

第7章 水をめぐる法的議論（行政法の観点から）

学習院大学法学部教授 櫻井敬子氏

1. 河川法

(1) 治水・利水

まず水をめぐる議論という事であるが、私が専門としている行政法の話をするれば、例えば民法であれば、売ったり買ったりという話が民法で、それを商人がやると商法であり、会社法という事になる。また犯罪を犯したら罰せられるというのが刑事法であり、民事法と刑事法は皆さんよくご存知だが、それ以外の我が国の法律のほとんど全部が行政法という部類に入っている。その数を数えた人によれば、2000本ぐらい生きている法律があるという事で、各省庁が所管している法律のほとんどが行政法という事になる。従って行政法というのは、何でも屋みたいなのがあるのだが、ただ法律の作り方というのは、少なくとも明治以来あまり変わっていない。個別問題に対して完全に真っ白なところで法律を作るわけではなく、行政法を作る時の基本的な考え方や作り方というのは、行政法理論というものを前提にして作られている。素材は違ってはいるが、法制度の制度設計の基本構造というのは、かなり普遍性がある。我が国の場合は、元々はヨーロッパの仕組みを導入して、明治以来そういう仕組みの中で現在の法制度ができており、河川法もダイレクトにヨーロッパの仕組みがそのまま使われている。

これに対してアメリカ法というものがある。最近ではアメリカの議論がむしろ盛んだが、アメリカ法は法体系が全く我が国と異なっている。つまり世界の法体系というのは、ヨーロッパ型とアメリカ型の大きく2つの体系に分けられ、もう少し厳密に言えば、イギリスを除いたヨーロッパ法と、それからイギリスとアメリカをセットにした英米法の2つがある。私たちがごく普通に馴染んでいる考え方というのはヨーロッパ型、大陸法型である。緻密なロジックを積み上げて、普通に制度設計するというのがヨーロッパ型で、概念が大事であり、行政の権限がどれくらいで、私人がどれくらい権利が制約されるかという事になる。

一方アングロサクソン系の英米法はそうではなくて、アドホックな個別問題処理型の法制度で、全体の体系性という事を気にしないというのが基本で、価値判断が先行する。ある所がかゆい時にはそこに塗る薬を作るという風に、その積み上げでずっときており、その都度対応するというのが英米法という事になる。初学者の学生さんによく言う例としては、家を建てる時に、ちゃんと設計図を作ってから作り始めるというのが大陸法型の考え方であり、英米法というのは設計図無しでとにかく始めてしまい、適宜変な所があれば修正しながら家を作ってい

くという考え方である。最終的には、長い時を経ると概ね両方とも似たような家ができる事にはなるが、考え方がかなり違う。日本の法制度の骨格的な部分というのは、現在においても基本的にはヨーロッパ的な考え方が根底にあり、強いて言えば、行政法もヨーロッパ的な行政法の議論をベースに成り立っている。

私の専門の行政法領域の中では、公物法という領域が元々あり、公物という概念も元々ある。公物の対立概念は私物だが、私の物と公の物とに分けた時、その公の物について、これをどのように管理して、どのように行政が対応するのかという事に関わるのが公物法という領域で、代表的なものが河川法と道路法である。河川はこれを自然公物とって、人間が生まれる前から存在しているものであり、川や海や湖、空それに空気等も入ってくると思うが、そういうもの全てを包括するような管理の対応を考えるのが、公物法の中の自然公物法と言われるものになる。人工公物の代表的なものは道路である。人間が造らないと道路はできないので、そういう意味で公物法の中で道路というのは人工的な要素が強いものという事になるが、大きな枠組みで見ると、基本的には道路管理も河川管理も同じような考えで元々なされており、現在でもその骨格が色濃く残っている。ただその後いろいろな政治状況の中で、それぞれに独自の発展をしている。

その公物法の中の水をめぐる議論だが、河川は公物の代表的なものであり、行政法の中でも比較的、議論の蓄積があったところである。昔から水法という概念はあったが、河川法は水法の中の代表的なものとして存在していた。昔は水に関する統一的法典は存在しなかったけれども、その後水に関連する法律としては、河川法、森林法、砂防法、特定多目的ダム法、水資源開発促進法、海岸法、公有水面埋立法、運河法、下水道法、水道法、工業用水道事業法、それから水産資源保護法、漁港法、温泉法等、多くの法律ができた。その後名前が変わった法律も既に出てきているが、とにかく水に関係する法律群を包括して議論するという素地が戦後の比較的早い段階、すなわち1960年代ぐらいまでは存在していた。その時には、当然その水の流れというものを少なくとも国内的には包括的に見る議論の前段として、流域管理や土地利用と水の関係を考えるという問題意識も当然あったし、海関係の話もないわけではなかった。ただある時点で、ぱったりとその後何の議論もなくなったというのが水法の領域である。非常に行政が専門化したということもあると思うが、その後河川は河川としてやっていくし、権限もばらばらで、水法という言葉自体がほぼ完全に死語になっているのではないかという、そういう現状にある。一度ばらばらにしたものを再び統合する作業が今後必要になると思う。

河川法自体は古い法律で、昭和39年に出来ている。平成9年に1度「環境を入れる」という法改正をしたが、骨格的には変わっていない。別の言い方をすれば、法律がなくても行政は展開できたという事で、法律論の存在感というのが非常に薄かった。しかし、高度成長期の公共事業を展開していく中で、徐々に様々な歪みが生じてきて、法的な対応をせざるを得ないような状況が出てきた。最近とりわけ、ダム事業により、自治体の同意が得られないという事も顕

在化してくると、制度論をやらなければならないという雰囲気、ここ10年くらいの間に出てきた。

私は、これまで河川行政が苦しみながらも、それなりに自らを変えようとしているのを見てきたが、2001年の段階で当時の河川行政について法的に整理し、「水法の現代的課題」という論文にまとめた。公物を管理し、川を川として統御するという、公物法というきっちりとした考え方の中で、現在の河川法はできており、その大きな仕組みは逸脱しないという中で、行政もいろいろ奮闘しておられた。この論文自体も、その当時は河川管理という枠組みはなかなか超えられないのだろうという前提で、その枠をはみ出さない形で議論を立て、極めてオーソドックスに問題整理をしたものである。自分で言うのもはばかれるが、学問的には極めて堅実な問題提起をした論文といえる。

まず水の議論をする際にコアになる概念は何かということが大事だが、河川の場合、行政の方では河川管理施設に関心があるかも知れないが、水法を考える時のコア概念は流水という概念であり、水そのものである点は、疑う余地がない。水を統御するといった時の水の捉え方だが、まず公水という言葉があるが、公水と言えば私水があり、そういう暗黙の前提でこういう言葉を使う。要するになぜ行政が、水の統御という事について関心を持つのかと言えば、一番の根拠になるのが、それが公水だからという事になる。公共の利害に関係があるものは行政課題になり得て、だから河川法があって、いろいろな規制をかけていくと同時に、治水もしなければならず、公共事業の際には、河川管理施設を整備して、という風に法の仕組みが正当なものとして作られるという事になる。公水という言葉の裏には必ず私水があるという前提がある。私水は、「完全に自分のものだという水がある」という発想であり、裏の庭に湧き水か何かあった場合には、それはもう勝手に使ってよろしいという事である。そのかわり行政としては、そこに何か堤防を造りなさいとか、手すりを作りなさいとか、そんな話は一切しないという事で、官民の分担をしていた。当時は旧河川法の時代であり、とりわけ治水という事だけが主として念頭にあった。その場合の水のイメージというのは、「これは暴れるものであり、危険物である」という前提の上で、いかにその危険な水をコントロールするかという事で、法制度というのはできており、行政もまさにそういう形で展開してきた。

ところが、時代の変化に伴ってだんだん変わってくるのであるが、昭和39年に今の河川法ができ、ここで河川水の捉え方というのが格段に変わってきた。それに先立ち、特定多目的ダム法や水資源開発促進法というような法律ができて、水資源という、一段広い概念が使われた。河川管理についても旧河川法時代には、地方行政庁が管理するというので、行政の都合で川をばらばらにして、それぞれに管理するという仕組みになったわけだが、この時初めて水系という概念が取り入れられ、川というのは繋がっている線であるという事を制度論として認めた。水系という事になると、水系一環管理という事とセットであり、これは上流と下流をばらばらで管理するというわけにはいかず、国が統一して管理しなければならないという事で、極めて

中央集権的な、国が出張った形の行政の仕組みができた。同時に水資源開発という言葉に表れているように、水のイメージが変わってきて、川を発電の水利に使うとか、実は有益な利用の対象でもあるという風に河川観というものが変わってきた。

水の特許使用について言うと、昭和39年当時、農業、発電、上水道、工業用水道など水利権者による利用が行われるようになったが、これは法律的には特許使用という言い方をする。特権を付与するという事で、水力発電なら電力会社に特権的な使用を認めるという事であるが、元々水というものは皆のものであり、先程公物という事を言ったが、公物は皆の物という意味である。本来的な川の使い方は、川で洗濯したり、水泳したり、水を汲んだりといった事だったが、農業、発電、上水道等で、水利権者に対して特権的な独占的な利用を認められるようになった。これが現在は大変硬直化したり、既得権化したりして、工業用水などは本当は使っていない所がたくさんあるわけだが、そういうものの転用をどうやって認めるか、あるいはなくすか等が課題になっているところである。

河川法はこういう風に変わってきたのだが、どうも河川の発展段階を見てみると、元々は各行政庁が地方毎にばらばらに管理していたものが、水系主義になってから、河川を線で管理するようになって、いわば河川の自然の形に合わせて法制度自体を変えていった。それは極めて順当な発展過程だったといえる。実は河川の水を本当にコントロールしようとする、周りの土地についても関心を持たざるを得なくなり、流域管理という新しいコンセプトが出てくるようになる。つまり流域で河川の水を管理するという事が、多分これからの課題だろうという事が当時から展望されていた論点であり、次なる発展段階は流域管理であろうという青写真が描かれていた。

これを具体的に制度化するにはどうしたらいいかという事になるのだが、実はなかなかこの辺りから議論がほとんどなくなってくる。そこでどういう制度設計をするかと言った時に、水循環という事が一時期かなり言われていた。水循環と言ってもいろいろなレベルがあるが、さしあたり流域レベルでの水というのは全て公の利害関係があり、従って公水だから、行政はそれに対して関心を持ってコントロールしていかなければいけないという事になる。そうすると水循環という概念を本当に制度として使えるコンセプトに作り上げていかなければならないという事になる。アドホックに、雨水浸透枡を作ったらいいとか言う程度の議論は誰でもできると思うが、ではそれは本当に義務付けられるものなのか、あるいはどういう理由で義務付けられるのかなど詰めなくてはならない点がある。それから雨水浸透枡以外にも広く土地利用規制をかけていくという事になると、土地利用規制するには法的な根拠が必要となる。その概念を詰めないと、新しい仕組みには全然たどりつかない。そこでこの概念を詰めなければならぬという所から、森林地域が減少し、地下水の涵養機能が低下しているので、森林を整備していかなければならないという話につながっていく。また農地についても、農地が減少しているから、同じように地下水の涵養機能等が低下して、地下水の低下を招いているという事があ

って、これらの事が一つ一つ立証されて行って初めて制度化できる。都市域においては、不浸透域というのが拡大したために、都市型水害というものが起きるようになった。こうした都市型水害に対応した防御の仕組みを作ろうとすると、上の方から規制していかなければいけないという事になるし、都市域においても河川管理施設の整備だけではなくて、ソフト対策を行った方がいいのではないかなという議論にも繋がる。そうすると各人の自由権を制限するという事になってくるので、やはりその所ももっと掘り下げた話をしないとイケない。これがまず治水の問題である。

(2) 環境

2番目のキー概念としては、環境配慮という概念がある。平成9年に河川法が実質的に改正されたわけだが、従来の河川行政がずっと公共事業を中心にやってきた中で、ダムに対する批判が大変強まった。それが科学的なものかどうか別として、とにかく要らないという事になってくると、河川行政も環境にも配慮しなければならないという事で、ようやく法律の方に出てきた。河川法では、それまではまず一番根幹的なものとして治水があり、それが戦後の産業政策と絡んで利水という形で入ってきた。平成9年になって、これに環境配慮という事が入り、河川管理は新しい段階に入った。ただこの段階での環境とは一体どういう話だったのかという事だが、公物管理は、川は暴れるものであるというのが基本的な考え方で、その時にもその基本構造は変わっていない。つまり治水が一番大事というわけである。その中で環境に配慮しましょうというのが平成9年の河川法改正であったわけだが、環境配慮は、環境、環境と世の中で騒がれるほどには重要な任務ではなくて、治水をきちんとした上で、治水に妨げのない限度で環境に配慮しましょうというのが、河川法の大きな枠組みであったといえる。従って魚の種類が多い少ないといった事はあまり関係がないし、草が生えている生えていないといった事もそれ自体が目的ではないので、治水をやる限りにおいて、多少見栄えをよくしましょうといったレベルの話であった。

公物法における環境配慮と環境法における発想は全く異なっており、公物法における環境配慮というものが、河川法のいう環境という言葉にこめられた意味である。河川法の言っている環境への配慮というのは、つまり治水が一番重要で、環境の話というのは付随的なものであり、これに止まるという事である。

これに対して、環境法という新しい学問分野が出てきたが、環境庁（現在の環境省）を所管官庁として、環境を環境として守るといふ、それまでとは意味合いの異なる発想が生まれてきた。つまり草が生えていたり、生物の多様性という事でいろいろなものが生きているという事自体が重要になった。治水の目的は相対化するので、治水はともかくとしてそれよりも重要なものがあるという事であり、制度としては、ごった煮的な世界に入るのが環境法の議論になる。概念レベルでは、らっきょうの皮むきのように、環境とは何かという事でその概念をむいてい

くと、最後は何もなくなる可能性はある。しかし、個別の環境施策は多様であり、例えば鷺や鷹を保護するという話もあれば、草が生えているという事も大事だし、言うなればなかなか制度ができにくい。ポストモダンの概念と言っているが、近代的で公物的な河川法のかっちりとした行政の世界と、何でもかんでもいろいろやりましょうという、現代的な行政のあり方との間には大きな懸隔がある。環境という概念が入った当初はそれ程環境政策を自己目的化してやるという感じではなかったと思うが、その後の河川行政を見ていると、環境という言葉が入ってから、行政それ自体が肥大化していくような所がある。特に環境再生、自然再生型事業で言えば、釧路川が最初の例だそうだが、良好な環境を復活させるための事業を河川局もやるという具合に、河川法の改正が根拠になって、環境を環境として、何か作っていくという事が行われるようになった。条文が1つ入る事で、こういう形で行政というものは展開していき、環境省と河川局の間ではバッティングがあるわけだが、そうした競争的な形で現在も事業遂行がされているという風に理解をしている。

それから、キー概念の3番目は、流域という事である。流域管理は今までの議論を前提にした上で、河川管理というものを水系管理から流域管理にするには、土地利用に入っていかなければいけない。河川及び流域はそれぞれ独自の自然的特性を持っているので、管理に当たっては流域自治体ないし流域住民の関与のあり方というものが重要な意味を持つてくる。水の管理とは水系一環主義なので、中央集権的という風に申し上げたが、要するに上流と下流を含めて単一の主体の管理をするというのが一番分かりやすい仕組みである。ここが道路と河川の違いだが、そうはいっても、河川は生き物なので、道路に比べると個性があり、地域性に根ざしている点に特徴がある。つまり水系一環管理だけれども、自治体がかかわるローカルな特性にも配慮していかないときちんと管理ができないという事がむしろ河川の自然的特質と言えるように思う。そういう意味で、河川の場合、中央集権的でありつつ、流域自治体のある種の参画権というものもあるだろうし、流域住民の関与のあり方というものも本質的な要請のようなところがある。この点は、普通の行政とは違う側面と言えるかも知れないが、河川の場合は流域自治体や流域住民について言えば、例えば場所によっては、やはり川で洗濯できるようにしたいとか、泳げるほど綺麗にしておきたいという話もある位で、そうした本来的な位置付けが要請されるものがあるのではないかという事である。実際に環境という概念が入っただけで、住民や自治体が入ってくるという事になるので、こうした仕組みを作ると、これはまたかなりパンドラの箱でもあるが、最近顕在化しているように、従来国の河川行政がずっと仕切ってきたダム建設に対して、自治体が反対をしたり、あるいは住民が必ずしもダムを必要としないという事で、それが一つの社会的な勢力になっている例もある。

そうなってくると、住民の意見を聞きましょうと言って始めたものの、いつまでも意見を聞いてばかりもいられないという事で、これをどう調整し、どう上手に裁いていくかという事が新しい河川行政の課題として登場している。しかしながらそう簡単に上手に裁けないので、な

なかなか厳しい局面に現在直面しているという事になるのだらうと思う。

話を元に戻すと、治水、利水と比較的順調に発展し、環境が入ったぐらいまでは大体良かったと思うが、最近になり一応流域管理というものができるようになってきた途端に、いろいろうまくいかない事が出てきたと感じる。新しい課題としては、公物法からの脱却や、経済財として水を捉え直すというような事が基本的に一切なされていない事が挙げられる。おもしろいのは、河川行政ほど、こんなに行政らしい行政というものはない。つまり川は公共の性質が強く、通常はそうした制度を変えていく事で段々民間が入ってくるのだが、これまで見てきたように、全然何も変わっていないので、公の性質がそのまま出ている。川といえば公物で、公の性質が強くて、行政が全部やらなければいけないように今でもなっているし、これを経済財として捉えて水の融通の話になると、経済的な原理を入れるとか市場原理を入れるといった話がいわば必然的に出てくるが、そうした類の話は一切受け付けられない、というのが河川行政のメンタリティのようである。河川法の世界では、非常にレトロな、古典的な美しい行政法理論が今でも完全に通用しているので、驚きを禁じえないのであるが、世間水準との乖離という点から言えば、その距離感は大変大きい。私の論文に「河川行政に未来はあるか」という小論があるのだが、2001年段階ではそれなりに将来があるのかとと思っていたのだが、2007年段階になり、大方の行政の動きを見てみると、なかなか河川行政の未来には厳しいものがあると言わざるを得ない。

(3) 新しい課題

河川行政の新しい課題として、5点挙げておきたいと思う。まずは「工事行政からの脱却」であるが、これは社会的な制約という事もあり、なかなかここを追求していくのは難しい。それから「土地利用」である。土地利用規制を主たる関心とする流域管理制度を構想するという事であるが、これは一部はできてはいるが、国交省の中での局間の連携や政策調整の問題もあり、なかなか進展していないのが実態である。「水利権」というのが3番目だが、これも手付かずの状態である。結局既得権は既得権として置いておくという事に止まっており、水利権についても、工業用水のように使えないものもあれば、使っていないものもある。さらに気候変動の影響を考えると、水の融通ができるようにするという事になると、水の使い方について柔軟な形が求められるが、それをやるためには、まさに土地所有権といった、私権に立ち入る事になるので、絶対に法律が必要となる。そこでは民間からの圧力に対抗する形で政治の方が切り込んでいくような仕組みを作らないとできないのだが、そういう意味では体制はできておらず、ましてやコンセプトもできていないと言わざるを得ない。水利権は極めて古い民法的な発想でできており、全然そうではない発想があり得るけれども、そういう問題があるという事を指摘するに止まったまま、もう50年位経っている。さらに「自然災害を想定した危機管理の中心部局化を目指す」という事である。これは今でも防災課があり、自然災害と言えばやはり

国土交通省河川局を中心にして、都道府県、市町村の防災セクションに至るまで大体うまく連携がなされており、これは自治体マターというよりは、危機管理の中心部局としてむしろこのままにするか、あるいは内閣府の1セクションにするかという方向感になるのかも知れない。5番目は次に述べる「海への進出」である。

2. 海の扱い

これは実は私自身が日本の水に係る法制度というものを勉強していて大変驚いた事でもあったのであるが、河川の話は内外にそこそこ議論があるが、完全に何も無いのが海の話である。これは我が国が敗戦国であるという事と極めて密接に関係しており、私もその事を実感した次第であるが、海に関しては日本の法制度が、殆ど全くないと言っていいというのが実態である。ここで海岸法と港湾法について少しだけ触れると、先ず海岸法は、昭和31年にできた法律だが、話が海となった途端に関係省庁が格段に増える。海岸法の所管官庁は漁港管理者であるところの農水省であり、それから当時の運輸省である。運輸省は港湾法を所管しており、それから河川局であれば建設省（当時）という事になって、その外に自治体が管理しているものもあったので、法律としては旧河川法、国有財産法、港湾法、漁港法、それから府県の条例が元々あった。関係省庁がたくさんある中で、海岸法を作ったという事で、言わば責任者不在という、そういう状況である。そうなるに常に調整の話が出てくるので、事態はおよそ動いていない。しかも海岸といっても、これはせいぜい陸地から数十～数百メートル程度離れたぐらいの護岸造成等の話であり、要するに陸地の話とそう変わらず、全然海に出ていないという事で、これでは実質的には海に関する法律と言えないのではないかという気もする。港湾には一般海域という領域があるが、例えば東京湾の真ん中辺りにある一般海域は、湾の中でありながら、どこが所管するのかよく分からないという事になっており、今は分権の時代なので、それは自治体ではないかと言えば、では一般海域を自治体が管理するのかという事になって、ある意味で大変恐ろしい事になっている。

そうはいっても海岸法も作り方は河川法と同じ仕組みであり、ほぼ同じような基本コンセプトでできている。公物管理の中で仕組みが作られているのだが、ポイントとしては、先ず一つは権限に執着する公物管理という発想から脱却する必要がある。海の規制に関しては、何らかの所有権に基づいて管理するという法制度はおよそ考えられない。それでありながら、海岸法は公物管理という発想でできている上、一般海域のフォローがなされていない。それから海岸は国土のラインであるという点である。要するに、我が国は島国なので、海の際が国境になる。国境の話だから、もっとちゃんとやらなければいけない話であり、不審船や不法入国者がどんどん入ってくるという状況は恐ろしい事であるが、実質上何も無い状態が続いている。海岸に関しては、公物管理の枠組みでいくのはもうおかしい話であり、むしろ国がきちんと出て行っ

て、水際行政をやるということだと考えられる。ただ水際行政をやりましょう、と言った瞬間に今度は海上保安庁も出てくるし、水上警察という事で、警察も出てくる事になるし、さらにもうちょっと進むと、今度は海上自衛隊も出てくるという話になる。

水際行政についてはやらせないというのが元々のGHQの方針として明確にあったところであり、これは占領法制であるが、それがそのまま残っているというのが海岸の法的仕組みである。それがダイレクトに出てくるのが港湾の話である。港湾法は、海岸と全く同じ領域をカバーしている法律だが、明治以来日本には、三大土木事業というものがあって、それが河川と道路と港湾である。ところが道路と河川は戦前にも法律ができて、それなりにやってきたのだが、ずっと顧みられなかったのが港湾であり、結局法律が作られたのは戦後である。GHQが港湾局（ポート・オーソリティ）をもって港湾管理者とするという仕組みを作り、これは完全に横文字を縦にした法制度だが、そういう形で現在の港湾法ができています。港湾法は、完全に英米法の仕組みである一方、最初に申し上げた通り、我が国のそれまでの港湾管理はヨーロッパ的なやり方で、国がむしろ直接的に管理するという風に、非常に公の性質が強い形で港湾管理、港湾整備をやってきたという伝統があった。従って、いきなりポート・オーソリティを作れと言われても実態に合っていないので、誰も作らない。その結果、今ポート・オーソリティで作られている港湾は、我が国にたった一つ、新居浜港だけである。ところが港湾法をご覧になると分かるが、ポート・オーソリティの規定が中心であるため、法律の約4分の3がそれに関係する規定になっていて、しかも残りの規定についても、港湾の工事に関するものであるため、法律としての存在感は極めて薄い。戦前、戦後直後の極めて徹底した原始的な民主主義、分権主義といったアイディアで作られているのが現在の港湾法である。

今分権改革が大変盛んであるが、分権委員会の方でも、港湾法は分権の理想的な法律などと言われているだけに、法制度を元に戻せず立ち往生しているという状況である。この辺りが全部公物法のところから出発しているのに気が付き、大変驚いたが、先ずSOLAS条約（海上における人命の安全のための国際条約）というのがアメリカ主導で完成され、SOLAS条約に対応した形で港湾管理しなければいけないという事で、特別法が我が国で作られた。平成16年にSOLAS条約の改正を受けて、国際航海船舶、国際港湾施設の保安の確保等に関する法律ができた。これは横文字を、縦にしたような法律だが、ある意味すごくグローバルな法律であり、今の港湾法の基本的な仕組みを変えてしまっている法律である。

話は元に戻るが、海岸や港湾等、海が話に出てくると、その途端に公物理論は使えなくなる。要するに、何か物を管理するといっても、海の管理なので、物として管理する事はできないというわけである。そういう広大なエリアについて規制をかけていくという事が問題になってくるわけで、この事自体に実際法律学者自体が実は気がついていない。従って港湾なら港湾を念頭に置いた上で、道路法と河川法と港湾法が説明できるような議論が、同じように立てられるだろうかという問題意識を持った瞬間に、公物理論は使えないという事がすぐ分かる。そうい

う意味では、学問的にもずっと手つかずのまま放置されていた領域だったという事であり、そうだとすれば、本当の意味で出発点に立ち返って水の管理をどうしたらいいのかという問題を考える必要がある。本来川なら川があり、水がありというように、法的ドグマを前提に議論を立てるのではなくて、白いキャンパスに絵を描くように、その特質に合った規制の枠組みというものを考える必要があるのではないかという事に気がついた。今そういう段階にようやくきている。

3. 最近の動きについて

最後に、最近の動きについて少しだけ言及をすると、一つは、河川行政がもう既に手詰まり感が出ている中で、気候変動という概念への対応がそれはそれで新しい動きとして出てきている。先般の答申においても、従来であれば水災害適応型社会を目指した緩和策を前提としていた河川行政が、発想を変えて適応策の方に舵を切りつつある。そういう意味では、従来の河川行政にはない部分も出てきており、全く楽観はしていないが、ベクトルの矢印の向きが変わりつつある。ただ気候変動という概念を使うのはいいが、その場合、大きく分けてポイントは3つある。

1つは世界規模で起きている、いろいろな水害に対して一種のODAみたいなものとして、今まで日本でやってきた古いタイプの工事行政を各国でローカルに行うという事。2つ目は、それを国内の治水にどうやって繋げていくのかという事であるが、これがなかなか難しい。法律論から言えば、気候変動という言葉だけを単にフレーズとして使うのではなくて、きちんと制度設計につながるような形で概念を詰めた上で、作業を行わなければならないのであるが、そういう経験がないという事もあって、全くできていない。従って国内的には、なかなか河川行政は厳しいだろうと思っている。それから3つ目は地方分権に関する事だが、河川は非常に中央集権的な仕組みである。それはそれで理由がないわけではないのだが、実態的な地方分権が結構進んでしまっている。最近では川辺川のケースで熊本県知事が、やはりダムは造らないという風におっしゃっている。淀川水系の大戸川ダムについても、関係4知事が、にわかに国のやり方には賛同できないというような事になってくると、これはなかなか厳しい状況であり、特に川辺川は、事実上熊本県の中で完結している川なので、知事がいやだとおっしゃるとやっぱり手を出しにくいところがある。大戸川の場合も、結局流域で各自治体がもうこれは要らないと言われると、流域管理という事からすれば、それを超えて国が干渉して、知事が反対しても何が何でもやるというのはもう正当性がないと考えられ、既に政治的な意味でも大きな壁にぶつかっている。これについては何か検討するというような話でもあるが、運用を変えるだけで解決できる問題ではないと思う。こうなった時にどこが最終的にリスクを負って責任を取るのかという事については純粋な法律問題になるが、そうした認識を国側はもっと持つべきでは

ないかと思う。

最後に、制度論はやはり必要がなければやる必要はないと思うが、戦後およそ半世紀以上を経て、そろそろ制度論をやらないといけない時期に来ているという思いを非常に強くしている。