。

モンタナ州の論旨は、ワイオミング州が本河川の上流の水利用者に対して、越流灌漑からより効率的なスプリンクラーによる灌漑への変更を認めたところ、

当河川から同州の水利用者への分水量は増加しなかったが、他方でモンタナ州の下流の水利用者が使う、本河川に還元される地表流水（runoff）および浸透水（seepage）の量が減少したという点にある。連邦最高裁判所は、本協定が専用主義を原則的に受け入れている以上、たとえ下流の専用権者に損害が生じたとしても、専用主義は灌漑システムの改良を容認しているから、ワイオミング州におけるより効率的な灌漑システムの採用は本協定に違反するものではないと判示した。

専用主義において灌漑方法の変更による河川への還元水の減少に関する準則は明らかではないため、本判決のもつ意義は大きいと考えられる。そこで、当判決で取り上げられた主な論点である、専用権者相互間の優劣関係、権利侵害禁止のルールの適用範囲、地表流水と浸透水に関する再捕捉の法理および有益の利用の定義について考察していきたい。

（2）専用権者相互間の優劣関係

まず、本判決は、専用権を制限する有益の利用の概念について、「〔専用主義の〕権利の範囲は、『有益の利用』の概念によって制限される。この概念は、農業者に対して『水の合理的利用によって土地を灌漑するために必要な水の総量』に限定する。」と論じたあと、「かかる水利権がひとたび成立すれば、それは後に成立する専用権に優先し、後順位の専用権者が全ての水を獲得するのに先立って、完全に権利行使することができる。」と述べ⁵³⁾、先順位専用権者と後順位専用権者の関係について言及する。

そして、このような専用権者相互間の優劣関係を本ケースにあてはめて、以下のように論を展開する。

「我々の目的においては、モンタナ州の1950年以前からの水利用者は、後順位の専用権者と同様の地位にある。本協定は、モンタナ州とワイオミング州における1950年以前からの水利用者全てに対して同一の優先的地位を割当てた。……しかし、モンタナ州が認めるように、正確には、この平等な優先性を根拠として、モンタナ州の1950年以前からの下流利用者は、ワイオミング州の同年以前からの上流利用者に対して完全な水利権の行使を阻止することはできない。したがって、河川の水量が減少する場合には、

ワイオミング州の上流における平等な優先権を有する水利用者が合法的に水の全てを消費することができるため、モンタナ州の1950年以前からの下流利用者は水を全く得ることができなくなることも考えられるのである。⁵⁴⁾

ここでは、1950年以前から河川水を利用しているモンタナ州およびワイオミング州の専用権者は、同一の優先的地位を有するが、モンタナ州の専用権者はワイオミング州の専用権者の権利行使を阻むことができないとする。それは、ワイオミング州の専用権者はモンタナ州のそれより上流に位置するため、両者の優先順位が同一である限り、下流の専用権者が上流の専用権者に対して権利行使を阻止することはできないというのである。このような見解は、同一順位の水利権者相互間では優先的地位を主張することができない結果、上流の水利用者が現実的に先取りすることを認めざるをえなくなり、河川の流量が減少する場合には、そのリスクを下流の水利権者が負担することになる点を示している。つまり、事実上の上流優先主義の思想が見て取れるのである。

その一方で、連邦最高裁判所は、「後順位専用権者には全く権利が存在しないわけでない。」と述べたあとで、後順位専用権者が有する権利の内容について、つぎのように言及する。

「基本的に専用権者は、それを専用した時に存在した水流に対する権利を獲得するのである。……したがって、全ての先順位利用者の現存する権利の行使を条件として、権利侵害禁止のルールのもとにおいて後順位利用者は先順位利用者に対してその権利を後順位利用者の損害のために拡大することを阻止することができる。⁵⁵⁾」

この判示部分は、後順位専用権者は先順位者の権利行使を保証することを条件に、自らの権利を行使することができるが、その後順位者の権利を先順位者が侵害することは許されないとして、権利侵害禁止のルールを宣明している。すなわち、水利権者は自分の権利の範囲を越えて、先順位の権利は当然のことながら、後順位の権利といえども侵害してはならないとする準則を明示しているのである。

(3) 権利侵害禁止のルールの適用範囲

水利権の行使（本件では水利用方法の変更）にあたっては、権利侵害禁止の

ルールに従ってなされなければならない。そこで本判決は、ワイオミング州が許可した灌漑方法の変更につき当該ルールに違反するか否かについて、以下のよう論及する。

「権利侵害禁止のルールは、専用権者が他の専用権者に損害を与えるであろう一定の水利権の変更を阻むが、モンタナ州とワイオミング州においては灌漑方法の変更は当該ルールに反しないように考えられる。……新しい専用権者は、各々がそれを専用した時に存在した水流に対する権限が付与されるから、その一般的ルールは、『これらの条件における変更が、水流を妨害する〔先順位〕専用権者によってなされ、〔後順位専用権者の〕権利を実質的に侵害する場合には、後順位専用権者は正当に訴えることができる』⁵⁶⁾ということである。」

当判決は、ワイオミング州が許可した灌漑方法の変更につき権利侵害禁止のルールに違反しないと結論づける。しかしながら、連邦最高裁判所は、灌漑方法の変更が専用時点で存在した水流に対する実質的な侵害をもたらしたか否かという権利侵害の有無を判断するのではなく、本件における当該ルールの適用の可否を検討することによって、かかる結論を導いた。すなわち、権利侵害禁止のルールが水利利用に関する全ての変更に対して適用されるわけではないことについて、同裁判所は、つぎのように言説するのである。

「権利侵害禁止のルールは、絶対的ではない。すなわち、それは、一般的に分水の位置 (the location of the diversion) および利用の場所もしくはその目的 (the place or purpose of use) における変更に関係することである。……したがって、たとえその変更が下流の専用権者に損害をもたらしたとしても、一定の類型の変更をなすことができるのである。……たとえば、専用権者によって灌漑面積または分水の総量に変更されない限り、その専用権者はより水を集約する作物に変更することによって水の消費を増加させることができる。……通常、日頃の操作上の変更または修復もまた、権利侵害禁止のルールに違反するものではない。……農地を拡大することが当初からの計画の一部であり、年間を通じて実行されている場合には、このような農地の拡大によって消費を増加させることができるのである。」⁵⁷⁾

ここでは、権利侵害禁止のルールは、分水地点、水利用の場所またはその目的に関する変更について適用されるべきであるから、専用権者が灌漑面積や分水量を変更していない以上、水の消費量を増加させたとしても、当該ルールに違反するとは解されないと論述する。そして、本件で問題となっている水利用の効率を高めるための灌漑システムの改良につき、権利侵害禁止のルールが適用されるか否かについて、当裁判所は以下のように言及する。

「灌漑システムの改良は、モンタナ州とワイオミング州において存在する権利侵害禁止のルールの適用領域を越える、変更の一種であると考えられる。このような変更は、『分水の位置または利用の場所もしくはその目的』に関係するものではないのであるから、………作物の変更あるいは日頃の灌漑の調整もしくは修復のように、〔権利侵害禁止のルールの適用から〕除外されると解される。⁵⁸⁾」

要するに、連邦最高裁判所は、権利侵害禁止のルールは分水地点、水利用の場所またはその目的に関する変更について適用されるべきであるから、これらの変更を伴わない灌漑システムの改良は、当該ルールの適用範囲の外に位置づけられると解釈したのである。

(4) 地表流水および浸透水に関する再捕捉の法理

本判決は、前章で検討した地表流水に関する法的対処の問題についても、それと浸透水を同列に取り扱い、前掲のBasin Electric Power Cooperative v. State Board of Controlとは相違する立場から論及する。すなわち、専用権の範囲を考察するにあたり、地表流水および浸透水を捕捉し再利用する理論について、つぎのように説述するのである。

「〔地表流水および浸透水に関する〕再捕捉の法理 (the doctrine of recapture) もまた、灌漑の効率を高める改良につき従来の専用権の範囲内であると捉える考え方を支持する。この法理のもとでは、灌漑目的で分水している専用権者は、地表流水および浸透水(runoff and seepage water) が専用権者の支配またはその土地から流出するまでは、それらを再捕捉(recapture) し、かつ再利用(reuse) する権利を有する。専用権者は、『自らが専用する水を有益的に利用することができ、かつその意思がある限

り、その水を排他的に支配する権限を有するとともに、このような権利は、実際の灌漑に必然的に付随する地表からの流出（surface run-off）および深層への浸透（deep percolation）による消失として一般的に認識されるものにまで拡張される。』……『専用権者は自らを益する水の浪費の継続を他の専用権者に強制させることはできない。先順位専用権者が科学的および技術的進歩を通じて浪費されないように水を利用する場合には、他の専用権者の何人も訴えることができないのである。⁵⁹⁾』

ここでは、灌漑目的で河川水を分水している専用権者は、地表流水および浸透水が専用権者の支配領域に存在している場合には、それらを再び捕捉し利用する権利を有すると解している。つまり、かかる権利は専用権の内容に含まれるというのである。

灌漑目的で水を利用するときには、利用した水が地表から流出したり、土壤に浸透したりすることは自然の摂理であるから、それを否定することはできない。このように灌漑に付随して流出・浸透した水を再び捕捉して同様の目的のために利用することについて、河川への還元水の減少に繋がる余地があるにしても、その水が専用権者の支配領域に存する限りは、それを再利用して水利用の効率を高めることは許されると解すべきであろう。かかる再捕捉の法理を容認しないならば、灌漑システムの効率化は阻害され、専用権者の利益が損なわれるばかりか、流域における効率的な水利用が促進されないことになるからである。

また、専用権者が灌漑用にいったん採取して利用した後の地表流水や浸透水を、他の専用権者のために強制的に河川へ還元するように求めることは、他の専用権者に水を浪費させる権利を認めることにもなりかねないのである。

地表流水および浸透水の法的処理については、地表水の処理に関する準則および地下水の利用に関する準則の適用の当否が問題となるが、本判決では、地表流水と浸透水の再捕捉の法理を採用し、それを専用権の内容と解したため、⁶⁰⁾両準則に言及することはなかった。⁶¹⁾つまり、河川水を採取しうる専用権の効力を重視し、いったん取水した後に地表流水や浸透水となったとしてもその効力が及ぶと捉えたがゆえに、両準則の適用は問題とならなかったと考えられる。

(5) 有益の利用の定義

さらに、本判決は有益の利用の定義についても検討する。それは、専用権を制限する機能をもつ有益の利用の概念について、モンタナ州が再定義を求めることによって、ワイオミング州の専用権の内容を限定しようとしたからである。連邦最高裁判所はモンタナ州の論旨について、以下のように整理する。

「〔モンタナ州は、〕本協定における有益の利用の定義について、保護の対象となる1950年以前の専用権の範囲につき同年時点で実際に消費されていた水の正味の総量に制限されると主張する。……〔本協定〕5条（A）は、『水の有益の利用に対する専用権』を保護している。さらに、『有益の利用』は、2条（H）において『人の活動によって水が有益に（usefully）利用されるときにその流域の水の供給を減少させる利用』と定義されている。モンタナ州は、『有益の利用』を減少の総量（the amount of depletion）と定義することを求める。当州によれば、ワイオミング州の1950年以前のレベルにおいて同年以前の利用者による水の減少量を増加させる何らかの活動は、5条（A）が保護する専用権の範囲を越えている。……これを根拠にして、モンタナ州は、（河川の状況を条件として）本協定は1950年1月1日に当州に流入していた水量と同一の量を維持することを要求している⁶²⁾のである。」

これに対して当裁判所は、本協定に規定された有益の利用の定義について、つぎのように言及し、モンタナ州の議論を否定する。

「我々は、『有益の利用』は全ての灌漑がもたらすような何らかの減少に係る利用の類型（a type of use）をいうと認知している。……『水供給が……減少する利用』という、減少に言及する『有益の利用』の本協定の定義部分は、相当に明確である。それは、『その利用』で始まり、そして『その利用』は『水供給』を『減少させる』利用でなければならないという説明を導く用語が続いている。文言において、『有益の利用』が減少された水の総量の基準（measure）であることを示唆するものは何もない。それゆえ、本協定の意味するところの『有益の利用』は、水供給を減少させる利用の類型⁶³⁾なのである。」

本判決は、有益の利用の概念について、モンタナ州が主張する減少された水

の総量を意味するのではなく、水利用の類型であると論及する。そして、かかる解釈の正当性を補強するために、本協定が起草された当時のワイオミング州の制定法を取り上げ、灌漑用の水利用を保護する目的で本協定が定められたことについて、以下のように説述する。

「この明白な解釈は、本協定の起草時に署名した州において存在した状況を考慮すると、その意味が理解できる。その当時、ワイオミング州は、非消費的利用である発電用に対して、消費的利用の類型である灌漑用を優先させる制定法を有していた。……本協定が立法的に優位にあり、イエローストーン川に関する制度における優先的利用を象徴する灌漑用の水利用を保護するために定められたであろうことは、道理に適うことである。⁽⁶⁴⁾」

そして、連邦最高裁判所は有益の利用のための水量について、つぎように具体的に論述する。

「これに対して、本協定に関するモンタナ州の解釈は、文言から導かれたものではなく、『有益の利用』の用語について長年続いている解釈とは極端に異なった再定義をすることになるであろう。『有益の利用』のための水の総量は、水の正味の消費によって決められるものではない。たとえば、灌漑において『有益的に利用される』水の量は、(河川への還元の有無を考慮に入れずに) 地表からの流出 (runoff)、蒸発 (evaporation)、深層への浸透 (deep percolation)、漏水 (leakage) および浸出 (seepage) のような必然的な減少の分量を常に含むのである。したがって、『有益の利用のための水は、実際に消費された水ではなく、信義誠実 (good faith) をもって実際に必要なものなのである。』⁽⁶⁵⁾」

最高裁判所が考える有益の利用のための水の総量は、実際上の水の消費量と一致するものではない。とくに、本件のような灌漑における水の有益の利用のための総量は、天候、水環境、土壌、植物等が存在する生態系の仕組みを念頭に判断されねばならないという特殊性がある。単純に河川への還元水がないと仮定しても、灌漑に必要な水量は、地表流水、浸透水、漏水および蒸発散の量を考慮する必要がある。したがって、灌漑における有益の利用のための水量は、実際上の水の消費量と灌漑に必然的に付随する水量の総和であると解されるのである。

有益の利用のための水量には専用権が成立しているが、それを超えた水量には専用権の成立は観念できない。なぜなら、水が有益的に利用されていない場合には、専用権は存立していないと捉えられるからである。したがって、水の有益の利用の概念は、水資源の有限性および循環性を根拠に専用権の成立を制限する機能を果たしていると考えられる。専用権の内在的制約によってその権利の行使が制限されるとするのではなく、権利の成立自体が否定されると解する点は、不動産権のような財産権とは本質的に相違する専用権の特徴を示唆しているといえよう。

4 むすびにかえて

水利権は、他の財産権と比べて特殊な性質を有している。その特殊性が水利権の譲渡の際に、顕在化することになる。それが、冒頭に示した他の水利権との優劣関係、譲渡可能な水量および水利権の喪失に関する法理論上の問題である。これらの論点は、全て水利権の効力やその範囲に係る問題であり、権利それ自体に対する内容の明確化を要請するものである。このような水利権の内容の明確化について、連邦最高裁判所は *Montana v. Wyoming* においてその判断を求められたのである。

水の再配分は他の専用権者の権利を侵害しないようになされなければならないとする権利侵害禁止のルールは、一般的に、全ての専用権者を権利侵害から保護する準則であるといわれている。しかし、後順位専用権者はその専用の時点で存在した水流の状態を維持する既得権を有し、その既得権を保護するために当ルールが確立したという経緯を考慮するならば、本来、当該ルールは後順位専用権者の権利を保護する準則であると解すべきである。つまり、先順位専用権者の権利は専用主義における優先順位の準則によって保護を受け、後順位専用権者の権利は権利侵害禁止のルールによって保護されると捉えるのである。

専用権の譲渡によって後順位専用権者の権利が侵害されるか否かの判断は、それによって専用権者の消費的利用が増加するか否かに依拠する。つまり、権利侵害禁止のルールは、権利譲渡できる水量を専用権者によって旧慣上、実際に消費されてきた水量に限定するのである。一般的には、供給源から取水し、

かつそこに還元されない水の量を増加させる行為は、旧慣上の実際の消費的利用の増加をもたらすと解される。

このような見解に従えば、*Montana v. Wyoming*におけるワイオミング州の灌漑システムの改良は、旧慣上の実際の消費的利用の増加をもたらし、権利侵害禁止のルールに違反すると判断される可能性は否定できなかった。にもかかわらず、連邦最高裁判所は、当ルールは分水地点、水利用の場所またはその目的に関する変更について適用されるべきであるとして、専用権者が灌漑面積や分水量を変更していない以上、水の消費的利用を増加させたとしても、当該準則に違反するものではないとした。つまり、権利侵害禁止のルールの適用を排除することによって、灌漑システムの改良を従来の専用権の内容に含まれると把握したのである。かかる解釈は、ワイオミング州法に適合するものであり、また、モンタナ州における専用主義と矛盾するものでもない⁶⁶⁾と指摘されている。

最高裁判所は、当ルールの趣旨である後順位専用権の保護とともに、先順位専用権のそれとの調和を考慮して、同準則の適用範囲を限定した。すなわち、後順位専用権の保護準則としての権利侵害禁止のルールについて、その適用範囲を制限することにより先順位専用権の優先性との均衡を図ったといえよう。

本判決は、専用権を保護するために設けられた当該協定5条(A)の解釈をめぐって争われたものである。したがって、その射程は、本来、当協定の効力が及ぶ範囲に限られる。しかし、特定の場合に同ルールの適用を排除する理論について、本協定を越えて敷衍される可能性は閉ざされてはいない。とはいうものの、権利侵害禁止のルールに関する適用制限は、少なくとも灌漑のための水利用に限定されると捉えるべきであろう。なぜなら、灌漑用の水利用は、生態系の中で生育する農作物に不可欠な水を供給することがその目的であるから、他の水利用と比べて自然の影響を受けやすく、それゆえ水の消費的利用の増減を判断することも容易ではないという特異性ととともに、当該地域における公共の利益と密接に関係しているという公益性が、このような適用制限を導出した⁶⁷⁾と考えられるからである。

注

1) Lawrence J. MacDonnell, *Transferring Water Uses in the West*, 43 Okla. L.

Rev. 120, 127 (1990).

- 2) 専用主義を採用する法域は、アリゾナ州、コロラド州、アイダホ州、モンタナ州、ネバダ州、ニューメキシコ州、ユタ州、ワイオミング州およびアラスカ州である。また、専用主義と沿岸主義の混合法理を採る州は、カリフォルニア州、カンザス州、ミシシッピ州、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 (David H. Getches, *Water Law in a Nutshell*, 4th ed., 2009, at 84-85.)。
- 3) 本稿は、拙著『水資源の保全と利用の法理 — 水法の基礎理論』(2011年、成文堂)の補遺として位置づけられるものである。
- 4) Johnson & DuMars, A Survey of the Evolution of Western Water Law in Response to Changing Economic and Public Interest Demands, 29 Nat. Resources J. 347, 371 (1989).
- 5) George A. Gould, Water Rights Transfers and Third-Party Effects, 23 Land & Water L. Rev. 1, 13 (1988).
- 6) Douglas L. Grant, Public Interest Review of Water Right Allocation and Transfer in the West: Recognition of Public Values, 19 Ariz. St. L. J. 681, 684 (1987).
- 7) George A. Gould, Transfer of Water Rights, 29 Nat. Resources J. 457, 457 (1989).
- 8) Robert E. Beck & Amy K. Kelley, eds., *Waters and Water Rights*, 3rd ed., vol. 1, 2010, at 14-3.
- 9) *Ibid.*
- 10) 有益の利用については、拙著・前掲注3) 60頁以下が詳細である。
- 11) 沿岸主義のもとでは、水利権は全ての沿岸地所有者にとって共通 (common) の権利であり、完全に平等な権利であると解されている。詳細は、拙著・前掲注3) 14頁以下参照。
- 12) A. Dan Tarlock, Water Transfers: A Means to Achieve Sustainable Water Use, in *Fresh Water and International Economic Law*, 2005, at 45.
- 13) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14-39. See, e.g., United States v. Clifford Matley Family Trust, 354 F.3d 1154 (9th Cir. 2004).
- 14) See, e.g., Romero v. Bernell, 603 F. Supp. 2d 1333, 1335 (D.N.M. 2009).
- 15) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14-44.
- 16) Neb. Rev. Stat. § 46-294(1)(i).
- 17) *Ibid.*, § 46-204.
- 18) 618 P.2d 1367 (Colo. 1980) .
- 19) *Ibid.*, at 1371.
- 20) Petition for Change v. State Board of Control, 649 P.2d 657, 661 (Wyo. 1982).
- 21) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14-41.
- 22) 440 N.W.2d 466 (1989).

- 23) *Ibid.*, at 470.
- 24) *See, e.g.*, City & County of Denver v. Snake River Water Dist., 788 P.2d 772 (Colo. 1990); Nephi City v. Hansen, 779 P.2d 673 (Utah 1989).
- 25) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–43.
- 26) 717 P.2d 955 (Colo. 1986).
- 27) *Ibid.*, at 959.
- 28) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–42.
- 29) Wells A. Hutchins, *Selected Problems in the Law of Water Rights in the West*, 1942, at 378.
- 30) 15 Cal. 162 (1860).
- 31) *Ibid.*, at 181.
- 32) MacDonnell, *supra* note 1, at 124.
- 33) 272 P.2d 629 (1952).
- 34) *Ibid.*, at 631–632.
- 35) George A. Gould, Conversion of Agricultural Water Rights to Industrial Use, 27 Rocky Mtn. Min. L. Inst., 1791, 1821 (1982).
- 36) Gould, *supra* note 7, at 465.
- 37) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–48.
- 38) Gould, *supra* note 7, at 466.
- 39) L. Rice & M. White, *Engineering Aspects of Water Law*, 1987, at 146.
- 40) Gould, *supra* note 7, at 465.
- 41) *See, e.g.*, *In re Application for Water Rights in Rio Grande County*, 53 P.3d 1165 (Colo. 2002).
- 42) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–55. *See, e.g.*, *In re Application for Water Rights of Ready Mix Concrete Co. v. Farmers Reservoir & Irrigation Co.*, 115 P.3d 638 (Colo. 2005).
- 43) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–55.
- 44) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–56.
- 45) 688 P.2d 1102 (Colo. 1984).
- 46) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–57.
- 47) 688 P.2d 1102, 1106.
- 48) 578 P.2d 557 (Wyo. 1978).
- 49) Wyo. Stat. § 41–3–104.
- 50) 578 P.2d 557, 569.
- 51) Beck & Kelley, *supra* note 8, at 14–58.
- 52) 131 S. Ct. 1765, 179 L. Ed. 2d 799 (2011).
- 53) 131 S. Ct. 1765, 1772.
- 54) *Ibid.*
- 55) *Ibid.*
- 56) *Ibid.*, at 1773.

- 57) *Ibid.*, at 1773–1774.
- 58) *Ibid.*, at 1774.
- 59) *Ibid.*, at 1774–1775.
- 60) 地表水については、それが必要であれば利用することになる一方で、不要であればそれを処理しなければならない。このように地表水の利用とその処理は、表裏の関係にあるといえる。したがって、地表水に関する準則は、その必要性の有無によって処理のルールとなる場合もあれば、利用のルールとなる場合もあるという同準則の二面性に留意しなければならない。
- 61) 地表水の処理に関する準則については、拙著・前掲注3) 67頁以下参照。また、地下水の利用に関する準則については、拙著・前掲注3) 42頁以下参照。
- 62) 131 S. Ct. 1765, 1777–1778.
- 63) *Ibid.*, at 1778.
- 64) *Ibid.*
- 65) *Ibid.*
- 66) Shiran Zohar, A Deal is a Deal in the West, or is it?: Montana v. Wyoming and the Yellowstone River Compact, 6 Duke J. Const. Law & PP Sidebar, 160, 171 (2011).
- 67) 水資源の再配分に関する法理を考察するに際しては、権利侵害禁止のルールのような水利権に内在する制約の視座とともに、公共の利益 (public interest) または公共の福祉 (public welfare) の観点から再配分を制限する理論が定着している。後者の公共の利益等からの制約については、今後の課題としたい。

【付記】 本稿は、2011年度科学研究費補助金（基盤研究C、課題番号21530098）による研究成果の一部である。