

〈論 説〉

地下水規制と財産権の保障

— 憲法適合性からみた採取許可制度 —

宮 崎 淳

目 次

- I はじめに
- II 井戸設置規制条例に関する合憲性判断の検討
 - 1 井戸設置規制条例判決の内容
 - (1) 事案の概要
 - (2) 原審の見解
 - (3) 控訴審の見解
 - 2 井戸設置規制条例に関する合憲性判断の分析
 - (1) 合憲性の導出理論
 - (2) 引用先例としての証取法判決と森林法判決
 - (3) 「事の性質」と立法裁量の統制基準
- III 地下水の採取許可制の法的構成
 - 1 許的規制
 - (1) 規制の仕組み
 - (2) 土地所有権の内在的制約
 - 2 特許的規制
 - (1) 規制の仕組み
 - (2) 規制の前提としての公水論
- IV 憲法適合性からみた採取許可制度のあり方
 - 1 健全な水循環の維持または回復
 - 2 採取許可制度の要素
- V むすびにかえて

I はじめに

流域を越えて移送できないうえ、貯めることもできないという水資源の性質は、水をローカルな資源に特徴づける。なかでも地下水は、その容器となる地盤の地質や構造により賦存量や流動の仕組み等が異なるため、地域性の強い資

源であるといえる。それゆえ、地方公共団体が取り組む地下水保全の施策もまた、地域特性に応じた特色があるといつてよい。

現在のところ、わが国は河川法に対応する、地下水全般に適用される制定法を有していない²⁾。そのため、地方公共団体がその自治権に基づき地下水保全条例を策定し、その保全に取り組んでいる地域も少なくない³⁾。とくに、水道水源を地下水に依存する地域および地盤沈下、地下水汚染、塩水化等の地下水障害が生じた地域では、かかる条例によって地下水の保全と利用の調和を図ってきた。このような経緯は、地下水に関する国法が存在しないため、地方公共団体が自らその保全と利用の仕組みを手探りで追究してきたことを意味する。

このような背景のもと、水循環基本法が2014年に制定された。同法は、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るとともに、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規定する。これら両条により、地方公共団体が地下水保全の施策につき策定し実施する法的根拠を取得することになった意義は大きい⁴⁾。

しかしながら基本法は、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ものであり、それ自体では法的な実効性を有していない。したがって、基本法に基づいて地下水に関する政策を実現するために、法的実効性を伴う個別法を制定することが望まれている⁵⁾。

1) 沖大幹『水危機ほんとうの話』（新潮社、2012年）47頁。

2) 工業用水法およびビル用水法は、用途を特定するとともに、規制する地域を指定して地下水採取を規制する特別法であるため、地下水全般に適用される法律ではない。

3) このような条例の内容を詳細に分析する調査研究として、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頁以下がある。また、条例の類型化を通じて地下水規制の段階的構造を明らかにした論考として、宮崎淳「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」創価法学45巻3号（2016年）39頁以下がある。

4) 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）68頁。

5) 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、2014年に水循環基本法フォローアップ委員会を設置した。そこでは、地下水保全法の制定を視野に入れた水政策に関する重要課題につき、現状を踏まえた積極的な

個別法や条例の制定に向けた取り組みにおいて法的に問題となったのは、地下水保全のために必要な地下水規制のあり方であった。なぜなら、国または地方公共団体による地下水規制が、財産権の侵害にあたるのではないかという問題をはらんでいたからである。すなわち、土地所有者等（土地の利用権限を有する者）が地下水を採取しようとする判例および通説の考え方を前提とするならば、地下水の採取を法律または条例で規制することは、土地所有権を制限することになり、憲法29条が保障する財産権を侵害するのではないかとの疑義が生じるのである。⁷⁾

このような問題状況において、近時、地下水規制のために井戸の設置を禁止した条例の規定は憲法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頁が出現し、最高裁によって確定された。⁸⁾

そこで、本稿では、井戸設置規制条例に関する裁判所の合憲性判断を分析するとともに、地下水規制として地下水の採取許可制度を取り上げ、憲法適合性からみた当制度のあり方について考察することを目的とする。まず、井戸設置規制条例に関する第一審と控訴審の合憲性審査について引用先例の相違の視点から分析したあとで、地下水採取の権限である土地所有権の「事の性質」に着眼し立法裁量の統制基準について論及する。そして、地下水の採取許可制度について、その法的構成を許可的規制と特許的規制に区分し、規制の程度の観点からそれらを対置させ、両規制類型が必要かつ合理的な規制とされる要素を抽出することにより地下水の採取許可制度のあり方を考究する。

II 井戸設置規制条例に関する合憲性判断の検討

1 井戸設置規制条例判決の内容

憲法29条の財産権保障をめぐっては判例および学説の展開があるところ、近

活動が展開されている。

6) 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。

7) 宮崎・前掲注3) 53頁。

8) 最決平成27年4月22日LEX/DB25540463。

時、井戸の設置を禁止した条例の規定は憲法29条2項に違反しないとした前掲東京高判平成26年1月30日が現れた。¹⁰⁾本章では、井戸設置規制条例に関する裁判所の見解を紹介したあと、原審と控訴審における合憲性判断の理論を分析し、東京高裁の立場の妥当性を検証する。

(1) 事案の概要

裁判所が認定した事案の概要は、つぎの通りである。

被告Y市（秦野市：控訴人）において農業を営む原告X（被控訴人）は、Y市の職員Aらに対して、Xが同市内に取得した農地に井戸を設置したうえで農家用住宅を建築するための相談をしていた。ところが、Y市地下水保全条例（以下、「本条例」という。）39条1項は井戸の設置を原則として禁止し、例外的な設置許可事由として、本条例施行規則（以下、「本規則」という。）19条で「水道水その他の水を用いることが困難なこと」等を規定していた。そのためAは、井戸の設置予定場所やこれまでの経緯等を踏まえ、仮に井戸設置の許可申請をしてもそれが許可される可能性は非常に低い旨の説明をするとともに、水道敷設を勧め、その具体的方法も提案した。これを受け、Xは許可申請を断念し、自らの費用で水道を敷設するに至った。

そこでXは、井戸設置を原則的に禁止したうえで例外事由を限定的に設けている本条例39条につき、財産権を侵害し憲法29条2項に違反すること、また仮にそれが違憲ではないにしても、例外事由を充足していたXに対して井戸の設置が認められない旨を説明したAの対応には違法があったとして、水道敷設に要した費用等の賠償を求め、本件訴えを提起した。

9) たとえば、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995年）137頁以下、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）1頁以下、石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』（信山社、2011年）291頁以下参照。

10) 本判決は、後に最高裁によって確定された。すなわち、最決平成27年4月22日LEX/DB25540463は、上告を棄却し上告審として受理しないことを決定した。

(2) 原審の見解

本件条例の合憲性を検討するにあたり、原判決である横浜地小田原支判平成25年9月13日判時2207号55頁は、「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである」として、最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁（以下、「証取法判決」という。）を引用する。

そして、本件条例39条が井戸の設置を原則として禁止する目的は、「地下水をかん養し、水量を保全することにより、市民の健康と生活環境を守ること」にあると述べたあと、「水が人間の生活に欠かすことのできない資源であり、Y市が市営水道の水源の約75パーセントを地下水に依存しているという現状に照らせば、このような目的自体が正当性を有し、公共の福祉に適合するものであることは明らかである」と論述する。

つぎに、規制の内容等に関して、水量保全等を目的とする工業用水法および建築物用地下水の採取の規制に関する法律（以下、「ビル用法」という。）について、「ストレーナーの位置及び揚水機の吐出口の断面積等を規制し……、もって取水量を制限することによって上記目的を達成しようとしていることに照らせば、こうした制限を課すことによって水量保全の目的は達成することができるといえるから、これらの法律と異なり、本件条例が井戸の設置自体を原則禁止していることに鑑みると、そのような規制は財産権を必要以上に制限するものとして憲法29条2項に反する疑いが強い」と論及する。

しかし、「本件条例は、井戸の設置を全面的に禁止しているわけではなく」、39条1項但書きにおいて「規則で定める理由により市長の許可を受けたとき」は、その土地に井戸を設置することができるとしている。これを受けて本件規則19条は、「水道水その他の水を用いることが困難なこと」および「その他井戸を設置することについて市長が特に必要と認めるとき」を例外的許可事由として規定する。また、本件規則20条において、井戸設置許可申請書に「地下水の使用目的」ならびに「1日当たりの最大揚水予定量及び年間揚水予定日数」の記載を要求していること、さらに本件条例39条3項において、その目的を実現するために必要と認める条件を付した上で井戸の設置を許可することもできる

としていることからすると、「本件条例は、取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としている」と説述する。

以上のことから、「本件条例39条は、井戸設置の例外的許可事由を具体的に定めており、水量保全の目的を達成できる限り取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解されるから、その目的に照らし、規制手段が必要性又は合理性に欠けるということとはできない」として、「本件条例39条が憲法29条2条に反し違憲であるとするXの主張には理由がない」と判断する。

他方、Aの説明に関する違法性の有無について、本件条例は取水量を制限したうえで井戸の設置を認めることを前提としていること、Xが個人で井戸を利用することを望んでいたことを考慮すると、「少なくとも取水量を制限すれば井戸の設置が認められる可能性は高かった」と言及したあとで、相談を受けたAとしては、Xに「設置予定の井戸の仕様書を提出させるなどした上で環境保全課に持ち帰り、取水量を制限した上で井戸の設置を認めることができないかを具体的に検討する義務があった」と解されるが、そうした検討をせずに、Xに対し「井戸設置が許可される可能性は非常に低い旨の誤った説明をしたことは、職務上尽くすべき注意義務に違背しており、国家賠償法上違法である」と判示する。

このような原判決を不服として、Y市は控訴し、Xも附帯控訴した。

(3) 控訴審の見解

Aの説明に関する違法性の有無を検討するにあたり、控訴審である前掲東京高判平成26年1月30日は事前相談について、つぎのように詳述する。すなわち、Xに対するAの説明は、「いわゆる行政サービスの一環としての事前相談である」とし、事前相談では「条例や規則の内容について、一見して憲法や法律に違反していることが明らかであるような例外的な場合を除いては、その条例及び規則が有効であることを前提として、………概括的な説明を行えば足りる」から、「条例や規則などが違憲又は違法ではないかについて調査検討すべき義務まで負うものでない」と論述する。そのうえで、本件条例39条および本件規則19条が「一見して明らかに違憲又は違法な規定である」とまでは認められないし、取水制限によって水量保全の目的を達成する趣旨である工業用水法等が存在するこ

とによって、本件条例および本件規則による「井戸設置規制が違法であることにはならない」とする。そして、Aの説明は、「事前相談に対する説明であり、本件条例39条1項や本件規則19条が有効であることを前提とする説明として、特に違法であるというべき点は見い出すことができない」と判断する。

つぎに、本判決は、本件条例の合憲性に関する判断基準について、以下のよう
に論及する。すなわち、東京高裁は最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408
頁（以下、「森林法判決」という。）を引用し、「規制の目的、必要性、内容、そ
の規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量し
て決すべき」と述べたあと、「裁判所は、立法府がしたそのような比較考量に基
づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的
理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが
明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手
段がその目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けている
ことが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるも
のとなる場合に限り、当該規制が憲法29条2項に違背するものとしてその効力
を否定することができる」と判示する。

これに続き、条例による財産権の規制に関して、「条例もまた、憲法94条によ
って認められた自治立法であり、法律と同じく民主的議会制度に基づく法制定形
式であることからすれば、財産権の内容を『公共の福祉に適合する』ように条
例によって規制することも可能であると解すべきである」と言及する。

そして、井戸設置規制の目的について、「市の地下水を保全して計画的に利用
するという公益的施策の目的に沿った合理的なものである」と解し、本件条例
および本件規則の内容につき、「そもそも地下水は有限であることはもとより広
い地域にわたって流動するものであるから、井戸掘削による取水は、自らの土
地の地下のみならず幅広い範囲の地下水に影響を及ぼすもの」との認識のもと、
秦野盆地における地下水の揚水量の超過、地下水位の低下、一部井戸の枯渇、
水圧不足、一部断水という事態の発生に鑑みて、Y市が「地下水のかん養のた
めに必要な措置として、特に必要がある場合を除いて新たな井戸掘削を禁止し
たことは、必要かつ合理的なものである」と論述する。また、規制の程度に関
しては、「水道水その他の水を用いることが困難なときその他井戸を設置するこ

とについて市長が特に必要と認めるときには、新たな井戸掘削を許容する余地を残している」から、「その制限の程度が合理性に欠けるものとは言い難い」と判示する。

さらに、本件条例によって規制される財産権の性質について、「確かに、民法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。』としているものの、……地下水は一般に当該私有地に滞留しているものではなく広い範囲で流動するものであることから、その過剰な取水が、広範囲の土地に地盤沈下を生じさせたり、地下水の汚染を広範囲に影響を生じさせたりするため、一般的な私有財産に比べて、公共的公益的見地からの規制を受ける蓋然性が大きい性質を有するものである」と説述する。

これらによれば、「本件条例39条1項及びこれを受けた本件規則19条による上記の井戸設置規制は、その目的が公益的見地からの合理性を有するものであり、その規制手段もその目的を達成するために必要性、合理性を有するものであると認められるから、条例制定権を有するY市の合理的裁量の範囲を超えるものとはいえず、憲法29条2項に違反しないと解すべきである」と判示する。

以上のことから、「本件におけるY市職員Aの説明ないし対応が国家賠償法上違法であると認めることはできない」として、原判決におけるY市の敗訴部分を取り消して、その部分につきXの請求を棄却するとともに、Xの附帯控訴も棄却した。

2 井戸設置規制条例に関する合憲性判断の分析

当該事案においてAの説明に誤りがあるとするならば、それは本件条例の合憲性およびその解釈適用に関するAの誤解に起因していると考えられる。そのためこのケースでは、市職員の職務上の違法性を検討するにあたり、本件条例および本件規則の合憲性が問題となったと解される。¹¹⁾

また、当事件では、条例による財産権規制の許否も論点となるが、この点については判例でも見解が示されているうえ、憲法94条の「法律の範囲内」で¹²⁾

11) 事前相談に対する説明の違法性については、楠井嘉行=石田美奈子「判批」判自388号(2015年)8、9頁、山村恒年「判批」判自391号(2015年)14頁参照。

いう制約のもとで実際に規制されている場合が多く見受けられ、憲法上の疑義は事実上、解消していると指摘¹³⁾されている。

したがって、この節では、本件条例および本件規則の合憲性に関する問題に焦点を絞って論述することにする。

(1) 合憲性の導出理論

原審および控訴審の判決は、本件条例につき憲法29条2項に違反しないと判断した点では異なるところはない。しかし、両判決が結論を導出する理論には、大きな相違がある。

原判決は、工業用水法およびビル用水法（以下、両法律をあわせて「用水二法」という。）の規制手法と、本件条例のそれを比較して、後者は財産権を必要以上に制限しているのではないかとの問題を提起する。用水二法がストレーナーの位置および揚水機の吐出口の断面積等を規制して取水量を制限することにより、水量保全の目的を達成しようとする一方で、本件条例は井戸の設置自体を原則として禁止する手法により水量保全を図ろうとしているからである。規制手法としては、たしかに前者より後者のほうが厳格な規制である。

そこで、原判決は、本件条例39条1項但書きで定める例外的に許可を認める仕組みの存在に着目する。そこでは「規則で定める理由により市長の許可を受けたとき」に井戸の設置が認められるとしており、これを受けた本件規則は、「水道水その他の水を用いることが困難なこと」および「その他井戸を設置することについて市長が特に必要と認めるとき」を例外的許可事由と規定しているのである。また、本件規則20条で井戸設置許可申請書に「地下水の使用目的」ならびに「1日当たりの最大揚水予定量及び年間揚水予定日数」の記載を求め、本件条例39条3項で市長が本件条例の目的を実現するために必要と認める条件を付した上で井戸設置を許可することもできると定めているから、本件条例は取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると論及する。

さらに、本件規則は、「水道水等を利用することが容易である場合には地下水

12) 最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁（奈良県ため池条例事件）。

13) 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）237頁。

の保全を優先して井戸の設置を禁じる趣旨にすぎず、取水量を制限すれば水量保全の目的を達成できる場合においても井戸の設置を禁止する趣旨ではない」とも説述する。

本件条例39条ならびに本件規則19条および20条を総合的に解釈すると、本件条例が定める井戸設置規制は、取水量を制限して井戸設置を許可する前提が存在するから、このような規制手段は必要性または合理性に欠けるものではないと理論構成される。つまり、例外許可制度が機能する限りにおいて、本件条例は違憲ではないと解されるのである。¹⁴⁾

はたして、かかる理論構成は妥当であろうか。本件条例が、井戸の設置を原則的に禁止するとともに、本件規則で特段の事由を定めて例外的に許可する制度を設けていることにつき、このような例外の場면을強調して解釈することに疑問がないとはいえない。

また、このように解釈した背景には、「地方公共団体は……法律の範囲内で条例を制定することができる」と定める憲法94条および地方自治法14条があり、それゆえ用水二法の規制手段との整合を意識したと推察することができる。しかし、ここでは、用水二法が地域を限定して規制している点を看過してはならない。つまり、両法は政令で定められた指定地域内で取水量を規制しているにすぎないのである。このような地域を限定して規制する構造を、制定法ではなく地方公共団体が策定する条例で実現しうることを否定する理由はないのである。¹⁵⁾

他方、控訴審は、用水二法が地下水の取水量を制限する規定を設けていることから、「当該地域の自然環境下における地域的特殊性に依じて地下水のかん養のために井戸設置による取水について条例によって規制を設けることが、禁止されると解すべき理由はなく、これらの法律が存在することによって本件条例及び本件規則による上記の井戸設置規制が違法であることにはならない」として、両法との整合性を意識の外に置く結論を導いている。すなわち、地下水規

14) 加藤祐子「判評」早稲田法学90巻4号(2015年)159頁は、「いわば原判決は『合憲限定解釈』を施すことを通じて、辛くも本件条例の合憲性を論証する」と述べる。

15) 丸山敦裕「判批」新・判例解説Watch15号(2014年)34頁は、本判決が論じていることは条例制定権の限界の話であると言及する。

制について、当該地域の自然環境下における地域的特殊性に応じた条例による規制を積極的に評価したのである。

この地域的特殊性については、条例による財産権の規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するか否かに関する検証において、これを最初に検討対象としていることから、その重要性が理解できる。

本件条例による井戸設置規制の目的について、控訴審は、「Y市が位置する秦野盆地の地下に存在する地下水を、私的な井戸の無秩序な掘削による無計画な取水によって水位低下が生じることを防ぐことにある」と解する。そして、Y市は、「秦野盆地の地下構造が永年にわたる自然の力によって天然の水がめとなっているという地域的な特殊性に応じて、これをY市の住民等に供給する水道水の主要な給源として計画的に利用するため、昭和40年代ころからの研究の成果を踏まえて、昭和48年に『Y市環境保全条例』を制定するなどしてY市の地下水の保全を図」ってきたことを指摘し、「その後も地下水の水質と水量を保全するために各種規制や施策を行ってきたのであって、上記の井戸設置規制の目的は、このようなY市の地下水を保全して計画的に利用するという公益的施策の目的に沿った合理的なものであるということができると判示する。

このような本件条例の規制目的の合理性に関する控訴審の判断は、Y市の置かれた自然環境下における地域的特殊性およびそれを踏まえた地下水保全に関する施策の実施状況等に基づきなされたと考えられる。すなわち、当該地域の特殊性や地下水保全の政策等の立法事実在即して、規制目的の合理性が導出されたのである。

したがって、原審と控訴審の判決における結論の理由づけの相違は、用水二法との整合性を意識した例外許可制度の位置づけを基軸とするか、それとも地域的特殊性等の立法事実を基礎にするかの違いにあるといえよう。¹⁶⁾

両判決の相違について、地下水の法的性質に関する解釈の違いが両者の底流に存在するとの説明も可能である。¹⁷⁾しかしこのような見方に関しては、土地所

16) 加藤・前掲注14) 160頁は、両判決の理由づけにつき、法的仕組みの分析を重視するか、それとも条例制定にあたっての立法事実の分析を重視するかで異なると論じる。

17) 加藤・前掲注14) 160頁は、原判決の合憲限定解釈の背景には「私水」的発想がある一方で、本判決は「公水」的発想を真正面から受け止めるとともに、地域事情を踏まえて

有権の効力が地下水に及ぶとする見解と地下水を公水と捕捉する考え方を対置した構造、いわゆる公水私水二分論を両判決の基底に見出す観点からではなく、当該地域における地下水の公共性についての認識の差異という視角から理解すべきであろう。¹⁸⁾そして、かかる捉え方が、控訴審において「地下水は………一般的な私有財産に比べて、公共的公益的見地からの規制を受ける蓋然性が大きい性質を有する」との説示を導いたと考えられる。このような地下水の公共性の把握を通して、当該地域における規制手段の必要性和合理性が判断されたのである。¹⁹⁾

(2) 引用先例としての証取法判決と森林法判決

井戸設置規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものであるか否かを検討するにつき、合憲性審査に関する考え方の相違は、原審の引用判例と控訴審のそれとの違いとして顕在化している。すなわち、先例として、前者は証取法判決を、後者は森林法判決を引用しているのである。

財産権規制立法に関して、近時の最高裁は、証取法判決を先例として引用するケースが多い。このような状況に鑑みると、原審が本件をこれらの判例の延長線上で捕捉した理由も理解できる。

この場合、証取法判決を森林法判決との関係でいかに位置づけるかが規定的な意味をもつ。すなわち、両判決の連続性を重視して森林法判決に指導的地位

広く規制すべきとの議論を展開すると論及する。

18) 公水私水二分論は、水の性質をある地点で切り取って性質決定する考え方であり、水循環の概念に適合しない。したがって、かかる二分論に縛られるのではなく、水資源の特質を踏まえて検討する姿勢が肝心である。詳細は、宮崎・前掲注6) (2011年、成文堂) 360頁以下参照。

19) 丸山・前掲注15) 34頁は、原審は地下水の性質自体を考察することはしなかったが、控訴審は公共的公益的見地からの規制を受ける性質を地下水に見てとったと論及する。

20) 農地法に関する最判平成14年4月5日刑集56巻4号95頁、損失補填についての証券取引法の規定に関する最判平成15年4月18日民集57巻4号366頁、旧会社更生法に関する最判平成17年11月8日民集59巻9号2333頁、消費者契約法に関する最判平成18年11月27日判時1958号61頁、建物区分所有法に関する最判平成21年4月23日判時2045号116頁および消費者契約法に関する最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁は、証取法判決を先例とする。

を認めるか、それとも証取法判決に独自の意義を与えて先例として位置づけるかという考察が求められるのである。

証取法判決では森林法判決も含め、いかなる先例も明示的に引用してはいないが、その基本的立場は森林法判決と異なる²¹⁾ところはない。しかしながら、証取法判決の判旨においては、森林法判決の同旨部分から「積極的」と「消極的」の文言が削除されている点が注目されてきた²²⁾。財産権の規制をめぐる学説の状況および証取法判決における判旨の文言とその文脈を考えると、職業選択の自由の領域で確立している、いわゆる規制目的二分論につき、少なくとも財産権の規制に関する領域では、最高裁はこれを採用しないことについて森林法判決の立場を維持したうえで表明したと解釈するのが妥当であろう²³⁾。

両判例は合憲性審査にあたり、財産権に対する「規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して」判断すべきものであるとした点では、相違してはいない。

しかし森林法判決は、立法の規制目的が公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、または規制手段がその目的を達成するための手段として必要性もしくは合理性に欠けていることが明らかであり、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超える場合に限り違憲となると判示し、文言上は一般的に緩やかな審査を行うことを宣明するとともに、立法裁量の逸脱について論及している。さらに同判決は、かかる判示のあとの手段審査において立法事実を詳細に²⁴⁾検証していることから、比較的厳格な審査を行ったと解されている。

他方、証取法判決は、「〔証券取引〕法164条1項は証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともにこれに対する一般投資家の信頼を確保するという目的による規制を定めるものであるところ、その規制目的は正当であり、規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかであるとはいえないのであるから、

21) 杉原則彦「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度上』193頁。

22) 横田守弘「判批」法学セミナー573号(2002年)103頁。

23) 松本哲治「財産権」ジュリスト1400号(2010年)104頁。

24) 巻美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリスト1356号(2008年)36、37頁等。

同項は、公共の福祉に適合する制限を定めたものであって、憲法29条に違反するものではない」と論じていることから、立法裁量論に言及していないことが見て取れる。²⁵⁾

この点につき、最高裁は立法裁量逸脱濫用審査ではなく判断代置型審査へ移行したと解する学説²⁶⁾、立法裁量の考え方よりも比較考量を重視しているとする見解²⁷⁾、立法事実を検討していないため立法裁量を尊重しているとの見方等²⁸⁾がある。これらの学説が示すように、立法裁量に対する最高裁のスタンスの違いが、証取法判決と森林法判決の差異をもたらした主因であると解される。

したがって、このような立法裁量に対する見解の相違が、井戸設置規制条例に関する原審と控訴審において引用先例の差異として表れたと解されるのである。

(3) 「事の性質」と立法裁量の統制基準

井戸設置規制条例に関する判決において、なぜ立法裁量に対する考え方に違いが生じたのであろうか。この点については、立法の裁量統制のあり方から論を展開する学説が、問題の核心を提示する。この見解は、森林法判決が先例として引用する最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁（以下、「薬事法判決」という。）に遡って考察する。すなわち、薬事法判決が「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない」と説示したことに着目し、森林法判決が立法裁量の統制密度を高めた論拠につき、それを具体的な規制に照らして抽出される「事の性質」に求める²⁹⁾。つまり、「立法裁量に対する裁判所の統制の密度を左右する

25) 大石和彦「財産権制約をめぐる近時の最高裁判例における違憲審査基準について」慶應法学13号(2009年)135-137頁は、立法裁量論の消失とともに、規制目的について「正当でないことが明らかであるとはいえない」とは述べていないことを指摘し、これらを連動したものと理解する。

26) 大石・前掲注25)139頁。

27) 高橋正俊「判批」法学教室353号判例セレクト2009(2010年)8頁。

28) 卷美矢紀「判批」長谷部恭男=石川健治=穴戸常寿編『憲法判例百選I(第6版)』(有斐閣、2013年)215頁等。

のは、具体的な規制の目的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される、『事の性質』如何だ³⁰⁾と説述するのである。

このように解するならば、井戸設置規制条例判決における立法裁量の広狭に関する見解の相違は、井戸設置規制によって規制される財産権に関する「事の性質」に由来していると考えられる。この点につき、控訴審判決は「本件の井戸設置規制によって規制される財産権の種類や性質を見るに、確かに、民法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。』としている」と述べ、規制される土地所有権について、その効力の範囲に論及する。

本条例により実現される地下水採取の規制は、近代市民社会の基盤を形成する土地所有に対する権利を制約するものであるから、控訴審は土地所有権の「事の性質」に鑑み、立法裁量の統制密度を高めたと解される。つまり、規制対象となった地下水を採取しうる権限である土地所有権の「事の性質」によって、立法裁量が狭く捉えられたのである。

それでは、規制される財産権である土地所有権の「事の性質」とは、具体的にどのようなものであろうか。この問いは、地下水の自然科学的な特質を前提に、地下水採取の権限である土地所有権の性質について解明することを求めている。

まず、地下水の特質を自然科学的見地から観察すると、その流動性と有限性を挙げることができる。控訴審判決は、このような地下水の特質について「地下水は一般に当該私有地に滞留しているものではなく広い範囲で流動するものである」とし、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頁も、「地下水は一定の土地に固定的に専属するものではなく地下水脈を通じて流動するものであり、その量も無限ではない」と述べ、名古屋高判平成12年2月

29) 石川・前掲注9) 306頁は、森林法判決の「法制度保障」論につき、違憲判断を導くためというよりも、裁量統制基準の厳格化を論証するに足る「事の性質」の理解をもたらすために機能したというべきであると論及する。

30) 石川・前掲注9) 311頁。そして、森林法判決において裁量統制を厳格化させた「事の性質」は、単独所有の憲法上の保障であると論述する(同頁)。

31) 實原隆志「判批」平成26年重要判例解説ジュリスト臨時増刊1479号(2015年)27頁は、引用判決の違いにつき、地下水という自然の資源の利用が問題となっていること、インサイダー取引というテーマとの関連性が薄いこと等を理由として挙げている。

29日判タ1061号178頁もまた、「水循環の理念の下では、地下水は一定の土地に固定的に専属するものではなく、地下水脈を通じて流動するものであり、その量も無限ではない」と説示する。

そして、かかる地下水の特質を根拠に地下水採取の権限である土地所有権が規制または制約を受けることに言及する。すなわち、控訴審判決は、地下水の「過剰な取水が、広範囲の土地に地盤沈下を生じさせたり、地下水の汚染を広範囲に影響を生じさせたりするため、一般的な私有財産に比べて、公共的公益的見地からの規制を受ける蓋然性が大きい性質を有する」と説述し、前掲松山地宇和島支判昭和41年6月22日は「水脈を同じくする地下水をそれぞれ自己の所有地より採取し利用する者は、いわばそれらの者の共同の資源たる地下水をそれぞれ独立に利用している関係にあるといえ、したがって、土地所有者に認められる地下水利用権限も右の関係に由来する合理的制約を受ける」と論じ、前掲名古屋高判平成12年2月29日も「土地所有者に認められる地下水利用権限も合理的な制約を受けることになる」と論述する。これらの裁判例は、地下水の自然科学的な性質である流動性と有限性を理由に、土地所有権が規制または制約を受けることについて導き出しているのである。

さらに、自然科学的知見から、地下水は強い地域性をもつ点を挙げることができる。地下水は、地盤の地質や構造によりその賦存量や流動の仕組み等が異なることから、強い地域性を有する資源である。そのため、地下水採取の規制の必要性やその内容等は、当該地域における地下水事情に依拠するといえるのである。³²⁾

以上のことから、規制される土地所有権の「事の性質」とは、地下水が流動性と有限性を持ち、地域特性の強い資源であるがゆえに、地下水採取の権限である土地所有権はその特質に応じて制約を受けるという性質である。地下水の特質に応じて土地所有権が制約されることを「事の性質」とするのは、地下水の採取権限の規制が土地所有権の制約と捉えられるからである。このような「事

32) 守田優『地下水は語る ― 見えない資源の危機』（岩波新書、2012年）170頁は、地下水管理について地域に応じた柔軟性と地方公共団体が適切に対応できる自由度を強調する。

の性質」が、立法の裁量統制の厳格度に投影されるのである。

地域特性が強い資源である地下水の採取を規制するためには、当該地域における地下水の賦存状態、地下水収支、地下水障害の原因、地下水保全のための施策等の立法事実を検討することが重要である。³³⁾とくに、国レベルの制定法ではなく、地方公共団体の条例により地下水を保全するためには、当該地域における地下水事情やその保全に関する地方公共団体の取り組み等が立法事実として検証される必要がある。³⁴⁾

したがって、控訴審が森林法判決を先例としたのは、地下水に関する個別法が存在しない立法状況において、その保全の必要性に応じて地方公共団体が井戸設置規制条例等を制定する場合には、地下水採取の権限である土地所有権の「事の性質」に鑑み、当該地域における立法事実即ち判断が求められると考えたからであろう。要するに、土地所有権の「事の性質」に照らして当該地域における立法事実の検証を必要とするとの認識が、森林法判決に先例としての機能を担わせたと解されるのである。

井戸設置規制条例で規制される土地所有権の「事の性質」は、地域特性の強い資源である地下水の流動性および有限性から、地下水採取の権限である土地所有権が制約される点に求められる。井戸設置規制条例に関する控訴審判決は、地下水採取の規制を土地所有権に対する制約と捕捉し、制約される土地所有権の「事の性質」に鑑み、立法事実即ち比較的厳格な合憲性判断をしたと解

33) 控訴審では、「秦野盆地の地下水は、昭和40年代には、揚水量が自然かん養量を超え、水位の低下や一部井戸の枯渇が生じたり、水圧不足や一部断水という事態が発生したのことに鑑みれば、Yが、専門機関への委託調査によって得た具体的な分析結果などを前提として、地下水のかん養のために必要な措置として、特に必要がある場合を除いて新たな井戸掘削を禁止したことは、必要かつ合理的なものである」と判示する。

34) 控訴審では、「Yは、秦野盆地の地下構造が永年にわたる自然の力によって天然の水がめとなっているという地域的な特殊性に応じて、これをY市の住民等に供給する水道水の主要な給源として計画的に利用するため、昭和40年代ころからの研究の成果を踏まえて、昭和48年に『Y市環境保全条例（昭和48年Y市条例第23号。昭和48年12月1日施行）』を制定するなどしてY市の地下水の保全を図り、その後も地下水の水質と水量を保全するために各種規制や施策を行ってきたのであって、上記の井戸設置規制の目的は、このようなY市の地下水を保全して計画的に利用するという公益的施策の目的に沿った合理的なものである」と判示する。

される。

立法事実在即した比較的厳格な合憲性審査は、本件のような井戸設置規制条例の事案のみに採用されるものではなく、地下水規制が土地所有権に対する制約として捉えられる限り、地下水規制一般に敷衍されると考えられる。つまり、地下水規制が土地所有権に対する制約として解される限りは、土地所有権の「事の性質」に照らして立法事実在即した比較的厳格な合憲性判断がなされるといえるのである。

Ⅲ 地下水の採取許可制の法的構成

1 許可的規制

(1) 規制の仕組み

国民の経済活動に対する規制は、内容や程度によってその仕組みに幅がある。なかでも最も厳格な規制は、当該活動の禁止である。しかし、その禁止を規定する場合であっても、一定条件を充足すれば個別に許可を与えるシステムを採用することが少なくない。

許可制度とは、国民の本来自由な活動についてあらかじめ禁止しておき、一定の要件を備えると、申請に基づきその禁止を解除する、つまり自由の回復を図る仕組みをいう³⁵⁾。許可のなかには、規制の程度が強いものから弱いものまで、その内容は多種多様である。本稿では、規制程度が比較的弱い「許可」とその程度が強い「特許」の2種を取り上げ、規制程度の両端に位置づけられるものと捉え、地下水規制に関する法的構成の対抗軸として扱う³⁶⁾。

幅のある許可制のなかでも、社会公共の安全・秩序を維持するという警察的、消極的な観点から行われる許可は、講学上、「警察許可」と呼ばれている。かかる許可を用いて地下水採取を制限する法的構成を、ここでは許可的規制と称することにする。

35) 塩野宏『行政法 I 行政法総論 (第6版)』(有斐閣、2015年) 129頁。

36) 本稿では、規制の程度に焦点をあて「許可」と「特許」をあえて対置させて論を展開している。実際には、両者の間に位置する規制が多いことから、本章で示す規制の法的構成は理念型であるといえる。

許可的規制の仕組みが条文上に投影されているものとして、温泉法14条の2第1項と第2項を挙げることができる。すなわち、同条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。

要するに、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。このような許可的規制は、許可基準に適合しないものであると認める場合を例外的に定め、それ以外の場合には原則的に許可するという構成をとっている³⁷⁾。かかる許可制度を定める温泉法は、その法文上に許可の性質が示されているといえる。こういう許可的規制の許可基準は、それに適合しない場合を例外的に排除する消極的な基準と解されるのである。

(2) 土地所有権の内在的制約

地下水採取に関する許可的規制は、土地の利用権限を有しているならば、本来だれでも享受できる地下水の採取につき、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、土地所有者等の申請に基づいてとくに問題がなければ、その禁止を解除する仕組みである。したがって、当該規制の法理論的な前提として、民法207条を根拠に土地所有権の効力が地下水に及ぶとの解釈論が存在する³⁸⁾。

37) 宮崎・前掲注3) 47、48頁は、このような法的構成を「温泉法アプローチ」という。

38) 判例は、「地下ニ浸潤セル水ノ使用權ハ元來其土地所有權ニ附從シテ存スルモノナレバ其土地所有者ハ自己ノ所有權行使上自由ニ其水ヲ使用スルヲ得ルハ蓋シ當然ノ条理ナリトス」と判示する（大判明治29年3月27日民録2輯3卷111頁）。

このような見解を基礎にして、ある地下水採取が健全な水循環を維持しえない場合には地下水障害が発生する蓋然性が高いため、公共の福祉の観点からその地下水採取を制限するのである。かかる考え方は、健全な水循環を維持する限り、土地所有者等は地下水を採取できるとの規範を導き出す。ここでいう健全な水循環の維持の概念は、水循環基本法3条3項で規定された基本理念を指す。これらのことから、健全な水循環の維持という制限を土地所有権の内在的制約と解するとともに、同条項を民法207条の「法令の制限」として位置づけることができる。³⁹⁾

この点につき、『逐条解説温泉法』は同法が定める許可制度の趣旨について、「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」と説明する。そのうえで、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かった」ため、温泉法が制定された⁴⁰⁾と説述するのである。

このような立法趣旨に照らせば、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。⁴¹⁾ 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するのである。

地下水の採取を規制した制定法として、他に工業用水法およびビル用水法がある。両制定法が定める地下水の採取制限は、民法207条のいう「法令の制限」

39) 宮崎・前掲注4) 67頁。

40) 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』8頁。
<https://www.env.go.jp/nature/onsen/docs/chikujyo.pdf> (2017/01/30現在)

41) 小澤英明『温泉法——地下水法特論』(2013年、白揚社) 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。

として位置づけられている。⁴²⁾

工業用水法は、政令で定める指定地域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場合に、許可制度を採用する。この指定地域を定める場合につき、地下水を採取したことにより、地下水の水位が異常に低下し、塩水もしくは汚水が地下水の水源に混入し、または地盤が沈下している一定の地域について、その地域において工業の用に供すべき水の量が大きく、地下水の水源の保全を図るためにはその合理的な利用を確保する必要があり、かつ、その地域に工業用水道がすでに布設され、または1年以内にその布設の工事が開始される見込がある場合に定めるとする（3条2項）。

許可の基準について同法5条1項は、許可の申請に係る井戸のストレーナーの位置および揚水機の吐出口の断面積が経済産業省令、環境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、許可をしてはならないと規定する。ただしこの例外として、許可の申請に係る井戸により地下水を採取することがその指定地域における地下水の水源の保全に著しい支障を及ぼすおそれがない場合において、その井戸により採取する地下水をその用に供することがその工業の遂行上必要かつ適当であって、他の水源をもって代えることが著しく困難なときは、技術上の基準に適合しない井戸でも許可をすることができるとする（同条2項）。この許可には条件を付することができるが（8条1項）、この条件には、指定地域における地下水の水源の保全を図り、または許可に係る事項の確実な実施を図るため必要な最少限度のものに限り、かつ、その使用者に不当な義務を課するものであってはならないとされる（同条2項）。

このように例外的許可に付される条件が必要最少限のものに限られ、かつ使用者に不当な義務を課してはならないとすることは、工業用水法が土地所有者等による地下水採取の自由を最大限に尊重する、許可的規制を採用していることを示している。⁴³⁾

他方、ビル用水法は、政令で定める指定地域内の揚水施設により建築物用地

42) これらの法律のほか、鉱業法や大深度地下の公共的使用に関する特別措置法等も土地所有権を制限する法令と捕捉される。

43) 大塚直『環境法（第3版）』（有斐閣、2010年）395頁。

下水を採取する場合に、許可を受けなければならないとする（4条1項）。許可の基準は、工業用水法と同様に、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、許可をしてはならないと定める（同条2項）。この許可の例外として、水洗便所の用に供する地下水の採取については、他の水源をもってその地下水に替えることが著しく困難であると認める場合に限り、許可をすることができる（同条3項）。この例外的許可には、地盤沈下を防止するために必要な条件を付することができるが、ただしその条件は、その許可を受けた者に不当な義務を課してはならないとする（同条4項）。また、条件に違反した者に対する許可の取り消しとともに、違反是正のために必要な措置の命令について規定していることから考えると（10条）、工業用水法の規制よりもビル用水法のそのほうが強いといえるが、双方の許可制度とも許可的規制を採用していると解される。

2 特許的規制

(1) 規制の仕組み

一般的に「水利権」と呼ばれる河川の流水の占有許可は、「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」と規定される河川法23条をその法的根拠とする。同条が定める占有許可は、河川管理者が河川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るから、公物使用権の特許と解される。⁴⁴⁾

特許は、国民が一般的には取得しえない特別の能力または権利を設定する行為のことであり、行政機関が私人に特権を付与することをいう。特許は特権の付与であるから、管理者（行政機関）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、管理者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ことができると解されている。

かかる性質を有する特許により地下水採取を制限する法的構成について、本

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

45) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論（第5版）』（有斐閣、2013年）88、89頁。

稿では特許的規制と称することに⁴⁶⁾する。

特許的規制は、許可基準に適合するものであると認めるときを定め、それ以外の場合には許可しないという法的構成をとっている。このような特許的規制の許可基準は、それに適合する場合にしか許可しない積極的な基準であるといえる。⁴⁷⁾

(2) 規制の前提としての公水論

前述したように特許的規制とは、特定の者に対して特別の公物使用権を付与することにより公物使用を規制する仕組みである。したがって、地下水採取に関する特許的規制とは、特定の者に対して地下水使用権を設定することにより地下水の採取を規制することである。

特許的規制に関して、河川法23条が定める河川の流水占用の許可、つまり水利権の制度は河川水の採取を規制するシステムとして、地下水採取の許可制度は地下水の採取規制の法装置として機能する。

このように構成される地下水採取の許可制度については、河川水と地下水が水循環の過程にあることを根拠に両者を公水と解し、その使用権を設定する行政行為として捕捉される。⁴⁸⁾要するに、特許的規制による許可制度は、河川水利権と地下水の使用権の法的性質を同列に位置づけるのである。このように河川水と地下水の使用権を法的に同質と捉えることは、地下水を土地所有権から⁴⁹⁾切離することを意味する。

46) 宮崎・前掲注3) 46、47頁は、このような法的構成を「河川法アプローチ」と称する。

47) ここでは、特許の典型例として河川法23条を取り上げたが、法条の文言のみで許可の性質が判明するわけではない。文言をはじめ法全体の規制内容を吟味することにより、実質的に判断されるのである。

48) 1974年に旧建設省の地下水管理制度研究会によって策定された「地下水法基本要綱案」は、地下水を公水と位置づけ、全国一律に管理することを目的としていた。そのため、関係省庁や利害関係者等からの反発を招き、立法化されなかった。本要綱案の詳細は、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。

49) 小川竹一「地下水＝地域公水化論」愛媛法学会雑誌42巻2号(2016年)23頁は、「新規取水の原則禁止規定は、地下水利用権限を、土地所有権から完全に切り離すものであり、地下水が(地域)公水として管理されていることを示すものである」と論及する。

特許的規制は地下水を公水として扱うことを前提とし、これに対して許可的規制は、土地所有権の効力が地下水に及ぶことを前提として制度を組み立てている。つまり、両者は広義の許可の類型に属しながらも、その許可の法的構成が異なるため、規制の内容とその程度に違いが生じるのである。

IV 憲法適合性からみた採取許可制度のあり方

本章では、地下水の採取許可制度を定めた法律または条例の制定により地下水採取の制限を受ける者が、当該法律等による規制は公共の福祉に適合しないため憲法29条1項に違反すると主張するケースを想定し、かかる場合の規制が憲法に適合する要素を分析することにより、地下水の採取許可制度のあり方を考察する。

井戸の設置を禁止した条例の合憲性につき審査した前掲東京高判平成26年1月30日は、森林法判決が示した基準を用いて当該条例の合憲性について判断した。そこで、必要かつ合理的な規制としての地下水の採取許可制度の要素を抽出するに際しても、森林法判決の基準を手掛かりに検討する。

1 健全な水循環の維持または回復

許可的規制と特許的規制の目的は、地下水の採取を規制することにより健全な水循環を維持または回復することにある。

この点につき、水循環基本法はその前文において、「水が人類共通の財産であることを再認識し、水が健全に循環し、そのもたらす恵沢を将来にわたり享受できるよう、健全な水循環を維持し、又は回復するための施策を包括的に推進していくことが不可欠である」と論及する。そのうえで1条において、「水循環に関する施策を総合的かつ一体的に推進し、もって健全な水循環を維持し、又は回復させ、我が国の経済社会の健全な発展及び国民生活の安定向上に寄与することを目的とする」と規定する。

したがって、本法制定の趣旨は、人類共通の財産である水資源の恵みを将来にわたり享受しうるために、健全な水循環を維持または回復させ、わが国の経済社会の健全な発展および国民生活の安定向上に寄与することにあると解され

る。この趣旨を地下水の領域において実務的な視点から具体化すると、2015年に閣議決定された水循環基本計画における「地盤沈下、地下水汚染、塩水化などの地下水障害の防止や生態系の保全等を確保しつつ、地域の地下水を守り、水資源等として利用する『持続可能な地下水の保全と利用』を推進する」という説述⁵⁰⁾になると解される。

そうであるならば、許可的規制と特許的規制の目的は、持続可能な地下水の保全と利用の推進によって健全な水循環を維持・回復することであり、これは同法3条3項で定められた「健全な水循環の維持又は回復」の基本理念を地下水の領域において具現化したものであるといえる。

地下水の移動速度は遅いため、地下水汚染や塩水化等の地下水障害は、その回復に長い時間を要する。とくに、地盤沈下は不可逆的な現象であるから、いったん発生すると回復が困難である。また、地下水を水道水源として使用する地域にあっては、健全な水循環を維持・回復することは、持続可能な社会システムの構築に必要不可欠な要素⁵¹⁾である。このような科学的社会的知見を基礎として、地盤沈下、地下水汚染、塩水化等の地下水障害の発生および地下水保全に関する政策の展開が主要な立法事実となり、規制目的が正当化されると考えられる⁵²⁾。

50) 『水循環基本計画』(平成27年7月10日閣議決定)13頁。https://www.kantei.go.jp/jp/singi/mizu_junkan/pdf/honbun.pdf (2017/01/30現在)

51) たとえば、熊本県や秦野市等のように水道水源を地下水に依存する地方公共団体では、地下水保全条例を策定して、地下水の保全と利用の調和を図っている。地下水保全条例の策定状況は、地下水規制の必要性を基礎づける立法事実となりうる。2011年の国土交通省「地下水採取規制・保全に関する条例等の制定状況(速報)」によれば、地下水保全に関する条例(内部規定を含む)および要綱等は全国で517件の策定が確認されている。<http://www.mlit.go.jp/mizukokudo/000149412.pdf> (2017/01/30現在)

52) 田中孝男「北海道ニセコ町水道水源保護条例・地下水保全条例と立法事実の記録管理(下)」自治実務セミナー638号(2015年)59頁は、本件控訴審が条例制定までの市の政策展開を詳細に論述している点を挙げ、「この判示事項を条例の必要性判断の重要な要素とするならば、地下水の利用実態や枯渇・地盤沈下の科学的予想をしておかなければ正当性が認められなくなるおそれがある」と指摘する。

2 採取許可制度の要素

本節では、規制内容としての採取許可制度の要素について検討する。地下水の採取許可制が必要かつ合理的な法制度であると判断されるためには、いかなる要素が求められるであろうか。それは、健全な水循環の維持・回復という規制目的を達成するための、必要かつ合理的な規制内容を明らかにすることでもある。

これについては、健全な水循環を維持・回復するために、規制を必要とする地域と揚水規模が指定され、かつ合理的な許可基準が定立されることが重要な要素となる。すなわち、規制の対象となる地域と揚水規模および合理的な許可基準という要素が、地下水の採取許可制度に内包されることが肝要と考えられるのである。⁵³⁾

第一の要素は、規制地域の指定である。規制を必要とする地域の指定とは、「指定地域」を定めて、その地域内において地下水採取の許可制を導入することである。工業用水法3条は、「地下水を採取したことにより、地下水の水位が異常に低下し、塩水若しくは汚水が地下水の水源に混入し、又は地盤が沈下している一定の地域」において、所定の要件を充足した場合に政令で指定地域を定めるとする。ビル用水法3条もまた、「建築物用地下水の採取を規制する地域は、当該地域内において地下水を採取したことにより地盤が沈下し、これに伴って高潮、出水等による災害が生ずるおそれがある場合において」、政令で指定すると規定する。

広域自治体の条例でも、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。⁵⁴⁾このような現状は、行政区画が比較的狭い基礎自治体が、規制地域をその全域とすることを消極に解するものではない。なぜなら、広域自

53) 宮崎淳「地下水の採取許可制度と財産権の保障」日本地下水学会『2016年秋季講演会講演予稿』241頁。

54) 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地域内に限って地下水採取の許可を義務づけている。新潟県、愛知県および三重県は、規制地域を定めその地域内の揚水設備の設置を許可制にしている。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。

治体による規制地域の指定は、基礎自治体はその全域を規制することと同視される場合が少なくないからである。

第二の要素は、揚水規模の指定である。規制を必要とする揚水規模の指定とは、規制対象を揚水規模で限定することである。揚水規模を判断する基準は、揚水管径、吐出口の断面積または口径、採取量等が考えられるが、揚水機の吐出口の断面積により決められる例が多い。⁵⁵⁾ 規制対象の判断基準は、客観的かつ明確なものであることが要求される。この点につき、採取量は季節や事業活動の状況等によって変動することに留意しなければならない。一方で揚水機の吐出口の断面積は、これが大きくなれば揚水可能量も増加する関係にあり、しかも採取量のように変化することはないから、客観的かつ明確な基準として適切であると考えられる。第一と第二の要素が求められるのは、地下水の賦存量やその流動システムは地域特性をもち、その特性に対応した規制内容が要請されるため、規制対象となる地域と揚水規模の指定が必要となるのである。⁵⁷⁾

第三の要素は、健全な水循環を維持・回復するための合理的な許可基準を明示することである。⁵⁸⁾ 許可基準の具体例として、つぎの法条が挙げられる。工業用水法5条1項は、許可の申請に係る井戸のストレーナーの位置および揚水機の吐出口の断面積が経済産業省令、環境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、許可をしてはならないと定める。ビル用水法4条2項も、工業用水法と同様に、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、許可をしてはならないと規定する。

また、熊本県地下水保全条例は25条の4第1項において、「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、同項1

55) 千葉・前掲注3) 42-47頁参照。

56) 坂本公一「地下水管理のための法制度の整備」嶋田純＝上野眞也編『持続可能な地下水利用に向けた挑戦——地下水先進地域熊本からの発信』(成文堂、2016年) 190頁。

57) 揚水規模の指定につき、市町村のような基礎自治体のレベルにおいては、地下水の賦存状態、水収支、地下水障害等の立法事実在即して、揚水規模を度外視して規制する場合があります。これを否定するものではない。

58) 地下水採取の許可申請に対して不許可の行政処分をした場合に、採取許可に関する判断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(行政事件訴訟法3条2項)が提起される可能性があることに注意すべきである(宮崎・前掲注4) 70頁)。

号で、「当該申請に係る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」と規定する。このように、地下水採取が地下水の水位の著しい低下、地下水の塩水化や地盤の沈下等の影響を与えるおそれがあると認められる場合は、健全な水循環の維持・回復に適合しない蓋然性が高いと判断できるから、同条項は合理的な基準を示していると解される。

許可基準については、規制の法的構成が許可基準の立て方に反映されている法条を見出すことができる。すなわち、許可的規制においては健全な水循環の維持・回復に適合しないものと認める場合の基準を立てるのに対し、特許的規制においては健全な水循環の維持・回復に適合するものと認める場合の基準を定めるのである。⁵⁹⁾

許可基準の設定について、特許的規制は許可的規制に比べて、当該地域における地下水流動に関するより高いレベルの知見とデータの収集に基づき設定されることが要求される。というのは、許可的規制は許可基準の設定によって健全な水循環の維持・回復に適合しないものと認める例外的な場合を排除すればよいのに対し、特許的規制はそれによって健全な水循環の維持・回復に適合するものと認める場合を網羅して提示しなければならないからである。許可的規制では健全な水循環の維持・回復に適合しないものと認める例外的場面を、特許的規制では健全な水循環の維持・回復に適合するものと認める網羅の場面を許可基準として明示するという、規制の法的構成に由来する相違点を認識する必要がある。⁶⁰⁾

以上の要素を具体化するためには、当該地域における地下水障害の構造があ

59) 規制の法的構成が許可基準の立て方に投影された法条として、温泉法14条の2第2項や熊本県地下水保全条例25条の4第1項等が挙げられる。

60) ある地下水採取が健全な水循環の維持・回復に適合するものであるか否かを判断することは、容易ではない。地下水の流動システムが解明されていない段階では、なおさらである。地下水の可視化が進んでいない状況において、その採取が健全な水循環の維持・回復に適合するものと認める場合のみに採取が許されるとするならば、その判定が難しいため、適切な判断ができなくなるおそれがある。

61) 許可基準の充足について、許可的規制では消極要件と解され、特許的規制では積極要件と捉えられる。

る程度明らかにされている必要がある。なぜなら、地下水障害のメカニズムの解明なしに、その防止を図ることはできないからである。したがって、規制の法的構成にかかわらず地下水の採取許可制の導入のためには、地下水障害のメカニズムの解明が求められる。

特許的規制については、許可的規制と比べると地下水をより厳格な公的管理のもとに置くことから、財産権の内容および行使に対する制限の次元を超えて、財産権そのものに制約を課すもので、財産権に対する強い規制と解される。

このことは、地下水管理の観点から、つぎのように説明できる。特許的規制は、公物の管理者がその管理権に基づき、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るから、公水である地下水の管理権に基づき設定されることが理論的な前提となっている。そして、この地下水管理権は、不可視で複雑に流動する地下水を管理することができて、はじめてそれを観念することができる。つまり、地下水の流動システムを把握したうえで、その管理権に基づき、地下水使用権である特許を設定することができるのである。したがって、特許的規制を導入するためには、地下水が概ね管理可能な状態になっていることが要請されるのである。

最後に、地下水の採取許可制度によって保護される健全な水循環の維持・回復と、それによって犠牲となる土地所有権との利益衡量について論及する。この点に関しては、1989年制定の土地基本法2条に定められた、土地が有する「公共の利害に係る特性」を考慮する必要がある⁶²⁾。

土地所有権は、従前より民法上の相隣関係のように相互の所有権の内容を調整する規制および警察目的の規制が内在的制約として容認されてきた。また同法2条は、土地が有する特性に鑑み、土地について公共の福祉の優先を規定している。さらに前掲東京高判平成26年1月30日が、地下水採取につき「一般的

62) 土地基本法は2条において、「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に係る特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする」と規定する。

な私有財産に比べて、公共的公益の見地からの規制を受ける蓋然性が大きい性質を有する」と言及している点も、土地所有権の特性から導出される性質と解することができる。かかる土地所有権の特性を考慮するならば、土地所有権は一般的な財産権と比べて、より幅広い規制が許されると考えられる。⁽⁶³⁾

V むすびにかえて

地下水の採取許可制度については、立法事実に基づき健全な水循環を維持・回復するために、規制を必要とする地域と揚水規模および合理的な許可基準が当制度に内包されることが重要である。⁽⁶⁴⁾すなわち、規制の対象となる地域と揚水規模および合理的な許可基準という要素が、立法事実を裏づけられ採取許可制度の内容を構成することが重視されるといえよう。⁽⁶⁵⁾

これらの要素を具体化するためには、当該地域における地下水障害の構造がある程度明らかにされる必要がある。なぜなら、地下水障害のメカニズムの解明なしに、その防止を図ることはできないからである。したがって、規制の法的構成にかかわらず地下水の採取許可制の導入のためには、地下水障害のメカニズムに基づきこれらの要素を具現化することが求められる。

特許的規制にとって肝心な事柄は、地下水の流動システムを把握し、地下水を概ね管理可能な状況に置くことである。というのは、かかる条件が整ったときに、特許としての地下水使用権が理論的に設定できるようになるからである。

さらに地下水が概ね管理可能な状態になっていたとしても、特許的規制については法理論的な視点から、地下水は河川水と同じ管理の理論に服しうるかという問題に応答しなければならない。⁽⁶⁶⁾すなわち、地下水と河川水を法的に同一

63) 渡辺康行=穴戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法1基本権』（日本評論社、2016年）345頁。また同頁は、通常の土地規制について補償を必要としないと説明する。

64) 宮崎・前掲注53) 243頁。

65) 基礎自治体の条例レベルにおいては、行政区画が比較的狭いことから、立法事実を照らしこれらの要素を内包しない規制もありうることに留意すべきである。

66) 地下水を公水と解するならば、その管理上の瑕疵によって損害が生じた場合には、国家賠償法1条・2条に基づき地下水の管理者（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（宮崎・前掲注4）66頁）。

平面で扱うことが可能であるにしても、管理責任につき両者が同次元で対処されることの当否が問われるのである。⁶⁷⁾この点については、地下水の地域特性を認識したうえで、地下水の公水化を基礎づける立法事実⁶⁸⁾に即して慎重に検討される必要がある。

地下水の採取許可制につき、規制の程度が比較的弱い許可的規制の導入のためには、地下水障害のメカニズムを把握する必要がある一方で、規制が強い特許的規制の導入には、地下水の流動システムの解明、いわゆる「地下水の見える化」を推進し、地下水を概ね管理可能な状態に置くことが必要不可欠である。したがって、地下水規制のあり方として、その管理ができない段階ではできる限り弱い規制にとどめ、ある程度、管理可能な状態になれば厳格な規制に移行させるといように、段階的な規制の仕組みを構築することが、肝要となるのである。⁶⁹⁾

水循環基本計画は、「持続可能な地下水の保全と利用の推進」の節における「地下水マネジメント」の項目で、国に対して地下水取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、持続可能な地下水の保全と利用に関する施策につき、「地域における地下水の保全と利用の歴史と経緯、既存の取組や仕組みを尊重しつつ、その進捗度合いに応じて地域ごとに段階的に進める」と説述する。⁷⁰⁾これらの言説は、地域特性の強い資源である地下水の保全と利用に関する法律または条例の制定につき、立法の基礎を形成しかつその合理性を支える立法事実の重要性を示唆するとともに、そこから財

67) 小川・前掲注49) 16頁は、「地下水の治水的問題（塩水化、地盤沈下、過剰な水位上昇）は、……土地利用計画、公共土木にかかわる問題で、市町村自治体の管理瑕疵を追及すべき問題ではなく、国あるいは県の管理責任の領域であろう」と言及する。

68) 宮崎・前掲注3) 58頁は、地方公共団体による地下水管理の実態を【未規制型】【届出型】【許可型】【負担金徴収型】の4類型に区分し、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指摘する。

69) 宮崎・前掲注53) 243頁。

70) 水循環基本計画・前掲注50) 28頁。

産権保障に関する含意を読みとることもできるのである。

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