

〈論 説〉

地域特性に応じた 地下水の保全と利用の法的構造

— 地下水保全法の制定に向けて —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 地下水保全法原案における地下水採取の許可制の枠組み
 - (1) 地下水保全団体
 - (2) 地下水採取の許可
 - (3) 地下水保全涵養負担金の徴収
- 3 地下水採取規制の法的構成
 - (1) 河川法アプローチ
 - (2) 温泉法アプローチ
- 4 地方公共団体における地下水採取規制の類型化
 - (1) 未規制型
 - (2) 許可型
 - (3) 届出型
 - (4) 負担金徴収型
- 5 地域特性に応じた地下水の保全と利用の段階的構造
- 6 むすびにかえて

1 はじめに

特定の行政分野における国の制度や政策の理念および基本方針等を定める基本法は、それ自体では法的な実効性を有していない。したがって、基本法に基づいて個別分野の政策を実現するために制定される個別法が重要な意味をもつ。

議員立法である水循環基本法は、2014年3月、雨水の利用の推進に関する法律とともに成立した。水循環基本法の理念を具現化した個別法の第一号が、そ

れと一緒に制定されたことは特筆すべきことである。

水循環基本法の成立に重要な役割を果たした超党派の水制度改革議員連盟（石原伸晃代表）は、本法10条で法定された「水の日」の同年8月1日、水循環基本法フォローアップ委員会（高橋裕座長）を設置した¹⁾。そこでは、本法13条に基づく「水循環基本計画」の策定状況をフォローし意見を具申すること、および重要な政策課題の検討分科会を設置し法案を作成することが、その当面の課題とされた²⁾。同年11月、当フォローアップ委員会に水循環政策分科会が設けられ、本分科会には地下水保全法案の起草委員会が置かれた。同委員会は直ちに地下水保全法案の起草に取りかかり、翌年1月には「地下水の保全、涵養及び利用に関する法律（『地下水保全法』）案」の原案（以下、「地下水保全法原案」という。）を完成させた⁴⁾。

本稿を執筆する契機になった地下水保全法原案は、概ねこのような経緯で起草された。原案の起草過程において検討されるべき重要なテーマである、地下水の採取規制の法的構成および地方公共団体が担う地下水保全の法制度のあり方をめぐっては、時間の制約もあり、すべてが議論し尽されたわけではない。また、地方公共団体の地下水管理の実態を踏まえ、水循環基本法の理念をいかに地下水法制において実現するかは、法理論的にも克服すべき問題が残されている。

そこで、本稿では原案に定められた法制度の中核を占める地下水採取の許可制の枠組みについて論及したあと、地下水の採取規制の法的構成として二方向

1) 超党派水制度改革議員連盟は、水に関する縦割り行政を見直し、総合的な水政策を推進することを主な目的とする。水循環基本法の立法過程については、宮崎淳「水循環基本法における基本理念の展開と今後の政策課題 — 立法過程での修正を踏まえて」創価法学44巻2号（2014年）192頁以下が詳細である。

2) 水循環基本法フォローアップ委員会は、国会議員および有識者の総計41名で構成された。

3) 筆者は、起草委員会の委員として地下水保全法原案の起草に携わった。

4) その後、地下水保全法原案は2015年2月に議員連盟へ上申されたが、水循環基本法フォローアップ委員会は同年7月「水循環基本計画」が閣議決定された後の9月に終結した。同委員会の経緯については、稲場紀久雄「総括：フォローアップ委員会活動の一年」水循環基本法フォローアップ委員会＝日本地下水学会共催シンポジウム資料「わが国の水政策の将来 — 水循環基本計画の光と影」（2015年7月29日開催）6頁以下参照。

のアプローチを提示する。つぎに、地方公共団体による地下水保全に関する条例および地下水管理の実態を分析することにより、地下水採取規制の形態を4つの類型に区分し、それらの特徴および法理論上の課題を析出する。そして、それら4類型がもつ地下水規制の段階的構造を明らかにし、地域特性に応じた地下水の保全と利用に関する法制度のあり方について考察する。⁵⁾

2 地下水保全法原案における地下水採取の許可制の枠組み

水循環基本法5条は、地方公共団体に対して、水循環に関する施策に関し国および他の地方公共団体との連携を図りつつ、自主的かつ主体的にその地域の特性に応じた施策を策定し実施する責務を課している。それとともに同法15条は、国および地方公共団体の双方に対し、水量の増減、水質の悪化等水循環に対する影響を及ぼす水の利用等に対する規制その他の措置を適切に講ずることを要請している。これらは、水循環は地域によって特性を有するため、地方公共団体に対し水利用の規制等水循環に関する施策を自主的かつ主体的に策定し実施することを求めたものである。

そこで、地方公共団体が自主的かつ主体的に水循環に関する施策を策定し実施することを可能にする法的な仕組みについて用意する必要がある。本章では、地域特性に応じた地下水の採取規制のあり方を考察するために必要な範囲で、地下水保全法原案における地下水採取の許可制に関する条文を取り上げ、それらについて解説する。⁶⁾

(1) 地下水保全団体

地下水を保全する主体について、原案9条は、つぎのように定める。

第9条 都道府県を地下水保全団体とする。ただし、地下水域が2以上の

5) 本稿の内容は、もとより筆者個人の責任にある。

6) 地下水保全法原案の全文は、水循環基本法フォローアップ委員会＝日本地下水学会共催シンポジウム資料・前掲注4) 69頁以下に掲載されている。

都府県の区域にまたがる場合は、関係都府県が共同してその権限を行使するものとする。

- 2 前項の規定にかかわらず、都道府県知事は、地方自治法（昭和22年法律第67号）第252条の17の2の規定によるもののほか、第14条から第34条までの規定に基づく事務の全部又は一部を条例で定めるところにより、市町村が処理することとすることができる。この場合においては、都道府県知事は、あらかじめ、当該市町村の長に協議しなければならない。
- 3 基礎的な地方公共団体である市町村と市町村を包括する広域の地方公共団体である都道府県は、適切に役割を分担しつつ相互に協力して地下水保全団体の事務を処理するものとする。
- 4 関係都道府県及び関係市町村は、都道府県及び関係市町村が加入する広域連合（以下、「地下水域広域連合」という。）を設けてこの法律に定める事務を取り扱うこととすることができる。この場合、この法律の適用については、地下水域広域連合を地下水保全団体とみなす。

原案9条は、1項において都道府県を地下水保全団体とし、3項では基礎自治体である市町村と広域自治体である都道府県は適切な役割分担のもと、相互に協力してその事務を処理することについて規定する。また同条2項は、都道府県は地下水の保全に関する事務につき市町村が処理することを条例で定めることができるとする。本条項は、地下水保全に関する条例が既に制定されている市町村との関係を明確にするために設けられた規定である。さらに同条4項では、関係する都道府県と市町村はそれぞれが加入する広域連合を設けて事務処理ができることとし、この法律の適用については地下水域広域連合を地下水保全団体とみなすと定める。

本条の趣旨は、地下水は行政区域を越えて流動するため、その区域が広域である都道府県を地下水保全の主体と位置づけたうえで、地下水域に沿うように各地方公共団体が広域連合を設け、地下水保全に取り組むようにすることにある。地下水域に対応する地下水保全の主体を設置することは、自主的かつ主体的な施策の策定と実施にあたり、その実効性を確保するために不可欠な法的処

置と考えられたからである。地下水域については、原案3条1号で「降水や地表水が地下に浸透し、地表面下を自然的あるいは人為的に流動し、地表面上に再び流出する水域の全体をいう」と定義する。

かつて地下水管理法の立法化が検討された時期（1974年）に公表された旧建設省の「地下水法基本要綱案」⁷⁾では、原則として都道府県知事を地下水管理者としていた。これに対し、原案は都道府県を地下水保全団体と定めた。その理由は、地下水管理の前提として地下水の流動システムが解明されていなければならないこと、および地下水管理を公水管理と同様に扱うことに問題なしとはいえないことを重視し、地下水の管理からその保全に施策の機軸を移して制度設計すべきと考えたからである。⁹⁾

(2) 地下水採取の許可

原案15条は、地下水採取の許可制について、つぎの通り規定する。

第15条 地下水保全団体は、条例で定めるところにより、地下水の保全、涵養又は利用の適正化のために必要があると認めるときは、地下水の採取について、地下水保全団体の長の許可を受けなければならないこととすることができる。

2 地下水保全団体の長は、前項の許可申請が以下の各号の要件に該当する場合でなければ、許可をしてはならない。

一 使用の用途に必要な量を超えた過剰な取水にあらず、かつ当該地域における地下水位の著しい低下その他の地下水障害をもたらすおそれがないこと

7) ほかに、旧環境庁が「地盤沈下防止法案要綱」を、旧国土庁が「地下水の保全および地盤沈下の防止に関する法律案」を、自民党の古賀議員が「地盤沈下対策緊急措置法案要綱」を発表したが、いずれも立法化されなかった。

8) 「地下水法基本要綱案」の内容については、佐藤毅三「地下水総合法制について」ジュリスト582号（1975年）61頁以下参照。

9) 原案3条3号は、地下水の保全について「地下水の水量及び水質を良好な状態に維持又は回復させるための施策又は活動をいう」と定義する。

- 二 地下水保全団体が定める地下水採取許可基準に適合していること
- 三 その他公益を害するおそれがないこと
- 3 前項の許可には、健全な水循環の維持その他の公益上の観点から必要な条件を付することができる。
- 4 第1項の許可を受けた者は、地下水保全団体の長の定めるところにより水量測定器を設置し、地下水採取量の測定及び記録を行わなければならない。
- 5 地下水保全団体は、次の場合には、地下水採取許可を取り消すことができる。
 - 一 当該許可に係る地下水の使用が、第2項第1号から第3号までのいずれかに該当しなくなったとき
 - 二 地下水採取許可基準により付された許可の条件に違反したとき

原案15条1項では、地下水保全団体は、条例で定めるところにより地下水の保全、涵養または利用の適正化のために必要があると認めるときは、地下水の採取について地下水保全団体の長の許可を受けなければならないこととすることができると定め、地下水採取の許可制を導入しうることについて規定する。そして、同条2項では、その許可の要件として、①使用の用途に必要な量を超えた過剰な取水にあらず、かつ当該地域における地下水位の著しい低下その他の地下水障害をもたらすおそれがないこと、②地下水保全団体が定める地下水採取許可基準に適合していること、③その他公益を害するおそれがないことの3要件を挙げている。

ここでは、「地下水の保全、涵養又は利用の適正化のために必要があると認めるときは、……とすることができる」との文言に着目すべきである。すなわち、原案は、このような必要があると認めないときまで、許可制の導入を要求するものではないのである。かかる規定ぶりにした理由は、地方公共団体によって実施されてきた地下水保全の取り組みを尊重するとともに、自主的かつ主体的な施策の策定と実施の観点から、条例による地方公共団体の施策を法制度として正当化させる必要があると考えたからである。

要するに、原案15条は、地方公共団体が自主的かつ主体的にその地域の特性

に応じた施策を策定し実施する責務を定めた水循環基本法5条の趣旨につき、それを具体的な法制度として実現させるための規定と解されるのである。したがって、地方公共団体の自主性と主体性を重視した点において、工業用水法3条1項および建築物用地下水の採取の規制に関する法律（以下、「ビル用水法」という。）4条1項が、地下水採取について政令で指定された地域内に限って、省令で定めるところにより都道府県知事の許可を受けなければならないとした法条の構成とは対照的である。

また、前述の「地下水法基本要綱案」が、地下水を全国一律に公水と捕捉し、家庭用の地下水採取を届出制とするほかは、すべての地下水採取を許可制とした点においても、原案と同基本要綱案では制度の仕組みを異にする。

(3) 地下水保全涵養負担金の徴収

地下水保全涵養負担金の徴収について、原案29条は、つぎのように規定する。

第29条 地下水保全団体の長は、地下水の保全又は涵養のための施策に必要な経費の財源に充てるため、地下水採取の許可を受けた者から、条例で定めるところにより地下水保全涵養負担金（以下、「負担金」という。）を徴収することができる。

2 負担金は、当該地下水保全団体の収入とする。

3 負担金の額の基準及びその徴収に関して必要な事項は、政令で定める。

4 地下水保全団体の長は、採取者が負担金を滞納したときは、督促状を発して督促し、督促状において指定した期限までに納付されないときは、地方税の滞納処分の例により滞納処分をすることができる。この場合における負担金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとする。

地下水保全涵養負担金とは、原案2条1項で「国民共有の貴重な財産」と定められた地下水を利用することにより利益を受ける者が負担する受益者負担金¹⁰⁾の一種である。

河川法32条は河川の流水占有者から流水占有料を徴収できると定め、地方公共団体も河川流水占有料徴収条例等を制定し占有料を徴収している。このような流水占有の現状に鑑み、地下水は「地表水と一体的に水循環の基礎を構成する」とした原案2条1項の基本理念に基づき河川水と地下水をパラレルに捉え、地下水の保全または涵養に関する施策に必要な経費の財源を確保するため、地下水保全体が負担金を徴収できるとしたのである。¹¹⁾

3 地下水採取規制の法的構成

(1) 河川法アプローチ

原案は15条1項で、「地下水の採取について、地下水保全体の長の許可を受けなければならないこととすることができる」と定め、2項では「地下水保全体長の長は、前項の許可申請が以下の各号の要件に該当する場合でなければ、許可をしてはならない」と規定する。このような条文の構成は、地下水採取の許可を河川の流水占有のそれと並置していると解することができる。すなわち、両者の許可を意識的に同列に取り扱っているのである。

河川法は23条本文において、「河川の流水を占有しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない」と規定する。本条が定める流水占有の許可（水利権）は、河川管理者が河川という公物の管理権に基づき、特定の者に対して特別の公物使用権を設定する行政行為であり、この使用権の設定行為は「公物使用権の特許」と称される。¹²⁾したがって、原案における地下水採取の許可もまた、公物使用権の設定行為という法的性質を有する。本稿では、このような地下水採取の許可の形態を河川法アプロー

10) 三好規正「水法制の過去・現在・未来」水循環基本法フォローアップ委員会＝日本地下水学会共催シンポジウム資料・前掲注4）18頁。

11) 「地下水法基本要綱案」では、地下水の採取の許可を受けた者は一定の地下水採取料を納めなければならないものとする。採取料の法的性質については、座談会「地下水法制について」ジュリスト582号（1975年）40頁参照。

12) 河川法研究会編『改訂版〔逐条解説〕河川法解説』（2006年、大成出版社）132頁。

13) 建設省河川法研究会編『河川法逐条解説』（1984年、全国加除法令出版）186頁。

チと呼ぶことにする。¹⁴⁾

かかる許可は特権の付与と解されるから、行政機関（管理者）は公物使用権の許可基準に適合していると認める場合でなければ、許可をしてはならない。また、行政機関にはこのような許可の性質に基づき広い裁量が認められるとともに、特権を付与された私人に対し公的負担ないし義務を附款として課することができるのである。

（2）温泉法アプローチ

原案15条は、その立場を裏側から見れば、地下水採取について温泉法の許可の形式を踏襲しないことを示している。

温泉法14条の2第1項本文は、温泉の採取の許可について「温泉源からの温泉の採取を業として行おうとする者は、温泉の採取の場所ごとに、環境省令で定めるところにより、都道府県知事に申請してその許可を受けなければならない」と規定する。そして、同条2項において「都道府県知事は、前項の許可の申請があつたときは、当該申請が次の各号のいずれかに該当する場合を除き、同項の許可をしなければならない」としたうえで、同項1号では「当該申請に係る温泉の採取のための施設の位置、構造及び設備並びに当該採取の方法が採取に伴い発生する可燃性天然ガスによる災害の防止に関する環境省令で定める技術上の基準に適合しないものであると認めるとき」として、許可基準について定める。¹⁵⁾

すなわち、温泉法では、許可基準に適合しないものであると認めるときに該当する場合を除き、原則として許可をしなければならないとするのである。ここでは、かかる許可の形態を温泉法アプローチということにする。

温泉法の逐条解説によれば、「温泉は、地下水の一種であり、したがって、温泉の利用関係は、私法上、土地の利用権の行使として把握することができる。しかし、温泉は、国民の保健休養上、極めて貴重な資源であるので、本条は温

14) 座談会・前掲注11) 32頁以下は、河川法と温泉法の規制の仕方および公水私水論と両法の関係について言及する。

15) 温泉法については、小澤英明『温泉法 ― 地下水法特論』（2013年、白揚社）が詳細である。

泉の掘削を都道府県知事の許可に係らしめ、濫掘による温泉源の損壊を防止しようとしたものである」と解説したあとで、憲法29条2項が財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律で定めるとしていることを踏まえ、「土地所有権の制限となる温泉のゆう出目的の土地掘削を制限することは法律によらなければならない¹⁶⁾」ため、温泉法が制定されたと説明する。

このような立法趣旨にしたがえば、温泉採取の規制は、土地所有権に対する制限として捉えられる¹⁷⁾。貴重な資源である温泉源の損壊を防止するため、つまり持続可能な温泉利用のために、土地所有権の行使を制限する場合を例外的に認めたのである。それゆえ、同法14条の2第2項は、「……省令で定める技術上の基準に適合しないものであると認めるとき」等に該当する場合を除いて、許可をしなければならないと規定したのである¹⁸⁾。

したがって、温泉法における許可の法的性質は、土地所有者が本来享受できる土地所有権の自由を公共の福祉の観点からあらかじめ一般的に禁止しておき、個別の申請に基づいてとくに問題がなければ禁止を解除するものと解される¹⁹⁾。また、本来自由であるはずの行為を一般的に禁止するのであるから、許可を与えるか否かの判断につき行政機関の裁量の幅は狭いと考えられる。

地下水採取の許可に関する両アプローチの差異は、地下水採取に関する規制の法律構成、つまり許可の法的性質の相違から生じているといえる。

地下水保全法原案15条が、河川法アプローチを採用した主な理由は、第一に、地下水を公水等と定め地下水採取を規制する地方公共団体の条例につき、それを制定法によって法的に正当化する必要性を重視した点、第二に、水循環の過程にある地下水を河川水と統一的に取り扱うことにより、水循環の理念と整合

16) 環境省自然環境局自然環境整備担当参事官室編「逐条解説温泉法」11頁。

<https://www.env.go.jp/nature/onsen/docs/chikujyo.pdf> (2016年1月30日現在)

17) 小澤・前掲注15) 7頁以下は、温泉利用権について、特別な慣習がない限り土地所有権に基づく権利であると解釈する。

18) 温泉法3条による土地の掘削許可については、平成26年4月18日付け環自総発第1404183号「温泉資源の保護に関するガイドライン（改訂）について」および平成26年12月3日付け環自総発第1412032号「温泉資源の保護に関するガイドライン（地熱発電関係）の一部改正等について」参照。

19) このような許可は、「警察許可」と呼ばれる。

する法制度を構築しようとした点に求められる。

4 地方公共団体における地下水採取規制の類型化

地下水保全法原案における地下水採取の規制は、都道府県（地下水保全団体）が必要と認めるときに許可制を導入しうう仕組みを中心に据えている。すなわち、原案においては、規制の必要性に基づいて許可制を採用する地方公共団体を認める一方で、かかる規制をしない公共団体もありうることを想定している。また、許可制のもとで負担金を徴収することも射程に入れている。地方公共団体による地下水管理の実態は、これら3つのケースに加えて、届出を起点として規制を加える公共団体も存在する。

以下では、原案が想定する3つの類型に、実際に存在する届出制による規制のケースを付加して、4つの類型についてそれぞれの特徴および法理論上の課題を析出することにより、地方公共団体が採用しうう地下水採取の規制の枠組みを提示したい。

(1) 未規制型

まずは、地下水採取に対する規制をしていない地域を取り上げる。本稿では、このような地域を未規制型として区分する。

かかる地域では、土地所有者等が地下水を採取することができる²⁰⁾。民法207条に基づき土地所有権の効力が地下水に及ぶと解されるからである。もともと土地所有者等が地下水を採取しううとしても、²¹⁾「水の利用に当たっては、水循環に及ぼす影響が回避され又は最小となり、健全な水循環が維持されるよう配慮されなければならない」とする水循環基本法3条3項によって制限を受ける。すなわち、地下水採取が健全な水循環を阻害するときには、その採取は認められないとされるのである。このような立場によれば、健全な水循環を維持しうう

20) ここでの土地所有者等とは、土地利用の権原を有する者をいう。

21) 地下水の法的性質については、宮崎淳『水資源の保全と利用の法理 — 水法の基礎理論』（2011年、成文堂）240頁以下が詳細である。

限り、土地所有者等が地下水を採取することができると解される。かかる見解では、同条項が定める「健全な水循環の維持」を民法207条にいう「法令の制限」²²⁾と捉えることになる。

地下水採取の規制がない地域では、その具体的な限界があらかじめ明示されていないので、当該採取が健全な水循環を阻害しているか否かは、司法判断に委ねられることになる。この点が未規制型の課題である。

わが国はアジアモンスーン地帯に位置するため、湿潤で降雨も比較的多い。近時の地下水学の研究によれば、涵養量に見合った揚水量の管理や、水理地質構造において効果的な場所から地表水を涵養するシステムが確立できれば、持続的な地下水利用が可能であると指摘されている。²³⁾それゆえ、地下水規制を前面に出すのではなく、まずは土地所有者等に健全な水循環を維持しうる範囲内での地下水利用を認め、必要が生じた時点で徐々に規制していくという段階的な採取規制の導入が望ましい地域も少なくない。未規制型は、かかる段階的規制の起点としての意義がある。

当類型は、水資源が比較的豊かで、地下水障害の危険性が低い地域に適合する。わが国の地方公共団体の総数を1788として、そのうちの1271団体²⁴⁾が地下水保全に関する条例等を制定していない。このような現状を踏まえると、今後、地下水の採取規制の要否とその程度について検討する地方公共団体を未規制型と位置づけ、当類型を地下水規制に関する法的構成の原型として示すことは有意であると思われる。

22) 宮崎淳「水循環基本法における地下水管理の法理論 — 地下水の法的性質をめぐって」地下水学会誌57巻1号(2015年)67頁。

23) 嶋田純「広域地下水流動の実態を踏まえた熊本地域における地下水の持続的利用を目指した新たな取り組み — 地下水資源量維持のための揚水許可制の導入」地下水学会誌55巻2号(2013年)163頁。

24) 宮崎淳「地下水の公共性とその法的性質 — 水循環基本法の制定を契機として」水循環 — 貯留と浸透94号(2014年)37頁。千葉知世「地下水保全に関する法制度的対応の現状 — 地下水条例の分析から」水利科学337号(2014年)33頁以下は、地下水保全に関する条例の内容を詳細に分析する。

(2) 許可型

許可型は、条例によって地下水採取の可否を地方公共団体の許可にかからしめる類型である。前述したように、許可と称しても、理論的にはそれを公物使用権の設定行為と解するか、あるいは一般的禁止の解除と捉えるかでその法的性質が異なる。

温泉法アプローチによれば、地下水採取が条例で定められた許可基準に適合しないものであると認められる場合を除き、許可されなければならないが、河川法アプローチによれば、条例の許可基準に適合していると認められる場合でなければ、許可されてはならない。

温泉法アプローチは、土地所有者等が地下水を利用できるとの一般的に定着した考え方に基づき、健全な水循環の維持を土地所有権に対する制限と解し、土地所有権の行使と健全な水循環の維持の調和を図っている点に特徴がある。他方、河川法アプローチは、地下水採取を土地所有権と切離して捉えるので地下水利用の実態とは隔たりがあるが、地下水と河川水を法的に同一に取り扱うため水循環に適した構成であり、地方公共団体による地下水管理の実態とも整合すると評されている。

地下水採取に対する規制として許可制を導入した場合、最も重要な事項は具体的かつ明確な許可基準を設定することである。温泉法アプローチでは、許可基準に適合しないものであると認めるときに該当する場合を除き許可しなければならないとするから、健全な水循環の維持に適合しないものであると認めるときについて、具体的かつ明確な許可基準を設定しなければならない。

一方、河川法アプローチでは、許可基準に適合していると認める場合でなければ許可してはならないとするから、健全な水循環の維持に適合していると認める場合について、具体的かつ明確な許可基準を設定することが要求される。つまり、温泉法アプローチでは健全な水循環の維持に適合しないものであると認める場合を、河川法アプローチでは健全な水循環の維持に適合していると認める場合を、許可基準として具体的かつ明確に提示することが求められるのである。²⁵⁾

25) 許可基準の充足について、温泉法アプローチでは消極要件と解され、河川法アプロー

熊本県地下水保全条例25条の4は、その1項で「許可の申請があったときは、その申請が次の各号のいずれかに該当する場合を除き、同項の許可をしなければならない」と定めて、温泉法アプローチを採用する。そのうえで、同項1号は、「地下水の採取が周辺の地域に地下水の水位の著しい低下、地下水の塩水化、地盤の沈下等の影響を与えるおそれがあると認めるとき」と規定して、具体的な許可の基準を明示する。

建築物用地下水の採取の許可について、ビル用水法は4条1項で「政令で指定された地域（以下「指定地域」という。）内の揚水設備により建築物用地下水を採取しようとする者は、………省令で定めるところにより、都道府県知事………の許可を受けなければならない」としたあと、同条2項で「都道府県知事は、………省令で定める技術的基準に適合していると認める場合でなければ、同項の許可をしてはならない」と規定する²⁶⁾。本法は、指定地域内に限定して河川法アプローチを採ったうえで、技術的基準への適合を許可の要件としている。

具体的かつ明確な許可基準の設定には、地下水の流動システムを把握することが不可欠である。²⁷⁾流域降水量や地下水採取量等の調査研究による地下水収支の解析および地下水流動システムの解明を進めるとともに、当該地域における地下水位の著しい低下、地下水の塩水化、地盤沈下その他の地下水障害をもたらすおそれがあると認められる場合について明らかにしておく必要がある。

さらに、地下水障害が発生しない揚水可能な水量、すなわち健全な水循環を維持しうる持続可能な地下水採取量の究明を目指し、基礎データの蓄積とそれらの分析を推進していくことが求められる。このような取り組みによって、よ

チでは積極要件と捉えられる。

26) 工業用地下水の採取の許可については、工業用水法3条1項において「政令で定める地域（以下「指定地域」という。）内の井戸により地下水を採取してこれを工業の用に供しようとする者は、………都道府県知事………の許可を受けなければならない」としたうえで、5条1項で「都道府県知事は、………省令で定める技術上の基準に適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない」と規定する。地下水の採取規制に関する条例では、このような規定ぶりを参考にして地方公共団体が少なくない。

27) 稲場・前掲注4）9頁は、地下水保全法原案に対して衆議院法制局から、地下水メカニズムが解明された前提で記述されている、との意見があったことに言及する。

り具体的かつ明確な許可基準を定めることができるのである。

地下水採取の許可基準が具体性または明確性を欠いた状態で許可制を安易に導入すると、許可申請に対して不許可の行政処分をした場合に、許可基準の合理性が問題となり、行政処分の取消しを求める訴えを提起される可能性がある(行政事件訴訟法3条2項²⁸⁾)。したがって、地下水採取に関する許可の行政手続きについては、地下水の流動システムを踏まえて合理的な許可基準を定め、それに基づき地下水採取の可否を適正に判断することが要請されるのである。³⁰⁾

また、河川法アプローチでは、過剰揚水による地盤沈下、地下水の塩水化、地盤の液状化、地下水汚染等の地下水の治水上の被害を、河川管理の場合と同次元で救済することは妥当であるかという問題が生じる。地下水を公水と解した場合に、その管理上の瑕疵によって損害が生じたときには、国家賠償法1条・2条に基づき地下水の管理者である地方公共団体が損害賠償の責任を負わなければならないことになる。かかる治水上の被害についても、河川管理の場合と同様に、管理責任の理論によって填補させてよいのかという課題が残されているのである。³¹⁾

さらに、地下水採取の許可制を導入する場合には、そもそも当制度が憲法29条にいう財産権の侵害にあたらないかという問題に直面する。³²⁾すなわち、河川法アプローチにおける許可は公物使用権の設定行為と解されるが、それは地下水採取の一般的禁止を含意するから、かかる制度が財産権の侵害に該当するか否かについて検討する必要に迫られるのである。³³⁾換言すれば、許可制が憲法29

28) 地方公共団体は、不許可処分の根拠となる科学的データを提示できるように準備する必要がある。

29) 行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合に、申請者に対して処分の理由を示すことを義務づけられている(行政手続法8条)。

30) 宮崎・前掲注22) 70頁。

31) 宮崎・前掲注22) 66頁。

32) 稲場・前掲注4) 9頁は、地下水保全法原案15条、21条および22条に対して、衆議院法制局から「地下水の採取の禁止・制限は土地利用の制限に当たるので、憲法上の財産権との関係を慎重に検討する必要がある」との意見が出されたと記述する。

33) かかる論点については、憲法における理論上の検証が必要とされるため、その考察は別稿に委ねることにしたい。

条2項にいう公共の福祉に適合するかどうかが論点となるのである。³⁴⁾

地方公共団体では、財産権に対する規制（土地所有権の制限）を必要最小限にするため、規制地域を指定して許可制を導入しているところがほとんどである。たとえば、茨城県、埼玉県、千葉県、神奈川県および大阪府は、規制地域を指定して、その指定地域内に限って地下水採取の許可を義務づけている。³⁵⁾愛知県は、揚水規制地域を設け、その地域内において揚水設備の設置を許可制にしている。³⁶⁾熊本県および石川県は、規制地域を指定して地下水採取の許可を義務化するとともに、当該地域以外の地域でも届出制等の規制をしている点で特徴がある。³⁷⁾

許可制を導入する場合には、地下水障害の発生の蓋然性が高い地域を指定することにより、採取規制する地域をできるだけ限定する必要がある。

(3) 届出型

届出型は、条例によって地下水採取の届出を義務づける類型である。この類型は、地下水採取や揚水設備の設置に関する届出義務を定めるのみならず、取水基準の遵守義務、届出された事項に関する変更勧告や変更命令等を規定することにより、実質的に地下水の採取を規制するものである。すなわち、地下水採取量等の基礎データの取得を目的とする純粋な届出制ではなく、届出制と称しながらその内容は許可制と類似の規制をかける類型である。したがって、届出型は、前述した許可型に準じて位置づけられることになる。

当該類型における規制の形式は、温泉法アプローチと親和性を有する。届出

34) この点につき、井戸の設置を禁止した条例の規定が憲法29条2項に違反しないとした東京高判平成26年1月30日判自387号11頁が注目に値する。判例評釈として、實原隆志「地下水保全条例による設置規制と憲法29条2項」ジュリスト1479号（2015年）26頁がある。

35) 茨城県地下水の採取の適正化に関する条例3条、埼玉県生活環境保全条例86条、千葉県環境保全条例39条、神奈川県生活環境の保全等に関する条例75条および大阪府生活環境の保全等に関する条例70条。

36) (愛知) 県民の生活環境の保全等に関する条例53条。

37) 熊本県地下水保全条例25条の3、26条およびふるさと石川の環境を守り育てる条例64条、72条。

制における一般的な規制の仕方は、規制地域内において地下水採取の届出を義務づけ、一定の採取基準に適合しないと認めるときや、地下水障害を防止するため必要と認めるときに、その採取の変更を勧告または命令することができるとしている。このような規制の仕組みは、一定の許可基準に適合しないものであると認めるときに該当する場合を除き、許可しなければならないとする温泉法アプローチと同質であると解されるのである。

届出制を採用するほとんどの地方公共団体は、届出を義務づける地域や揚水設備の規模を限定しているが、このような傾向は許可制にも同じく見受けられるものである。

届出を起点とした一連の行政行為に処分性が認められる場合には、許可制と同様に、行政処分の取消しの訴えを提起されるおそれがある（行政事件訴訟法3条2項）。

届出制を採用する地方公共団体における規制内容は、つぎの通りである。

山形県は、地下水採取適正化地域内において地下水採取の届出を義務づけ、地下水採取の設備が一定の基準に適合しないと認めるとき、その他地下水障害を防止するため必要と認めるときは、地下水採取の計画変更や必要な措置の勧告を求めることができると規定する。³⁸⁾静岡県および富山県は、規制地域等を指定し、その地域内において揚水設備の設置の届出を義務づけるとともに、規制地域ごとに取水基準を定め、これを遵守しなければならないとする。³⁹⁾徳島県では、規制地域内における揚水設備の設置の届出を義務化し、それによる地下水採取を一定の取水基準等に適合させなければならないと規定する。⁴⁰⁾鳥取県は、採取計画の届出を義務づけ、その採取が地下水の水位の低下等により地下水の持続的な利用に支障を生じさせると認めるときは、採取計画の変更を命ずることができる⁴¹⁾と定める。山梨県は、揚水設備の設置の届出を義務化し、地下水の保全のため特に必要があると認めるときは、採取する水量の制限その他地下水

38) 山形県地下水の採取の適正化に関する条例7条、9条。

39) 静岡県地下水の採取に関する条例3－6条および富山県地下水の採取に関する条例4－7条。

40) 徳島県生活環境保全条例81条、83条、84条。

41) とつとりの豊かで良質な地下水の保全及び持続的な利用に関する条例9条、11条。

の保全上必要な措置を講ずべきことを勧告することができる⁴²⁾とする。

(4) 負担金徴収型

負担金徴収型は、地下水採取の許可制のもとで条例により地下水保全涵養負担金を徴収する類型である。水循環を構成する地表水と地下水を対比させた場合、地表水の採取には堰、取水門、水路等の水利施設が不可欠であるため、建設費や管理費の費用負担が伴うことにより、受益と費用負担の関係が明確である。一方、地下水採取の場合は、土地所有者等が比較的容易にそれ⁴³⁾を採取できるから、受益と費用負担の関係はときとして不明瞭なものとなる。

このことは、地下水の性質が土地所有者等によって共同で利用しうる資源であることに由来しているとはいえ、地下水位の低下や地下水障害等を防止するためには、地下水採取者に受益と費用負担の関係を意識させることが効果的である。これらの関係性の認識を前提に地下水を河川水と同一に取り扱うこととし、費用負担を地下水保全涵養負担金として徴収するのである。かかる制度は、費用の負担金を地下水の保全涵養事業のために使用することにより、受益と費用負担⁴⁵⁾の関係を明示する役割を担うことになる。

この類型は、地下水を河川水と同一視し、地下水法制を河川法制と同レベルで取り扱っている。すなわち、負担金徴収型は、許可型における河川法アプローチの理論をより堅固に構築した類型といえるのである。

具体的には、地下水を公水と解したうえで、地下水利用権と河川法23条の水

42) 山梨県地下水及び水源地域の保全に関する条例8条、15条。

43) 便益享受者と費用負担者の関係については、遠藤崇浩「地下水をめぐる公共政策」谷口真人編『地下水流動——モンスーンアジアの資源と循環』（共立出版、2011年）210頁以下参照。

44) 松山地宇和島支判昭和41年6月22日下民集17巻5＝6号490頁は、水脈を同じくする地下水について土地所有者の「共同の資源」と解している。

45) 熊本県は「公益財団法人くまもと地下水財団」を設立し、行政機関（熊本県および熊本地域11市町村）や水道事業者から地下水採取量に応じた事業費負担金を、民間事業者等から会費を徴収して、地下水涵養推進事業等を実施している。神奈川県秦野市は、地下水保全事業費のみに充当する協力金の納入を事業者に求めている（秦野市地下水保全条例69条）。長野県安曇野市は、地下水採取者および地下水利用者に対し協力金を求めている（安曇野市地下水保全条例10条）。

利権を法的に同じ性質と捕捉する。したがって、当類型では地下水利用権を公物使用権の特許と捉えるため、特許を付与された私人に対し公的負担ないし義務として負担金を課すことができると解するのである。地下水保全涵養負担金の徴収は、河川法32条で定める流水占用料等のそれに対応するものである。

本類型は、地下水の流動システムが解明されることにより、その管理がおおよそ可能になるとともに、地下水採取と健全な水循環の阻害の有無につきそれらの因果関係が概ね説明できる地域に適合する。

負担金徴収型においては、許可型の河川法アプローチで問題とされた理論上の課題がより顕在化するため、この型の採用には法理論的な障害が大きいいえる。とくに、当該制度が憲法29条の財産権侵害に該当するのではないか、地下水を河川水と同じ水準で管理できるのか、地下水管理に瑕疵があった場合にその管理責任を問うことができるのか等の問題を克服することが求められよう。⁴⁶⁾

5 地域特性に応じた地下水の保全と利用の段階的構造

水資源の偏在性は、水問題が当該地域の特有の課題であることに表れる。したがって、水資源に関する法制度の設計にあたっては、この点を十分に考慮する必要がある。それゆえ、水循環基本法は、5条で地方公共団体に対し自主的かつ主体的にその地域の特性に応じた施策を策定し実施する責務を有すると定め、15条では国とともに地方公共団体にも水循環に対する影響を及ぼす水の利用等に対する規制その他の措置を適切に講ずることを求めたのである。

前章で地方公共団体による地下水管理の実態をベースとした4類型を析出したのも、こうした類型化によって地方公共団体における地下水の保全と利用に関する法制度の特徴と課題が見出せると考えたからである。

地下水の採取規制のあり方について考察する際には、これら4類型の中でも、健全な水循環を維持しうる限り土地所有者等が地下水を利用できるとの考え方に基礎を置く、未規制型を起点に据えることが重要である。なぜなら、地下水

46) 地下水保全涵養負担金の徴収に関する規定をめぐっては、起草委員会においても意見が対立した。

規制の必要性およびその程度を検討するにあたり、当初は規制を緩く設定し次第に厳格化していく方が、財産権に対する規制を必要最小限にすべきという憲法理論上の要請に応えることができるからである。また実務の面からも、規制の程度を緩い基準から厳格なそれへとグレードを上げていくことによって、当該地域の水環境、社会経済状況および市民の地下水保全意識等に適応した地下水規制の仕組みが構築できると考えるからである。

さらに、アジアモンスーン気候にある日本では降雨量も比較的多く、水収支のバランスがとれていれば持続可能な地下水利用ができることが、科学的に検証されてきていることも、未規制型を起点にすることの裏づけとなるであろう。とくに、濃尾平野においては水源転換に伴う地下水採取規制によって、熊本地域では採取規制や涵養事業によって地下水位の低下が回復し、持続可能な地下水利用の見通しが立ってきたことが、今までの調査研究の蓄積から明らかとなっている⁴⁷⁾。

このような水環境のもとでは、健全な水循環の維持という制限内で土地所有者等が地下水を利用しうるとの立場をベースに据え、規制の度合いをどの程度にするかを考慮して、段階的に地下水保全対策を推進していくことが現実的であると考えられるのである。

地下水保全対策の主体である地方公共団体の側からも、制限内の利用を始点とすることで、当該地域に適応した規制のあり方をより幅の広いメニューの中から選択することが可能となる。

地下水に関する規制は、【未規制型】【届出型】【許可型】【負担金徴収型】の順にその内容が厳格化していく。当該地域における水環境や社会経済状況等に応じて、地域適合的な類型を導入すべきであるが、一方で各類型には法理論的に克服すべき点も少なくない。

【許可型】および【負担金徴収型】は、地下水管理が可能であることを理論上の前提とするため、当該地域における地下水流動システムの解明、地下水管理の実現性、その管理責任の認識、地下水採取の許可基準の明確化等に関する課

47) 大東憲二「濃尾平野の地盤沈下対策と地下水管理の現状」地下水学会誌57巻1号（2015年）17頁および嶋田・前掲注23）160頁。

題について、科学的かつ実務的な視点から解決する必要がある。これらの問題解決の程度にしたがい、【未規制型】【届出型】【許可型】【負担金徴収型】のいずれのタイプを選択するかという政策課題が具体化していくのである。

地下水位の低下や地下水障害等の漠然とした懸念だけで、採取規制に踏み切ることには控えなければならない。まずは、地下水流動システムを把握し、当該地域としてどの程度の規制が必要かを科学的に検証することが肝要である。この意味では、規制を伴わない純粋な届出制を積極的に活用する地方公共団体があってもよいであろう。

地下水流動システムを解明するために純粋な届出制を導入し、採取量や降水量等の調査研究から地下水収支を解析し、科学的データに基づいて地下水障害の発生のメカニズムとその蓋然性を究明することにより、場合によっては届出制から許可制へと段階的に移行させるという手順で規制内容を検討していくことも考えられるのである。

現在のところ、純粋な届出制を採用する条例は存在しないと思われるが、今後、未規制型から許可型への移行段階にみられる類型、つまり両者の中間に位置づけられる純粋な届出型の存在価値を認めることは有意であろう。地下水の採取規制が必要であるか否かを判断するための基礎データの取得を目的とした、純粋な届出制の意義を過小評価してはならないのである。

2015年7月に閣議決定された「水循環基本計画」は、国に対して地下水収支や地下水流動システムの把握およびそのための調査技術の開発等の推進を求める一方で、地方公共団体に対しては地下水のモニタリング、地下水協議会での決定事項に基づく取り組み（条例の制定等を含む）等の推進を要請している。そして、かかる地下水保全の施策につき、その進捗度合いに応じて地域ごとに段階的に進めるとの記述は、本稿が論じる地下水の採取規制の段階的構造を踏まえたうえで、地域特性に応じた地下水保全対策のあり方について実務的な角度から言及していると解されるのである。

48) 「水循環基本計画」28頁。 https://www.kantei.go.jp/jp/singi/mizu_junkan/pdf/honbun.pdf (2016年1月30日現在)

6 むすびにかえて

地下水保全法原案で定められた地下水規制の中核は、採取許可の制度にある。また原案は、当該許可制を河川法23条の流水占用のそれと同列に位置づけている。このような見解は、地下水を河川水と同視することから生ずる課題を抱え込む。

河川法アプローチは、地方公共団体による地下水管理の実態に適合するとともに、水循環の観点から両者を一体として捉えることにより、健全な水循環の維持の理念を具現化する法制度を提供しうる点では、優れた手法である。他方、かかる考え方は、地下水利用に関する判例の立場や地下水の利用実態と乖離すると同時に、地下水の公水化に伴う法理論上の問題が浮き彫りになる。

これに対し温泉法アプローチは、地下水と河川水の区別を前提に理論構築されているため、河川法のそれとは真逆の課題をもつ。この構図を単純化すれば、「管理実態と水循環の重視」対「利用実態と法理論の重視」という対抗軸で表すことができる。このように俯瞰すると、両者が交接する場面がないようにも見えるが、これらの内容を具体的に検討すれば、「健全な水循環の維持」の理念にその交点を見出すことができる。すなわち、地下水採取の許可基準を健全な水循環の維持に求める点では異なるところはないのである。しかし、河川法アプローチでは、管理の視座から健全な水循環を維持しうる採取を許可する形式を採用一方で、温泉法アプローチでは、利用の観点から健全な水循環を維持しえない採取を許可から排除する形態を採用する点で相違するのである。

地下水の管理をめぐる法的課題でその核心をなす論点は、河川水と同レベルで地下水を管理できるのかという問題として提起される。この点に関して、「水循環基本計画」⁴⁹⁾に見られるスタンスは示唆的である。それは、「持続可能な地下水の保全と利用の推進」の節において、地下水の「管理」という用語が見当た

49) 水循環基本計画・前掲注48) 27-29頁。同基本計画には、水循環基本法フォローアップ委員会からの要望書、および水循環政策分科会で法案起草に向けてなされた議論が、ある程度、反映されているといつてよい。

50) 「管理」の言葉に代えて「保全と利用」という用語を意識的に使用していると推測できる。

らない点に表れている⁵⁰⁾。このことは、本節の冒頭の項目が「地下水マネジメント」と名づけられていることと無関係ではないように思われる。⁵¹⁾同基本計画で「地下水マネジメント」の概念が用いられたのは、地下水の適正な管理は容易ではないため、⁵²⁾河川管理と同様に論ずることはできないとして、それと次元を異にする意味で当概念が使用されたと推考できよう。

近年における地下水学の知見を踏まえると、地下水の採取規制だけでなく、その有効利用も考慮した持続可能な利用と保全の調和を図る法制が求められている。かかる法制度には、地域特性への適応および必要最小限で規制する法的構成が要求される。本稿が提示した【未規制型】【届出型】【許可型】【負担金徴収型】の4類型に表れた地下水規制の段階的構造は、これらの要請に応える法システムの構築に基軸を提供するものである。

【付記】本研究は、JSPS 科研費 26380139 および 15H05175 の助成を受けたものである。

(本学法学部教授)

51) 「地下水マネジメント」とは、文脈から、持続可能な地下水の保全と利用を図るための施策を指すと解される。

52) 地下水の適正な管理については、地下水位を適正なレベルに維持することが重要である。この点につき、守田優『地下水は語る ― 見えない資源の危機』(2012年、岩波書店) 140-147 頁は、採取規制による地下水位の上昇が地下構造物の浮き上がり現象を発生させることについて言及する。

