

論 説

地下水法の現状と課題

—— 城崎温泉事件から紀伊長島町水道水源保護条例事件へ¹ ——

松 本 充 郎

1 日本における水資源問題における地下水の位置付け

日本は、気候的にはアジアモンスーン地域に位置し、夏の雨と冬の雪による豊富な降水の恩恵を享受している。しかし、人口一人当たりの水資源賦存量は、他国と比較すると必ずしも多くない²。また、日本では、地表水は以前からより重要な水源であり、取水量ベースで約88%を占める(残りの12%が地下水)³。確かに、日本の総人口は減少しつつあり、国内での生産活動も停滞しているが、水不足は(地域差はあるが)依然として概ね夏季の都市部で発生することが多い。その理由は、水の需給を調整する仕組みが十分に機能していないためである。

さて、水需給のミスマッチを解消する方法は、大まかにいうと4つある。①地下水の利用、②地表水の流出ロスなどの削減(一般的にはダムや貯水池などの人工構造物の建設)、③(多くの場合には農業用水から都市用水への)水融通、④処理水の再利用・水利用の効率化・脱塩装置の導入である⁴。

高知論叢(社会科学)第102号 2011年11月

¹ 本稿は、松本2008を大幅に加筆修正して行ったGroundwater Resources Associationにおけるポスター発表(2010年9月15日)を邦語訳し、さらに加筆修正したものである。

² 「人口一人当たりの水資源賦存量 = {(単位面積当たりの降水量 × 面積) - (総蒸発量 + 総流出量)} / 人口」である。日本は、雨は多いが面積の小さな国であり、インプットが少ない。また、雨は、梅雨から秋の大雨や台風(及び冬の降雪)の形で一度にまとめて降るため、その多くは河川から流出しやすい。需要サイドからみると、日本の農家の多くが水田耕作を行い、夏季に大量の水を消費している(国土交通省2011, 56-60頁)。

³ 年間総取水量824億m³のうち727億m³が地表水・97億m³が地下水であった(国土交通省2011, 59頁, 1-3-1)。

⁴ Hanak *et. al.* 2009, p. 5.

近年、水需給の調整手段が追加的に必要になる背景として、しばしば気候変動が挙げられるが、これだけではない。②ダム等のコンクリートの構造物の物理的耐用年数は70-80年であるが、1950年代以降に建設されたダムは2020年代以降に寿命を迎え、撤去・延命・更新・新規立地の判断を迫られる。このうち、ダムなどの大型の構造物の新規建設は、財政的にも社会経済的にも困難であり、環境影響からみても望ましくない。また、現状の技術を前提とすると、④のうち脱塩装置の導入はコストが高く、離島などの場合を除いて現実的ではない。このような状況の下では、水の需給の調整方法として、①地下水の利用・③渇水時の調整・水利権又は水取引・④処理水の再利用や水利用の効率化が非常に重要になる。③・④は別稿に譲り^{5・6}、以下では①地下水の利用に焦点を当て、地下水の持続的利用を可能にするための法制度について検討する。

具体的な論点に入る前に、日本における水資源問題における地下水の位置付けについて述べておきたい。地下水は水が浸透した土壌である帯水層から汲み上げることになるが、帯水層は土地所有権の区画とは一致せず、複数の土地所有者が一つの帯水層を共同で利用することになる。これまで、温泉の利用・管理については、村落共同体の慣習をベースに温泉権が発達してきたが、近代化まで自然に噴出する地下水が利用されていたに過ぎない。しかし、大正期の深井戸掘削機の普及、1950年代以降の再工業化・電気ポンプの普及によって地下水の開発が盛んになり、主に都市部で地盤沈下が激化した⁷。

そのため、本土の多くの地域では地下水のそれ以上の開発をあきらめ、地表

⁵ 日本では、異常渇水時の水利権者間の調整が重視されている(53条)。次に、水利権取引は、河川法上可能だが(34条)、実務上、あまり利用されていない。また、最高裁は、水取引は現行の河川法上は認められていないと判示した(三田用水事件・最判1969・12・18訟月15卷12号1401頁)。しかし、実務上は農業用水から都市用水へのヤミ転用が行われている(志免町給水拒否事件・最判1999・1・21民集53卷1号13頁)。そこで、河川法改正により水取引導入の可能性が議論されている(松本近刊、454頁を参照)。

⁶ 渇水の年に利用することを目的として、豊水の年に得られた余剰の水を地下に貯水することを接続的利用(conjunctive use)といい、帯水層をいわば地下のダムとして利用するものである。カリフォルニア州では、地下水の涵養・地盤沈下の防止・海水の浸入の防止のために、地表水や下水を高度処理した水を帯水層に注入する取り組みが一般的である。日本では、南西諸島において雨水を帯水層に浸透させる手法が使われているが一般的ではない。なお、後掲3-4は(争点にはなっていないか)接続的利用の例である。

⁷ 阿部1981、223頁。

水の開発に力を注ぐようになった⁸(後掲3-1において若干論ずる)。これに対して、南西諸島などの島嶼部や熊本県熊本市などの火山性土壌の地域は、日常生活や生産活動に必要な水資源を地下水に依存しているが国内では例外的である。このような経緯から、地下水は全ての水利用のうち取水ベースで12%を占めているにとどまる(註3)。

今日、日本が地下水をめぐる直面する問題は、過剰な採取や地盤沈下だけではなく、多様化・複雑化している。地下水は、家畜排せつ物や肥料による硝酸性窒素汚染や工業起源の化学物質による汚染リスクを抱えている⁹。さらに、全国的にみると、水源林の近辺での廃棄物処分場の建設による地下水の汚染・枯渇のおそれや、海岸近くにおける地下水の採取による帯水層への海水の浸入、さらに、外国人による森林買収の事例も報告されている¹⁰。

このような問題に直面し、沖縄県宮古島市では、地下水の利用・管理全般に関する「地下水保護管理条例」を制定し、1965年の制定以来、40年以上にわたって数度の大改正により問題状況の変化に対応してきた¹¹。

これに対して、旧紀伊長島町(現三重県紀北町)は、水道水源保護条例により廃棄物処分場による過剰な採取を規制しようとしたが、最高裁は処分場側の主張を大筋で認め、差戻し控訴審判決は処分場側の請求を認容した(後掲3-4)。

そこで、本稿では、上記のような問題状況を踏まえ、地下水の持続的利用を可能にする法制度について、次のような順序で考察する。まず、「地下水への権利」の法的性格と法的救済の方法について検討する(第2章)。さらに、地下水保全条例による「地下水への権利」の内容の明確化・権利行使の規制の可否・可能である場合の制度設計について、旧紀伊長島町水道水源保護条例事件を通じて検討する(第3章)。最後に、本稿で検討した内容を要約し、今後の課題を探る(第4章)。

⁸ 三本木1999, 125頁。

⁹ サンゴ礁の白化の主な要因は海水温の上昇であるが、南西諸島においては、家畜排泄物や肥料から硝酸性窒素が発生し、富栄養化した地下水が海に流入し、白化に拍車をかけている可能性が指摘されている(中西2009)。

¹⁰ 国土交通省2011, 102-103頁及び林野庁2011, 57頁(表Ⅲ-2)。

¹¹ 先行研究として、柴崎他1975・阿部1981・阿部1985・小川2002などがある。

2 「地下水への権利」の法的性格と法的対応方法

地下水は、土地への権原を契機としてしかアクセスできないから、利用者の排除は容易であるが、土地への権原を持つ者による過剰な利用の排除は困難である。また、「地下ダム」としての帯水層の水圧の維持（地盤沈下の防止）や水質の維持は容易ではない¹²。以下では、地下水の利用の前提となる地下水への権利の法的性格を検討し、さらに、地下水及び帯水層を持続的に利用するための法的対応方法について検討する。

2-1 権利濫用の法理

2-1-1 事件の背景

原告 X は、1930年代半ばまで泉水を利用して庭園を演出することによって料理屋を営業していた。しかし、隣地の所有者 Y は、後から鱒の養殖を始め、X が庭園の演出に使っていた泉水が枯渇した。X は、井戸の掘り下げなど採取施設を改善するために追加的な支出を余儀なくされた。そこで、X は、地下水位の低下は Y による権利濫用によって起きたとし、過剰な採取の差止めと追加的支出について損害賠償を請求した。Y は、自分が所有する土地において必要な限度で地下水を使用しただけで、X に損害を与える目的はなかったと反論した（慣習に関する論点は主な争点ではないので省略する）。

2-1-2 大審院1938年6月28日判決とその含意

これについて、大審院は、次のように述べ、X による損害賠償請求を認容し

¹² 地下水は、地表から地下に水が浸透することによって帯水層に涵養される。帯水層には土地所有権その他の権原を持つ者だけがアクセスできるが、帯水層は土地所有の区画と無関係に存在するため、複数の地下水利用権者が同一の帯水層にアクセスすることになる。安全採取量とは、狭義には涵養量以内の採取量（最適採取量）をいうが、広義には社会的に許容できる期間で地下水を枯渇させる採取量をいう（Getches 2009, pp. 290-291）。ある権利者が安全採取量を超えて取水すると他の権利者の取り分は減るため、採取競争が起きやすい。地下水利用権は「所有権に附随する（しない）」「共同性を持つ」だけでは問題は解決せず、配分原理が決定的に重要になる（2-1-4・2-2-4・3-4-3を参照）。

た。土地所有者は、その所有する土地において地下水を取水する権利を持つが、許容される権利行使は他者の権利を侵害しない程度に限られる。もし取水による他者の権利侵害が許容限度を超える場合には、その権利行使は濫用すなわち不法行為にあたり、損害賠償責任を負う。本件では、YはXの営業を知りつつ許容限度を超えた採取をしており権利濫用に当たる¹³。

本判決の含意は次のように要約できよう。まず、地下水への権利は、民法206条・207条を文言通りに解釈すると土地所有者の所有権に附随することになる（地方にこれと異なる慣習が存在し、慣習が公序良俗に反しない限りは、こちらが優先される。法の適用に関する通則法3条。詳細は2-2-4で後述）。次に、土地所有者同士の紛争では、許容限度を超える利用は権利濫用とされる。しかし、この判決の2週間後に、上記の事件と異なり権利濫用を認めない判決が出ており¹⁴、学説は大審院が混乱していたと指摘する¹⁵。

本判決について、民法典が採用する沿岸権法理を判例法によって専用権法理の一類型に置き換えたものであるとする説もあるが（Ramseyer 1989）、以下検討するように日本の「地下水への権利」は地下水利用権であり、沿岸権法理の一類型である相関権に近い¹⁶。

2-1-3 判決に対する学説からの批判

土地所有者が好き放題に採取できるとすると、採取競争が起きてしまう。土地所有者が「地下水への権利」を持つというだけでは、採取競争の問題は解決しない（前掲註12）。我妻榮は、上記の判決を次のように批判する。地下水の利用についても河川の流水の利用に準じた扱いをすべきである。すなわち、

¹³ 大判1938・6・28新聞4301号12頁。

¹⁴ 大判1938・7・11新聞4306号17頁。

¹⁵ 阿部1981, 223-231頁。武田1942, 220-232頁及び233-267頁。

¹⁶ アメリカ水法において、沿岸権とは、流水の沿岸の土地所有権に附随する水利権であり、専用権とは、先に取水を始めたものが土地への権原と無関係に獲得する水利権である。相関権法理の下、採取量は、面積に応じて比例配分され、土地の区画内で使用されること及び有益の使用に供されることという制限がつく（Sax *et. al.* 2006, pp. 416 and 429-433 and Getches 2009, pp. 269-273）。日本法の「地下水への権利」の性格と内容は、2-1-4及び2-2で検討する。

(a)あるものが法令又は慣習によって専用権を持つ場合には、専用権を持たない者は専用権を侵害しない限りでのみ地下水を利用できる。(b)誰も専用権を持たない場合には、各土地所有者は地下水を平等に利用する権利を有する。一人の過剰な採取によって他の所有者の利用が不可能になる場合には、当事者は、地下水を平等に分配できる道を講ずるべきである。しかし、かような分配は、法令の規定ないし和解によるならともかく、裁判によって実現することはできないとするのが判例通説である¹⁷。

2-1-4 私見

何人も水へのアクセスを拒まれるべきではない。しかし、地下水の採取量の上限と配分原理を明確にし、これらを実現するためのルールがなければ、地下水に物理的にアクセスできる土地利用権者の間の採取競争は防げず、誰も保護されない。

本件において、判決が損害賠償請求を認めたことは支持できる。しかし、より望ましいのは、次のような解決である。すなわち、まず、最適採取量から安全採取量を算出し、安全採取量を権利者に配分する原理や配分の際の考慮要素を明示する¹⁸(註12及び後掲3-4-3)。次に、相隣関係を拡大した「地域的公序」として安全採取量を配分し、Xによる取水を配分量以下に制限する技術的手段がある場合にはその手段をとることを命じ、さもなければ差止請求を認容することであったと思われる^{19・20}。

¹⁷ 我妻1952, 183-184頁。なお、本件の地裁判決は、本来なら当事者間の協定によって採取を管理すべきものであるとしつつ、権利濫用の法理を適用し損害賠償請求のみを認容した(東京地判1935・10・28新聞3913号5頁)。

¹⁸ 我妻説は、平等な配分原理を謳うことから、後述する相隣権法理に近い。しかし、「平等」が、土地の面積に応じて土地所有者間での比例配分なのか、土地所有者の頭数での均等配分なのか、別物なのかは明らかではない。これに対して、武田軍治は、やや踏み込んだ見解を示す。すなわち、相互の関係において社会観念上相当と認められる範囲が限度となる。その範囲を画定する基準として、取水開始の時間的先後関係は考慮要素となるものの、水の利用目的・所有地の広狭・土地の形状等も勘案すべきである(武田1942, 229頁)。

¹⁹ 武田1942, 225-227頁は、根拠として不法行為も挙げており(特に227頁)、法的根拠と対応方法の関連について曖昧さが残る。

²⁰ 牛尾2006, 82-85頁, 松本2006, 320-323頁, 鈴木2009, 65-73頁及び池田2010, 131-132頁を参照。ここで「地域的公序」の概念について補足しておきたい。松本2006, 320-323頁は、入会権・漁業権・慣行水利権の競合によって形成された地域の慣習的秩序を財産

2-2 温泉権

2-2-1 事件の背景²¹

温泉とは、温泉法上、25度以上の温度と法2条が定める鉱物やガスを含む水である。日本人は温泉好きであるために、温泉には経済的な価値があり、日本の近代化以前から慣習上の温泉権が発達してきた。古来、温泉の浴客は、宿の外の共同浴場である外湯で入浴しており、宿の中で入浴する内湯は全国で一般的に禁止されてきた。

湯島村は、兵庫県北部に位置し、温泉の豊富な湧出量で知られており、明治維新前には、内湯は禁止されていた²²。1889年には、隣の二つの村と合併し、新しい湯島村ができた。さらに、1895年には城崎町になり、城崎町内の温泉を管理するために湯島財産区が形成され、1957年には近隣の町と合併し、その後の近隣市町村との合併により豊岡市の一部となった。

1909年には、国鉄が城崎まで開通し、これ以降、城崎は京阪神から多くの旅行者を受け入れることになった。大正年間には転入者が増え、その中には自家入浴用の温泉掘削をするものが増えた。また、旅行者は内湯での入浴を望んだため、旅館の経営を拡大したい経営者は内湯を建設し始めた。そのため、共同浴場用の泉源は枯渇したり著しく減量したりした。そこで、町は県に働き掛け、1920年、県は鉱泉地区取締規則（以下「規則」）を制定し、内湯のない小規模な宿はこの規則を支持した。さらに、多くの土産物屋や食堂は、外湯に入るための人通りに依存して営業していたため、城崎町は外湯を維持しようとした。

権規制と営業の自由の規制に分けて検討し、後者について「公序」という観点から正当化すると同時に限界を示した。その後、牛尾2006・鈴木2009・池田2010・大塚2010に接し、人格権及び土地所有権における相隣関係の延長線上にある秩序—地域的公序—の問題と捉えるのが妥当だと考えるようになった。本稿において、「地域的公序」とは、近代化以前に地縁と経済的必要性から形成された入会的秩序が、地域の社会経済的变化を受け、自発的意思によって再編成されてできた新たな地域共同体的秩序をいう（後掲註25・3-3・3-4）。

²¹ 川島1994、108-124頁、武田1942、233-267頁及びRamseryer 1989、pp. 61-64。

²² その後、明治初年の陣屋の湯壺事件の後には代官専用の湯壺が湯島村に無償で譲渡された。また、1881年の湯とう屋の内湯事件では、井上馨外務大臣の来村時に内湯を作った者がその後も内湯を維持しようとしたが、内湯禁止規範違反を理由に賦役を命ぜられている。湯とう屋事件の後、内湯条例により内湯自体は許されたが、内湯の鍵は村落の湯方に預けられ高額の入浴料が課されたとされる。

1925年には、城崎とその周辺は北但大震災に見舞われ、町全体が被害を受けた。しかし、幸運にも帯水層には影響がなかった。1926年には、城崎町は、外湯の復興支援のために町債を発行し、資金を供給した。多くの町民は、復興のために協力し、外湯の施設を拡張するために土地を提供したが、第1次世界大戦以降の経済不況と相俟って、復興は容易でなかった。

城崎町内のAが所有する土地において温泉が湧出しており、Aは県規則に基づく温泉掘削許可を受けていたが、この旅館に内湯はなかった。Xは父親であるAから、本件土地と旅館を相続により承継した。兵庫県知事(Y1)は、Xが相続によりAの温泉掘削許可を承継することを承認した。1927年には、Xは、内湯を持ち浴客を入浴させるために、警察に対して営業用家屋増築許可の申請を行った。申請に当たって、Xは増築の目的は自家入浴であるとしたが、当然、宿泊客が入浴することも可能であった。警察は、申請の許否について町長に相談した。さらに、町長は、許否について町議会及び財産区と協議したが、Xが内湯の建設を意図していることを前提に拒否すべきであると回答した。1928年5月10日、Y1は、規則3条2項に基づき、1930年3月31日まで浴客による内湯の利用停止を命令した（規則3条2項は泉源の枯渇防止と公の秩序維持を目的とし、公安公益に影響がある場合に知事に温泉の使用停止を命ずる権限を与えていた）。

しかし、1928年6月、Y1は唐突にXに対して拡張工事を許可した。この件を巡って町内が混乱したため、県は泉源の調査を始め、1930年3月22日には、県知事は規則3条2項に基づき1930年4月1日以降、当分の間、2回目の利用停止命令を出した。

2-2-2 行政訴訟及び民事訴訟

XはY1を被告として、2度目の利用停止命令の取消訴訟を提起した（行政訴訟）²³。

まず、行政訴訟において主な争点となったのは、(a)原告の内湯設置は公安

²³ 行判1940・9・10行録46巻8号716頁及び武田1942, 233-267頁。

公益に影響を与えたかという点である（訴訟要件に関する議論はすべて省いた。以下同じ）。

すなわち、(a)湯島区に温泉専用権ないし内湯を禁止する慣行があれば、規則に優先して適用され、取消請求は棄却される。これに対して、慣行がなければ規則が適用されることになるが、規則3条2項は行政庁に対して非常に包括的な授權しかしていない。そこで、規則の目的から、原告による内湯の設置が他の既設の温泉に影響を与えず、公安公益を害するおそれもなかった場合には、取消請求が認容されることになる。

本件において、城崎町(Y2)は、Xを被告として民事訴訟を提起し、Y2に「温泉専用権」がある（湯島区内において温泉を排他的に利用する権利を有する）ことの確認とXに対する妨害排除(Xが所有する泉源の埋め戻し)を請求した²⁴。

民事訴訟において、Y2は、次のように主張した。湯島区には内湯を禁止し外湯を堅持する慣習法がある。すなわち、(b)原告財産区は、地下泉脈全体について所有権を有する。(c)仮に、所有権がないとしても独占排他的利用権すなわち専用権を有する（内湯を禁止できる）。(d)上記のような専用権がないとしても、共同浴場泉源に優先性を認める慣行にもとづく物権的優先権があり、共同浴場の泉源が減少ないし枯渇する場合には埋め戻しを請求できる。(e)そうでないとしても、湯島区には内湯禁止の慣習法があるか、(f)1882年の和解契約に基づき、内湯をやめよと請求する権利を有する。

2-2-3 裁判所の見解

地方裁判所は、行政訴訟において県知事Y1による利用停止命令を取り消し、かつ、民事訴訟においてY2の請求を棄却した（いずれの事件でもXが勝訴）。

まず、行政訴訟において、(a)湯島区には法例2条（現在の法の適用に関する通則法3条）にいう法的効果を有する慣行はない、もしくは、消滅しているから、本件では、規則が適用される。規則3条2項は、その目的を実現するため、行政庁に許可処分取消等の権限を授權するが、原告による内湯の設置は

²⁴ 神戸地裁豊岡支決1938・2・7新聞4249号5頁。

他の既設の温泉に影響を与えず、公安公益を害するおそれもなかったため、取消事由には該当しない。

また、民事訴訟において、裁判所は次のように述べて、Y2による請求を棄却した。第1に、地下水利用権は、地方の慣習がない限り土地所有権に附随する(b・c・d)。第2に、地方の慣習は、土地所有者が採取することを許容していた(e・f)。すなわち、1880年代までにいくつかの宿において内湯が建設され(註22参照)、1930年代には多くの宿が内湯を持っていた。

Y2は大阪控訴院に控訴し、裁判所は戦時調停を勧めたが、第2次世界大戦の間、手続は進まなかったが、Xは判決が出るまで内湯の建設をしなかった。敗戦後、1948年には手続が進み、1950年にはXの相続人とY2の間で調停が成立し、次の条件の下で内湯が認められることになった。第1に、Xは温泉が湧出する土地の所有者全員の同意を条件として、Y2が城崎町湯島地域において湧出する温泉を利用する権利を有することを確認する。第2に、湯島区は、外湯を堅持し、新たに内湯を設ける場合について条例を制定施行する。第3に、Xの内湯は条例に則った内湯として扱われ、調停成立後10年間は内湯条例要項に定める減量規定の適用を免れるものとする。

なお、内湯条例要項は、温泉の持続的利用を目的としている。内湯の新規開設の可否は、温泉委員会に諮問され、区議会が議決し、町長が最終決定を行うことになる。町長は、現存共同浴場泉源の泉量が著しく不足した場合に、温泉委員会に諮り、区議会の議決を経て、既に許可した内湯引湯の分量を減少し、又はこれを中止することができる。

また、豊岡市湯島財産区は、温泉の管理・供給施設に投資し、集中管理を行うことになった。その後、内湯条例・要項は改正され、城崎温泉利用条例・城崎温泉供給条例等となっている。

2-2-4 私見—「地下水への権利」の法的性格と、制定法上の根拠、判決への反論

まず、裁判例上、「地下水への権利」は、地下水の所有権ではなく、地下水利用権(一定量ないし一定割合の地下水の採取を行う権利)である。地下水利用権は、帯水層上の土地所有権(ないし土地への権原)に附随する権利である。

なぜなら、地下水は、地表の土地の構成物ではあるが、土地所有者の完全な支配には服さないからである（その表れが所有者の意思と無関係に一つの区画から別の区画に移動することである。註12も参照）。そのため、地下にある状態では所有権の客体にはならないが、地下水利用権に基づいて取水された後には所有権の対象とすることが可能である。ただし、地下水利用権について、民法と異なる旨の地方の慣習がある場合には、法令の規定及び公序良俗に反しない限り、その慣習が優先される（法の適用に関する通則法3条）²⁵。

さらに、地下水利用権は、地表の土地所有権から分離可能で、譲渡も担保に供することもできる²⁶。

また、国が法律の定めによって地下水の位置付けを変更し、「公水」「公共的資源」とすることは可能である（民法206条・207条）。

確かに、民法175条は、「物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない」と規定する（民法施行法35条も同旨）。しかし、民法典は、既存の慣習上の権利を全て排除したわけではなく、経済合理性がある場合にはこれを維持しようとしている（入会権に関する263条及び294条の規定）。また、法の適用に関する通則法3条は、地方の慣習が公序良俗に反しない限り、それが近代的なものであってもなくても、法的に有効であることを認める（公水条例の適法性については第3章で議論する）。

次に、行政事件・民事事件の判決について述べる。まず、行政事件については、次のように考える。(a)原告の内湯設置の公安公益への影響は、認定された事

²⁵ 地域的公序の概念には不明確さが残るが、本稿のテーマに則して私見を例示する。公序良俗違反の慣習とは、男女差別や特定個人の理由なき排除を許容する慣習などをいい、かような慣習は法的効力を持たない（当然である）。これに対して、地下水の安全採取量及び地下水利用権の配分原理を明確化する慣習は、地下水利用権の競合（相互掣肘）から生まれており、特定の地下水利用権者を一方的に不利益に扱うものではないから、地域的公序を明確にするものとして法的効果を認めうる。しかし、地域的公序を明確化した慣習であっても、狙い撃ち的に運用されるとその限りで効力を失う。後述するように、本稿は、このような慣習と条例を条件付きで連続的に捉え、地域的公序としての内実を備えた条例をも正当化する。ただし、この議論の適用範囲は、自然資源に関する秩序で、相互掣肘による秩序がある程度有効に機能している状態に限られる（例えば、神奈川県臨時企業税条例が同じ論理で正当化されるとは考えていない。後掲註46）。

²⁶ 川島1994, 126-184頁。

実から判断する限りないと思われる。内湯禁止の慣習は、解体しつつあったが消滅しておらず、公序良俗にも反しないこと、及び、原告の採取によって他の温泉に影響が出ている状況が伺えるから、取消請求は棄却するべきであった。

また、民事事件については、次のように考える。湯島区(Y2)は、地下水を所有することはせず、この点は明治初年段階でも同じである(bにつき判旨に賛成)。また、慣習については「事実=規範」であるところ、註22のような事実が認められるから、湯島区には温泉専用権があったと思われる(判旨に反対。前述c・d・e・fのうちdに近い)。地下水利用権の性格上、Xによる取水を一定量以下に制限する技術的手段がある場合には埋め戻しを命ずることはできないが、制限できない場合には埋め戻しを命ずることができる。さらに、本件の事実関係において、不法行為に基づく損害賠償請求も認容される²⁷。

2-3 小 括

民法典は、地方にそれと異なる旨の慣習がない限り、地表の土地所有者に地下水についても絶対的な権利を与えるように見える。しかし、日本の裁判所は、米国水法という相關権法理の一類型と解釈できる独自の権利濫用の法理を作りだした。この法理の下では、地表の土地の所有者も、受忍限度を超える損害を与えた場合には、裁判例上、不法行為による損害賠償責任を負う。もっとも、相關権は、論理的には相隣関係を発展させた法理であるが、今後は、権利濫用の法理・不法行為との論理的な関係を明確化すべきである。

また、地域共同体は、その地域の慣習が公序良俗に反しない限り、慣習に基づく地下水利用権を持つことができる(温泉権を含む)。しかし、新住民の転入・旧住民の転出等の事情により、地域共同体が解体した場合には権利は残存するものの秩序の再編が必要になり、地域共同体が消滅した場合にはその権利

²⁷ 川島1994, 84-94頁。民事差止請求の根拠としては、物権としての地下水利用権に基づく請求と人格権(平穏生活権・浄水享受権)に基づく請求がありうる。これらの関係について、裁判例は、後者の方が保護法益が広いことから、後者による請求のみを認容している(丸森町廃棄物処分場訴訟第一審決定・仙台地決1992・2・28判時1429号109頁、福島地裁いわき支判2001・8・10判タ1129号180頁など。詳細は別稿に譲る)。廃棄物処分場設置の差止め請求という事件の性格にもよるが、これらの裁判例において、地下水利用権の配分原理が示されていないことに注意を促したい。

は消滅する。いずれの場合も、地域共同体の慣習による秩序に戻ることはできず、制定法（条例を含む）及び協定による秩序形成が重要になる。

近年、次に見るように、地下水の過剰な採取や廃棄物処分場立地による地下水の汚染や枯渇の問題が起きている。このような問題状況に対応するため、地方自治体による地下水保全条例や水道水源保護条例（以下「地下水保全条例」）が数多く制定されている。そこで、次に、地下水保全条例の適法性について検討する。

3 地下水利用権の現代的規制—地下水保全条例の合憲性・適法性—

3-1 地下水をめぐる現代的問題と法律による規制

地下水の枯渇・汚染の原因は次のように要約できる。地下水の涵養量よりも採取量が多ければ、地下水位は低下する。また、地下水汚染は、例えば半導体の製造や石油の販売・化学肥料の使用・家畜の排せつ物等によって起きる。近年、世界各地でサンゴ礁の白化が起きており、その主な原因は海水温の上昇であるが、陸域の汚染された地下水が沿岸海域に流出し、白化に拍車をかけている可能性が指摘される（前掲註9）。

まず、過剰な採取対策としては、次のような法律が制定されてきた。温泉法（1948年）は、泉源の保護（及び温泉採取における防災）を目的とする。工業用水法（1956年）・ビル用水法（1962年）は、地下水の過剰な採取による地盤沈下の防止等を目的とする。新河川法（1964年）は、治水・利水を目的とする（1997年に改正され、目的に河川環境の整備と保全が加えられた）。しかし、これらの法律は、地下水利用権の内容を定義していないし、地盤沈下を防ぐ目的以外では地下水の過剰な採取を規制していない。

次に、水道法（1957年）は、清浄で安価な水道水の供給を目的とする。また、廃棄物処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」。1970年）は、廃棄物の排出を抑制し、適正な処理（保管・処分等）により、健全な生活環境を保全し公衆衛生を促進することを目的とする。具体的には、産業廃棄物処分場を確保すると同時に、処分場による水質汚濁を防止することも目的である（14条以下）。

さて、廃掃法上の施設許可の基準（15条の2第1項）を遵守する限り、水質に関する問題は起きないはずであるが、処分場立地に関する紛争は絶えない。地方自治体は、地域の問題に対処するために独自条例の制定を迫られ、地方自治体は行政訴訟を引き受けざるを得なくなっている。これに対して、廃棄物処分業者は、民事差止訴訟（裁判例については註27を参照）への対応を強いられている。

そこで、次に、地下水保全条例に対する理論的批判と裁判例における議論について検討する。

3-2 地下水保全条例への理論的批判

地下水保全条例に対しては、憲法レベルの批判（憲法22条適合性及び憲法29条適合性）と法律と条例の抵触のレベルでの批判があるが、ここでは前者について論ずる。

まず、憲法22条適合性について、紀伊長島町水道水源保護条例事件の調査官解説は、本件条例が消極的・警察的規制であることから「本件条例の規制が目標達成のために最小限度の規制であるかどうか、あるいは、必要最小限度のもの」であるかどうかの問題となるとする。そして、取水量の制限は目的に照らして合理的限度内だが、施設の設置自体の禁止は合理的限度を超えると指摘する²⁸。

さらに、工業用水法・ビル用水法・温泉法が、採取施設の位置・揚水機の吐出口断面積による規制を行っていることを挙げ、条例もこのような仕組みをとることが可能であり、採取規制が行われる指定地域の範囲が厳格に限定されているとする。

しかし、工業用水法等は、地下水利用権の性格について明確な結論を出しておらず、目的も地盤沈下防止に限定されており、資源の持続的利用の視点に欠けている²⁹。このような法律を比較対象として、地下水保全条例の憲法22条適

²⁸ 杉原2005, 231-241頁(3765-3775頁), 特に注7を参照。

²⁹ 松本2008, 26-27頁。地下水利用権の性格について、工業用水法制定時には、徳永久次政府委員（通商産業省企業局長・当時）は、土地所有権の内容であるが内在的制約であるとしている（第24回国会商工委員会第22号・1956年3月23日）。これに対して、ビル用水法制定時には、土地所有権の内容であるかどうか議論が分かれていた（第40回国

合性を論ずるだけでは不十分である。

次に、憲法29条1項は私的財産権を保障するが、2項はその内容について公共の福祉に適合するよう法律で定めるとする。そして、民法175条は「物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない」とする。さらに、206条は「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」とし、207条は「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ」と規定する。

もし、「法律」が文字通り国の「法律」だけを指し「条例」を含まないとすると、地下水利用権を制限する条例は、憲法29条2項及び民法に適合しないということになる。実際、有力な学説は、次のように議論する。すなわち、物権法定主義を定める民法175条が「法令」ではなく「法律の定めるところによる」と規定するのは、個人を封建的な諸関係から解放すると同時に、全国的に一律な財産権のみを許容することによって取引の安全性を高め効率化を図るためである³⁰。この議論によると、条例によって水利権の内容を明確化したり制限したりする規定を置くことは、仮に法律によって先占されていなくとも許されないことになることになる³¹。

そこで、次に、条例に地下水利用権の内容を明確化・変更・制限する規定を置くこと—例えば地下水を公水とし採取を許可制の下に置く公水条例—の可否について検討する。

既に述べたとおり、民法175条及び民法施行法35条は、一見、法律によらない財産権の内容の変更や制限を排除しているようにも読めるが、入会や水利権等の地方の慣習は排除されていない。さらに、法の適用に関する通則法3条は、公序良俗に反しない慣習は、これを禁じる法律が存在しない限り、法律と同一

会建設委員会第20号・1962年4月5日)。すなわち、齋藤常勝政府委員(建設省住宅局長・当時)は地下水が「所有権の対象」であることを前提として「規制をしていくことになった」とする。しかし、山内一郎政府委員(建設省河川局長・当時)は「地下水は公水かという趣旨の質問に対して」住宅局長のような考え方もあるが学説は分かれていると答弁している。

³⁰ 原田2005, 65頁及び森村1994, 14-17頁を参照。また、雄川1986, 274-281頁も参照。

³¹ この批判は、宮古島市地下水保全条例や(旧)紀伊長島町水道水源保護条例のように水利権の内容を制限するタイプの条例にとって深刻である。

の効力を持つと規定する（前掲2-2-4）。

さらに、条例は、地方議会が制定する法規範であり（憲法94条・地方自治法14条1項）、慣習より公示性も高い。特定の個人を不利益に扱うものではなく、住民の権利を一方的に制限するものでなければ、法律同様の効果を認めてよい（註25）。法律が存在する場合には、法律との抵触がないことが必要であるが（この点は次に述べる）、この条件を満たし、公序良俗に反しない条例の効力を否定することは妥当ではない³²。

なお、地下水利用権の内容は、慣習よりは条例・条例よりは法律によって一般的に明確化し、地域性を踏まえて条例や慣習に根拠がある場合に例外を認める方が望ましい。しかし、国が法律を制定しない場合、不文律に依存するより条例を制定するほうが明確性確保の観点から手段の選択として適切である。

3-3 地下水保全条例の合憲性・適法性

地下水保全条例の合憲性・適法性は、3つの点から問題になる。第1に、土地所有権に附随する地下水利用権の内容を明確化・変更・制限する規定を置くことは可能か。第2に、（実効性確保のために刑事罰を科す条例の場合、）条例によって刑事罰を科すことは可能か。第3に、同一ないし類似の目的を持つ法律がある場合、その条例は適法か。第1の問題は既に論じたから、以下では、刑事罰を科すことの可否にごく簡単に触れ（3-3-1）、法律と条例の抵触の問題について論ずる（3-3-2）。

3-3-1 条例によって刑事罰を科すことの可否

次に、条例への罰則の委任につき、最高裁は、次の場合に適法であるとした。条例が自治立法であることに鑑み、法律による具体的な内容を持つ個別の授権があれば足り、旧地方自治法14条5項の例示は具体的な内容の委任を行っており個別の授権に当たる。よって、旧地方自治法14条5項の例示の範囲内の罰則であれば、憲法31条に違反しない³³。

³² 三本木1999, 105頁。

³³ 最大判1962・5・30刑集16巻5号577頁。憲法94条が地方公共団体の条例制定権について

3-3-2 同一ないし類似の目的を持つ法律がある場合の法律と条例の抵触の有無

さらに、法律と条例の抵触に関しては、徳島市公安条例事件最高裁判決がある³⁴。まず、道路交通法77条3項は警察署長に道路交通の危険防止等の目的で道路使用許可に条件を付ける権限を与え、条件違反には刑罰が科される。また、徳島市は同市公安条例（本件条例）によって集団行進を行う場合に県公安委員会への届出を義務付け、集団行進の際の遵守条件を定め、遵守条件違反に対しても刑罰が科されることになっていた。

本件において、被告は、(a)蛇行進を行ったことが道路交通法77条3項の許可条件に違反し、(b)蛇行進を扇動したことが本件条例の遵守条件に違反するとして起訴された（(b)の刑罰の方が重い）。事件の争点は多岐にわたるが、本稿との関連で問題となったのは、本件条例が道路交通法と抵触するかどうかである（構成要件の明確性に関する議論は割愛した）。本件条例が道路交通法に抵触する場合には、(b)の上乗せ部分は無罪となる。

最高裁は、次のような理由で本件条例の適法性を認め、(a)だけではなく(b)についても被告を有罪とした。

(i)すなわち、「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容、効果を比較し両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない」（一般論）。

(ii)そして、ある事項について国の法令中に明文の規定がない場合でも、そのことが条例による規制をしてはならない趣旨であれば、条例による規制は国の法令に違反することになる。逆に、ある事項について国の法令と条例が併存していても、規律の目的が別であり、条例の適用によって法令の目的と効果をなんら阻害しなければ、国の法令と条例の間にはなんらの矛盾抵触もなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない。また、両者が同一目的であっても、法令が全国一律の規制を施す趣旨ではなく、自治体の実情に応じて別段の規制

明示的に規定し、地方議会も国会同様に民主的な基盤を有することから、条例によって刑事罰を科すことは憲法31条に違反しないとの見解もある（垂水補足意見）。

³⁴ 最大判1975・9・10刑集29巻8号489頁。

を容認する趣旨であれば、国の法令と条例の間にはなんらの抵触もなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない（例示）。

(iii) 道路交通法77条及びこれに基づく徳島県道路交通施行細則（以下道路交通法77条）と本条例について検討すると、道路交通秩序維持という目的の重複はあるが、後者にはこれに留まらず、地方公共の安寧と秩序の維持というより広い目的がある。確かに、条例3条3号の遵守事項と同法77条3項の許可条件については重なり合う部分がある。しかし、同法77条1項4号の規定は道路の特別使用許可について全国一律の規制を避けており、地方自治体が道路交通法とは別個に交通秩序維持の観点から規制を行うことを排除してない。

道路交通法77条と条例の目的に重なる部分があり具体的規制が重複実施されていても、双方の内容が矛盾せず、条例による重複規制に固有の意味と効果があり、かつ、合理的根拠がある場合には、道路交通法77条による規制はこのような条例による規制を排除する趣旨ではない。本条例にはこのような趣旨が認められるから適法であり、かつ、構成要件も明確だから、被告は(a)だけではなく(b)についても有罪である（あてはめ）。

この判決は、第1次地方分権改革前の判決であり、第1次分権改革後の法律と条例の関係について判断する際には、次の4点の考慮が不可欠である。

第1に、第1次地方分権改革において、軽視され続けていた憲法92条の「地方自治の本旨」の原点に立ち返り、国と地方の適切な役割分担を行うべきことが規定された（地方自治法1条の2第2項）。さらに、同法2条12項において「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体の適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」と規定された。このように考えると、国と地方の権限配分は変化しており、憲法94条の解釈も影響を受ける。地方自治体の法令解釈権の自主性は条例制定権のレベルでは尊重されなければならない³⁵。

第2に、しかしながら、住民や事業者の権利を制約する条例については、国と地方の権限の配分（憲法92条・94条）のみが問題なのではない。地方自治体

³⁵ 北村2004, 52-63頁及び北村2009, 33頁。

は、条例を制定・解釈・運用する際、関連する法令の解釈において住民や事業者の権利や他の地方自治体の権限についても考慮しなければならない³⁶。

第3に、法律及び条例の抵触の有無を判断する際には、徳島市公安条例事件最高裁判決の先例としての適用範囲に留意が必要である。すなわち、地方自治体が制定する条例には、法律とリンクする条例（法律実施条例）とリンクしない条例（関連政策条例と独自政策条例）がある。そして、徳島市公安条例事件最高裁判決は、独自政策条例（と関連政策条例）を扱ったものであり、法律実施条例には及ばない（ii 例示・iii あてはめ。判決の射程は、独自政策と関連政策からなる条例である紀伊長島町水道水源保護条例事件には及ぶ。後述）³⁷。

第4に、法律及び条例の抵触の有無を判断する際には、運用実態まで勘案することが必要である。例えば、廃掃法によると、廃棄物処理施設の設置許可処分は、法令の基準に基づく厳格な審査の下に出される。また、違反があった場合には、操業停止命令や改善命令を出せる。このように考えると、阿南市条例判決のように、水道水源保護条例は、廃掃法と同一目的・同じ仕組みで意味のない二重規制であるとの論理もありえなくはない³⁸。しかし、廃掃法は想定通りに機能していないこともあるし、多くの水道水源保護条例（や民事差止訴訟）は、廃掃法の水質汚濁を防止する機能が不十分だとの前提から出発している³⁹。

これらの点を踏まえて、次に、条例の適法性が認められた紀伊長島町水道水源保護条例事件について検討する。

3-4 紀伊長島町水道水源保護条例事件⁴⁰

3-4-1 事件の概要

本件の原告は、産廃処分場の中間処分場の設置者であり、廃棄物処理及び清掃に関する法律（廃掃法）15条1項に基づく申請を行った。1993年11月には、三

³⁶ 岡田2009, 272-273頁及び宇賀2010, 36-37頁を参照。

³⁷ 小早川・北村2009, 39-40頁・北村2009, 34頁・北村2010, 132-133頁を参照。

³⁸ 徳島地判2002・9・13判例自治240号64頁。北村2005, 103頁（北村・福士・下井2005所収）及び大塚2010, 477-478頁を参照。水道水源保護条例全般につき、内藤2004を参照。

³⁹ 北村2004, 103-106頁及び北村2005, 102-103頁を参照。

⁴⁰ 最判2004・12・24民集58巻9号2536頁。

重県産業廃棄物の適正な処理の推進に関する条例に基づき、県に対して本件事業計画を提出した⁴¹。

その後、紀伊長島町(当時)は、計画を精査し、1994年3月25日に紀伊長島町水道水源保護条例を制定した(本件条例)。本件条例は、「水道法2条1項の規定に基づき、町の住民が安心して飲める水を確保するため、町の水道水質の汚濁を防止し、その水源を保護し、住民の生命、健康を守ることを目的とするものであり(1条)、水質だけではなく水量を確保する点に特徴があった。

「町長は、水源の水質を保全するため水源保護地域を指定することができる」とするとともに(11条1項)、産業廃棄物処理業その他の水質を汚濁させ、又は水源の枯渇をもたらすおそれのある事業を対象事業とし(2条4号及び別表)、対象事業を行う工場その他の事業場のうち、水道にかかわる水質を汚濁させ、若しくは水源の枯渇をもたらし、又はそれらのおそれのある工場その他の事業場を規制対象事業場と認定することができる旨規定し」ていた(2条5号、13条3項)。さらに、「水源保護地域に指定された区域における規制対象事業場の設置を禁止し(12条)、これに違反した場合には、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処することとしてい」た(20条)。

そして、規制対象事業の認定手続として「水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者は、あらかじめ町長に協議を求めるとともに、関係地域の住民に対する説明会の開催等の措置を採ることを義務付けられており、町長は、事業者から事前協議の申出があったときは、町水道水源保護審議会(以下「審議会」という)の意見を聴き、規制対象事業場と認定するかどうか判断することとされてい」た(13条)。「審議会は、町の水道に係る水源の保護に関する重要な事項について、調査、審議する機関であり(5条)、町議会の議員、学識経験者、関係行政機関の職員等のうちから町長が委嘱し、又は任命する委

⁴¹ 本件が提訴された当時、廃掃法は生活環境影響調査を義務付けていなかった。そのため、都道府県は生活環境影響調査要綱を策定することにより対応していた(廃掃法が1997年に改正された際に生活環境影響調査が義務付けられた)。生活環境影響調査において、大気・水質・土壌・振動・臭気等の環境影響が評価されるが、通常、水量については評価の対象とはなっていない(北村2000, 161-186頁)。

員10人以内をもって組織することとされてい」た(6条)⁴²。

1995年5月10日、県は廃掃法15条1項に基づいて原告に許可を与えた。しかし、本件施設は町の水道水源に当たる二本の河川の支流から1日当たり95㎡の採取を計画していた。さらに、1995年5月31日、町は本件施設が水道水源を枯渇させるおそれのある施設である旨の認定を行い、本件処分場の建設を禁止した(本件処分)。そこで、原告は、町による本件処分の取り消しを請求した。

3-4-2 最高裁判決及び差戻し控訴審判決

差戻し前の高裁は原告の請求を棄却したが、最高裁は判決を覆し、高裁に差し戻した。最高裁は次のように判示した。水源に影響を与えるおそれがある施設の認定が委員会への諮問に基づいて行われ、仮に認定処分が行われると事業者の権利が重大な制限を受けることに鑑みると、協議は本件条例において最も重要な手続である。

また、町は、原告が条例制定時点で既に事業計画を提出しており、条例制定前に行われた処分場設置申請のための事業計画の提出によって原告の事業計画を知ったという事実を尊重しなければならない。さらに、町は、廃棄物処分場の必要性和水源保全の必要性を衡量すべき立場にあった。したがって、町長は原告が採取量を制限するように事前協議を行うという手続的権利を尊重すべき立場にあった。この権利を尊重せずに行われた決定は違法である。町がこの権利を尊重したかどうか明らかではないため、本件を高裁に差し戻す。

差戻し後の高裁は、町長が申請者の手続的権利を尊重しなかったことを理由に原告の請求を認容し、最高裁は、2007年6月7日に被告町の上告を棄却し、判決が確定した⁴³。

3-4-3 私見

本件最高裁判決の結論は支持するが、次に述べるように理由には一部反対する。

⁴² 津地裁1997・9・25判タ969号161頁(本件一審判決)。

⁴³ 本件の原告による逸失利益等の国家賠償請求は、2011年11月現在も津地裁に係属中である。

① 本件条例の適法性の判断枠組み

まず、条例の適法性について、最高裁は明示的な議論をしていないが、「異なる観点からの規制」として、条例の適法性を前提とした判断をしていると思われる⁴⁴。

この点について、調査官解説は、廃掃法と本件条例の目的について、地下水の水質汚濁防止という目的は重なっているが、水源枯渇の防止については異なる観点からの規制であり、本件条例が法律の目的と効果を著しく妨げない限りで適法であるとする⁴⁵。

これに対して、本稿は次の理由から、条例自体は水質汚濁防止についても水源枯渇の防止についても適法であったが、条例の適用方法が違法であったと考える。

第1に、地下水保全条例が、地下水利用権の配分原理について規定する場合、地下水利用権を単に制限するものではない。むしろ、降水量や地質等の自然的条件から安全採取量が大きめに存在するところ、地下水利用権が競合している状況の下で、地域的公序としての配分原理を確認したものであり、合憲・適法である（前掲2-1-4・2-2-4・3-2及び後掲②を参照。本件では、憲法22条について明示的に議論されているが、29条及び地下水利用権について本格的に議論され形跡はない）。

第2に、自然資源に関わる問題において、地域はそれぞれの自然条件に鑑みて、適切なルールを構築しなければならない。その意味では、地方自治体の問題発見能力は特に重視すべきであり、国と地方の適切な役割分担の表れとして、法律と条例の抵触関係は柔軟に解釈されるべきである。しかし、科学的知見が必要な場合、地方自治体の能力が不足している場合、これを補ったり誤っている場合には補正したりする工夫が必要である（後掲②で述べる）。

しかし、第3に、首長や地方議会の多数派による個人の権利侵害に対する統制が、必要であることも言うまでもない。特に、土地利用・地下水採取・営業の自由の規制のように、被規制者が政治的・経済的に強いとは限らない分野においては、恣意的な規制が行われないよう、徳島市公安条例事件最高裁判決の

⁴⁴ 阿部2005, 123-124頁。なお、北村2005, 346-347頁はこの見解に疑問を呈する。

⁴⁵ 杉原2005, 227-228頁。少なくとも水源枯渇の防止を図る規定は有効であるとする。

枠組みの適切な運用が必要である⁴⁶。

ここで、廃掃法と本件条例を比較すると、廃掃法が水質汚濁の防止を目的とするのに対して、本件条例は水質汚濁の防止だけではなく水源の枯渇防止も目的とし、両者の目的は重なる部分もあるが異なっている。また、(前述の通り)重複部分についても、廃掃法の規制だけでは水質汚濁の防止という目的が達成できない地域があるからこそ、自治体が水源保護という観点から水道水源保護条例を制定したという認識も踏まえなければならない。

もっとも、仮に、目的が同一であるとしても、廃掃法には自治体の実情に応じて別段の規制を容認する趣旨が認められ、本件条例に固有の意義と効果があり、合理性も認められるから、本件条例が適法であり得たと思われる。

② 本件条例の採用する地下水利用権概念と認定処分の適法性

次に、本件条例において、「水源の枯渇」は「取水施設の水位を著しく低下させること」とされ(2条3号)、本件高裁判決は、本件条例について相関権法理における「厳格な安全採取量」に類似の概念を採用したものと解釈できる。「相関権法理における厳格な安全採取量概念」とは、「その流域の地下水涵養量の上限≥個別の地下水利用権による取水量の合計」である(前掲註12)。そして、個別の利用権者の取水量は、厳格な安全採取量を面積に応じて比例配分することにより得られる⁴⁷。

⁴⁶ この点について、本件確定後の判決であり、地方税法の法定外普通税に関する事件であるが、神奈川県特例企業税条例事件地裁判決(横浜地判2008・3・19判時2020号29頁)と高裁判決(東京高判2010・2・25判時2074号32頁)が対照的な立場をとる。すなわち、地裁判決は、地方税法の趣旨を全国一律の規制を行う趣旨であるとし、法律と条例の趣旨・目的・内容・効果を比較し、条例が法律の趣旨・目的・内容・効果を阻害しない場合には適法と解釈した。そして、企業税の課税は、地方税法の定める法人事業税の繰越欠損金控除の規定(改正前地方税法72条の14第1項、改正後地方税法72条の23第1項)の趣旨に反し、本件条例は違法であるとし、原告の請求を認容した。これに対して、高裁判決は、徳島市公安条例事件最高裁判決が示した目的・効果を「ならん阻害することがない」という基準を、「重要な部分において否定されて」いないという基準に置き換えた。その上で、地方税法は法定外税として繰越欠損金以外の部分に課税することを禁止しておらず、企業税は応益課税・法人事業税は応能課税で別の税目だから、法律と条例の抵触はないと判示し、原告・被上訴人の請求を棄却した(2011年11月現在、上告中である)。いずれを支持するかは、別稿で議論する。

⁴⁷ Getches 2009, pp. 265-266, 269-270 and 289-290.

この見解は、地下水利用権の概念（特に地下水の配分原理）をより明確化したものであり、条例に基づくもので国法に基づくものではないが本稿第2章の議論と整合的である。最高裁は、地下水利用権の概念に触れていないことから、高裁の見解を前提としているように思われる。もし、この理解が正しければ、最高裁の判断は支持できる。しかし、配分原理とその科学的根拠について、明示的に議論すべきであった。

なお、下級審の事実認定（及びそれを前提とする最高裁判決）は、水収支法に基づいて計算された当該井戸の地下水採取による影響を過大評価しているとの鑑定書が国家賠償訴訟において提出された（頁番号は参照箇所を示す）⁴⁸。

蔵治鑑定書は、議論の混乱の原因として、水収支を本件施設の敷地単位で検討するという方法論に無理があり、流域単位で検討すべきことを指摘する（4頁）。そのうえで、過大評価の原因について、気象観測システム等の観測データの無視による降水量の過大評価・蒸発散量の推定方法の誤りによる可能蒸発散量の過大評価等にあるとする（35頁）。蔵治鑑定書が指摘する事実認定の誤りは、補正されるべきであると考ええる。

その上で、「水源の枯渇（取水施設の水位を著しく低下させること）をもたらし、又はそれらのおそれ」（本件条例2条3号）について、そのような可能性を否定する。その理由は、原告による95m³/日の取水による三戸川の地下水流出量への影響は、通常0.15%・渇水期0.25%だからである。

本件条例を文言通りに読むと、水源の枯渇の可能性について、敷地単位ではなく流域単位で検討すべきだという主張にも一理ある。しかし、その影響は、流域面積に占める原告の所有する土地の面積の割合（0.00029%）からすると過大な影響である。仮に、他の地下水利用権者が本件原告と同様の取水をした場合には全体として井戸の水位を著しく低下させるおそれがある。むしろ、流域全体の安全採取量に照らして、原告個人の採取量が適切な範囲に収まっているか否かという観点から、敷地単位で上限を判断すべきである（註12を参照）。

そして、委員会は、採取量を平均的な年には95m³/日から63m³/日に・渇水

⁴⁸ 蔵治・田中2011（蔵治執筆部分。以下「蔵治鑑定書」）15-35頁。なお、蔵治鑑定書が指摘する農業部門からの水融通（24-25頁）は、現時点では進んでいない（註5）。

の年には49m³/日に削減するように答申を行っていた。これに対して、鑑定書は、渇水期・非渇水期を区別せず、本件の敷地の安全採取量を108 m³/日とする(31頁)。鑑定書の意見通りに委員会が答申を行い、町長が事業者と事前に協議していれば、認定処分は適法であったと思われる。

③ 本判決の評価と適用範囲

さらに、本件は、条例が事業計画の提出後に制定された事件であり、本判決の射程は限られている。なぜなら、紀伊長島町の事件において、条例は既に計画を策定し申請された施設に対して適用されたために、認定処分だけが違法とされたからである。例えば、宮古島市地下水保全条例は、地下水の採取規制と水道水源保護という二つの部分からなる。そして、後者の構造は紀伊長島町水道水源保護条例のそれに非常に似ているが、運用において、対象事業場の手続的な権利を尊重して認定し、採取制限の科学的根拠を明確に示せば、この条例は適法である。

上記の点と関連するが、判決のいう「協議」は、条例が規定する「協議」(13条)とは異なる。すなわち、条例13条の「協議」は、認定処分の申請に近い。これに対して、判決上の「協議」は狙い撃ち的に制定された条例の効果を緩和するための「協議」の場である。そして、条例上の「協議」について、行政手続法は、申請に対する処分を行う際に事前協議を行うことは義務づけていない。さらに、最高裁は判決上の「協議」を義務付けていない条例を適用する場合については議論していない。この意味でも、本判決の射程は限定されている⁴⁹。

結論として、条例が事後的に制定されたことに鑑みると、判決のいう「協議」は憲法22条との関連で営業の自由の規制という条例の効果を緩和するために必要な手続であり、認定処分の取消しはやむを得ない。しかし、地下水利用権の概念及び本件条例の合憲性・適法性について、明示的に議論すべきであった。立法論的には、「安全採取量に照らし、水源を枯渇させ、又はそのおそれのないこと」(下線部を付加)を認定処分の要件とすることが求められる。

⁴⁹ 北村2005, 344-347頁, 大久保2005, 57頁及び大塚2010, 477-478頁。

4 地下水保全条例の合憲性・適法性と今後の課題

本稿では、まず、温泉権等における議論を参照し、日本の「地下水への権利」が地下水利用権という用益物権であり、慣習上の地下水利用権は相隣関係の延長線上にあり公序良俗に反しない限り、地域的公序として適法であることを示した。しかし、温泉権に関する議論において地下水利用権の配分原理は示されていなかった（第2章）。

これに対して、紀伊長島町水道水源保護条例は、帯水層を地下水利用権者が共通で利用するという「拡大された相隣関係」に基づき、流域単位で安全採取量を同定したうえで、土地所有面積に応じて比例配分という配分原理を明確化するものである。確かに、本件では、条例が狙い撃ち的に制定・適用されたために協議手続が不十分であり、認定処分は違法と判断された。しかし、同種の条例は、過剰な採取競争を防ぐための地域的公序を確認したものといえ、条例制定権の範囲内で制定される限り適法である。もっとも、この判決の科学的根拠については誤りがあり、この点については修正が必要である。

地下水保全条例等の多くは、独自の目的を持つ。最高裁の枠組みを前提にしても、狙い撃ち的な制定・運用を避け、水源保護地域を不当に広げず、採取量の規制にとどめる限り、概ね国の法令の効果を阻害することはない。仮に、法律と条例の目的が同一の場合でも、分権改革後の法律は、自治体の実情に応じた条例を可能な限り容認しなければならず、条例に固有の意義と効果・合理性（本件では厳格な合理性）があれば適法である（第3章）。

本来、地下水の保全と利用は、膨大な水文学的な知見を必要とするから、なるべく条例ではなく国の法律で管理すべき事項である。地下水の保全と利用を規律する法律を制定する際には、流域単位で安全採取量と地下水利用権の配分原理を示すとともに、既存の地下水保全条例等を活かす枠組み的な法律を制定すべきである。また、過剰な利用を防ぐ仕組みだけでなく、地表水と地下水を一体として管理・利用する「接続的利用」の仕組みを入れるべきである⁵⁰。

⁵⁰ 米国カリフォルニア州には、連邦・州レベルの包括的な地下水法はない。その隙間を埋めるため、地下水の採取規制・人工的涵養を郡等が条例で制定したり自発的合意により進

これらの点は、今後の課題としたい。

[謝辞] ポスター発表の原稿の段階において、Antonio Rossmann 弁護士・UC Berkeley 非常勤講師から、貴重なご示唆を賜った。また、本研究は、平成21年度日本学術振興会優秀若手研究者海外派遣事業及び平成22-23年度科学研究費補助金(若手B「日米水法の比較法的研究—流域環境の総合的健全化の観点から—」)の成果の一部である。この場を借りて、厚く御礼申し上げたい。

<参考文献>

- 阿部泰隆(1981)「地下水の利用と保全」(『現代の水問題 課題と展望』有斐閣)223-231頁。
阿部泰隆(1985)「沖縄宮古島の地下ダムと地下水」自治研究第61巻第10号99-109頁。
阿部泰隆(2005)「判批」(北村喜宣編『産廃判例を読む』環境新聞社所収)120-129頁(初出いんだすと20巻3号40頁)。
池田恒男(2010)「コミュニティ、アソシエーション、コモنز」日本法社会学会編『コモنزと法』119-135頁。
宇賀克也(2010)「判批」法学教室356号32-40頁。
宇賀克也(2011)「条例の適法性審査—地方分権改革後の最高裁判例の動向—」法学教室369号50-57頁。
牛尾洋也(2006)「土地所有権論再考」(鈴木龍也他編『コモنز論再考』晃洋書房)59-89頁。
大久保紀子(2005)「判批」ジュリ1291号56-57頁。
大塚直(2010)『環境法(第3版)』(有斐閣)。
岡田正則(2009)「判批」早稲田法學 84(2), 267-282頁。
雄川一郎(1986)「財産権の規制と条例」(同『行政の法理』有斐閣所収)271-281頁。
小川竹一(2002)「宮古島の新たな地下水資源保護体制」『地域研究所報』(沖縄大学)27-62頁。
川島武宜(1994)『温泉権』(岩波書店)。
北村喜宣(2000)「最終処分場立地をめぐる自治体行政手続」『環境影響評価法の実務』(信山社)161-186頁。
北村喜宣(2004)『分権改革と条例』(弘文堂)。
北村喜宣・福土明・下井康史(2004)『産廃法談』(環境新聞社)。
北村喜宣(2005)「判批」民商法雑誌 133巻2号, 334-348頁。
北村喜宣(2009)『自治体環境行政法(第5版)』(第一法規)。

めたりしている(Ostrom1990の第4章は合意に関する研究)。問題状況は非常に似ている。

- 北村喜宣(2010)「分権改革と自治体」公法研究第72号123-136頁。
- 北村喜宣(2011)『環境法』(弘文堂)。
- 国土交通省編(2011)『平成23年度日本の水資源』(海風社)。
- 蔵治光一郎・田中延亮(2011)「有限会社浜千鳥リサイクルが計画した事業条が赤羽水源に及ぼす影響について」。
- 小早川光郎・北村喜宣(2009)「対談・自治立法権の確立に向けた地方分権改革」都市問題第100巻1号27-40頁。
- 三本木健治(1999)『判例水法の形成とその理念』(山海堂)。
- 柴崎達雄・古川博恭・諸橋毅「水資源と自治—宮古島の地下水保護管理条例について—」水利科学102号(1975年)44頁以下。
- 杉原則彦(2005)「最高裁判所判例解説39」法曹時報57巻12号3754頁。
- 鈴木龍也(2009)「日本の入会権の構造—イギリスの入会権との比較の視点から—」(室田武編『グローバル時代のローカルコモンズ』ミネルヴァ書房)52-76頁。
- 武田軍治(1942)『地下水利用権論』(岩波書店)。
- 内藤悟(2004)「水道水源保護条例」(北村喜宣編著『分権条例を創ろう!』ぎょうせい)204-211頁。
- 中西康博(2009)「島嶼地域における地下水資源の保全と管理—南西諸島の事例から—」『自然資本の保全と評価』(ミネルヴァ書房)108-126頁。
- 原田尚彦(2005)『行政法要論(第6版)』学陽書房。
- 松本充郎(2006)「自然環境問題における公共性」(井上達夫編『公共性の法哲学』ナカニシヤ出版)309-329頁。
- 松本充郎(2008)「地下水法序説」四万十流域圏学会誌第7巻23-29頁。
- 松本充郎(近刊)「河川法」(北村喜宣・川崎政司・渡井理佳子編『行政法用語辞典』法学書院)449-454頁。
- 森村進(1995)『財産権の理論』弘文堂。
- 林野庁(2011)『平成22年度森林・林業白書』農林統計協会。
- Ellen Hanak, Jay Lund, Ariel Dinar, Brian Gray, Richard Howitt, Jeffery Mount, Peter Moyle, and Barton “Buzz” Thompson (2009), California Water Myths, Public Policy Institute of California.
- David Getches (2009), Water Law in a Nutshell, Thomson West.
- Elinor Ostrom (1990), Governing the Commons, Cambridge University Press.
- J. Mark Ramseyer (1989), Water Law in Imperial Japan: Public Goods, Private Claims, and Legal Convergence, 18 J. Legal Studies 54.
- Joseph Sax, Barton Thompson, John Leshy, and Robert Abrams (2006), Legal Control of Water Resources, Thomson West.