

地下水 = 地域公水化論

小 川 竹 一

論 説

地下水 = 地域公水化論

小 川 竹 一

目 次

1. 地下水と水循環基本法
2. 地下水法システムの意義
3. 自治体条例による地下水管理の展開
4. 地下水法システムの理論的展開
5. 自治体条例紛争事件判決の検討
6. 地域公水化論

1. 地下水と水循環基本法

1. 1 地下水法の不在

水循環基本法が、2014年に制定され、地表水と地下水とに対して、包括的な法規範を設ける端緒となるとして、大きな期待が寄せられている。

このことの意義を理解するために、長すぎる地下水法の不在の意味を振り返る必要がある。

日本においては、地下水法がないなか、地下水の利水障害、地盤沈下、塩水化、湧水枯渇、地下水汚染など様々な課題が生じてきた。このため、表流水と地下水との一体的管理の必要性が半世紀ほど以前から主張されていたが、これまで、国は、河川行政に比べて、地下水の法的規制や管理には、消極的であった。

このため大審院の判示による地下水採取＝財産権（土地所有権の効力として地下水採取権）とする規範が、地下水に関する基本的ルールとなった（注1）。

国の法律は、戦後経済復興の中で深刻化した地盤沈下に対し、1956年に「工業用水法」を制定し、大工業地域における地盤沈下を緩和するため、地下水採取を規制し、1962年には、「建築物用地下水の採取の規制に関する法律」を制定し、大都市圏で、ビルの地下水採取を制限するようになった。地下水採取による被害防止のため、法律による地下水採取権の制限がなされた。これにより特定の公益的な目的のために、地下水採取権の一般的制限が可能であることが示された。

1970年代において、大都市における地盤沈下、湧水枯渇など地下水資源は深刻な侵害が生じ、農村の都市化により、都市用水と農業用水の競合による地下水枯渇、地下水汚染など問題が噴出した。

このため、地下水規制法案が、国土庁、厚生省、建設省など多数の官庁で立案され、統一地下水法の制定が模索されたが、種々の利水者の利益を代表する官庁間の対立で、挫折した。この歴史的な経緯は、地下水法を構想するうえで、忘れてはならないことである。

一方で、各地方で噴出してきた地下水問題に対処するために、自治体において、独自の条例を制定する場合は、1980年代以降に大きく増加してきている。

この地下水法の不在の間に、地下水に関わる紛争の解決、地域の利水秩序の形成、地下水保全の役割を果たしてきたのが、各地の自治体の条例であった。

各地の自治体は、地下水を生活上必要とする住民のために地下水を保護するための条例を制定し、創造的な地下水マネジメントの方策を編み出してきた。

一方で、自治体が地下水管理を強化し、井戸設置禁止、大量取水の事業場立地禁止などの処分を行ったことに対する訴訟事例が生じている。自治体の責務がさらに重くなってきていると同時に、自治体の規制権行使の在り方が、訴訟の場において問われる場合が増加することが予想される。

このような中で、2014年の水循環基本法制定により、ようやく国が地下水の管理にかかわる方針が示された。これにより地下水に関する法制度が大きく

進展することが期待されている。

1. 2 地下水と水循環基本法

水循環基本法（以下、水基本法）は、「水は、国民共有の貴重な財産であり、公共性の高いもの」とし、法が実現すべき理念として、「水の総合的で一体的な流域管理」、「健全な水循環の維持、回復の積極的な推進」を掲げ、政府の責務として、「水循環基本計画」を策定し、水の適正で有効な利用を推進するための方策を行うべきとしている。

ここに規定されている「水」には、地下水が含まれていて、地下水が、国の法律により、はじめて「公共性の高いもの」として位置づけられた。そして、水循環の一要素として位置づけ、全体的な水循環を維持、回復するために、地下水の保全が課題としてあげられている。

国、地方公共団体、事業者及び国民の責務規定（4条）は、国は、基本理念にのっとり、「水循環に関する施策を総合的に策定し、及び実施する責務」を規定した。

地下水条例による地下水管理がなされている状況を追認して、以下のように規定された。

「地方公共団体は、基本理念にのっとり、水循環に関する施策に関し、国及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、及び実施する責務を有する。」

水循環基本法における地下水に対する直接的な言及はないが、先述したように、水循環の中で、地表水と地下水とを一体的に扱い、公共的な価値が高いものとしたことで、これまで自治体が行ってきた、公的規制の正当性を確認するものである。

この後、地下水の保全に関する法律の制定が続かなければならない。以前に統一的な地下水法の制定が模索され挫折したときとの相違は、各地での自治体による条例が制定され、地下水管理の経験が蓄積され、多くの自治体が地下水管理の主体となりうる能力を身につけてきたことである。期待される地下水法

の内容は、各地の自治体条例を尊重し、後押しするものでなければならない。このためにも、これまでの地下水に関する判例、条例、学説によって到達した地下水ルールを総括しておくことが必要である。

2. 地下水法システムの意義

2.1 司法判断、条例等による地下水ルールの形成

地下水に関する基本的な法制度が存在しなかったため、地下水と法とのかかわりは、司法的判断の積み重ねや、各地方自治体の条例が主として、地下水に関する規範関係を作り上げてきた。条例の規制方法は、工業用水法などの揚水ポンプ規制の手法がとられている。地下水研究の成果、法学説判決が、条例制定の参考にされ自治体管理に寄与した関係もある。

司法判断や条例は、当初は、それぞれ、ばらばらに相互関係が希薄に生み出されてきたものであった。学説が判例、判決例の論理を批判したり、普遍化したりすることにより司法判断に影響を与え、地下水採取の規制論理が一般化すると、それを受けて、条例により採取規制が規定され、さらに、その規制が訴訟になり司法判断に正当化されるなど、相互関係の中で、いくつかの自治体の中では、一つの地下水法システムとして、総体的に捉えることができるようになってきている。

その形成過程は、表1のように整理することができ、2010年代に入り、自治体条例と条例の効力を争う判決例において、地下水法ルールとして、全住民の利益のために地下水流域の保全のために、取水を含め地表の活動は制約を受けることが確立しつつあると言えよう。

限定的な国家法による規制のほか、判決による、地下水脈を同一にする者の共同資源論としての位置づけによる制約論、条例による、地下水の一元的管理、取水許可制、「公水」宣言などの個別な規制、管理規範が積み重ねられ、地下水は、公共目的のためにその利用あるいは、制限があり、事前的な規制を行うことが可能であるとの法規範意識が共有されることになった。

学説においても、理論構成の相違はあっても、上記の個別、部分的な法規範の積み重ねの上にたつて、公的な規制を行うべしとして、自治体の条例の効力の正当化に理論的な基礎を与えている。

以上の関係は、地下水の公的な規制のために相互に無関係ではなく、理論的な連関が生じており、一つのシステムとして総体的に捉えることが可能となった。これを、地下水法システムとして位置づけることが有益である。

2. 2 地下水法システムにおける司法判断の役割

本稿で、地下水法システムとよんでいるのは、自治体条例による地域の地下水管理が、国法による規制方法、判決例を踏まえ、学説の展開を参照しながら、その管理内容、規制手法等を深化、拡大しながら展開していることを、動的に捉える概念としてである。

(表1「地下水法システムの形成、司法・自治体制度・学説相関表」参照)。

地下水法システムの到達点を司法判断の形成の面から、検討しよう。

判例においては、明治29年の大審院判決において、地下水採取の権利利益について、土地所有権に付従するものとして、自己の土地での取水による、隣地の利水障害に責任を負わないものとした。

民法施行前から、土地所有権の効力が及ぶことが確認され、以後の判例に引き継がれたが、その規範論理を、学説は、地下水が土地構成部分であると構成してきた。これに対して、「付従」するとの判断は、「土地構成部分」説をとるものではないとする批判もある(注2)。

その後、昭和10年代にいたり、下級審判決では、土地所有者間の井戸枯れなどの障害にかかわる紛争について、権利濫用論の適用により、隣地の取水障害を引き起こした取水行為に権利濫用論を適用して、損害賠償責任を負わせるものが現れてきた。

大審院はようやく、昭和13年判決において、権利濫用論の適用を認めた。

この判例の到達点を準則1とする。

準則1…地下水採取は、土地所有権が行使しうる財産権の行使であるが、そ

表 1 地下水法システムの形成, 司法・自治体制度・学説相関表

	司法判断	国制度・自治体制度	学 説
1896年 -	1896年大判明治29年3月27日→地下水は土地所有権に付従する		
1912年 -			
1927年 -	1933年大判昭和13年6月28日・権利濫用の法理の適用		1931年・武田軍治「地下水利用権論」→地下流水=土地構成部分否定説
1945年 -		1957年・工業用水法	
1960年 -	1966年松山地裁宇和島支部判昭和41年6月22日→同一水脈の地下水=共同資源であり, 取水は合理的制約を受ける	1962年・ビル用水法 1965年・宮古島地下水保護管理条例→全島地下水採取許可制・飲料水優先原則	1960年・金沢良雄「水法」→水文の循環ある地表水と地下水は, 公的管理に服する 1969年・金沢=三本木健治「水法論」→地下水=公共物論
1970年 -		1973年・秦野市環境保全条例→地下水=市民共有財産 1975年・秦野市地下水保全・利用適正化要綱→大口取水事業者からの協力金徴収 1974-75年・建設省, 科技厅, 環境庁等の地下水法案→挫折	
1980年 -		1981・内閣地盤沈下防止対策要綱	1980年・阿部泰隆「地下水の利用と保全」→地下水規制条例優先論
1990年 -		1994年・秦野市地下水汚染防止・浄化条例 1995年・紀伊長島町水源保全条例→水源枯渇を引き起こすおそれの場合は, 立地不許可	1993年・小川竹一「地下水保全思想と宮古島地下水保護管理条例」 1998年・三本木「判例水法の形成と理論」→公共物論, 宇和島支判の評価
2000年 -	2000年名古屋高判平成12年2月23日→事業場の予定水量が敷地涵養水量を超える場合に立地不許可 2002年福島地裁郡山支部判平成14年4月18日→工場の化学物質による井戸の汚染の賠償責任	2003年・秦野市地下水保全条例→新規井戸設置禁止, 汚染防止・浄化	2003年・小川「土地所有権と地下水利用権」→地域公水化論 2006年・宮崎淳「土地所有権と地下水法」
2010年 -	2014年東京高判平成26年1月30日→秦野条例での新規取水原則禁止は有効→最判支持	2012年・熊本県地下水保全条例改正→地下水=公共水, 新規取水禁止 2013年・水循環基本法	2011年宮崎淳「水資源の保全と利用の法理」 2014年宮崎淳「水循環基本法下における地下水管理の法理論」 地下水=公共水とし条例での地域特性に応じた柔軟な管理, 公水はふさわしくない 2014年三好規生「水循環基本法の成立と水管理法制の課題」→地下水管理法=枠組み法の骨子

れによって他の地下水利用に障害を起こすときは、権利濫用論が適用される。

1960年代以降、地下水利用がさらに増加し、近隣の土地所有者間の問題ではなく、共通する地下水脈、流域資源に障害を与える場合が生じてきた。

松山地裁宇和島支部昭和41年判決は、水道事業者である市の取水により、養魚池の枯渇をもたらした場合に、地下水を共同の資源と捉え、取水行為には合理的な制約があるとし、水道事業者の賠償責任を認めた。下級審判決であるが、共同資源に対する合理的制約論は、学説に強く支持され、その後の自治体条例による規制の論拠になりうる論理となっていき、準則2として捉えることができる（注3）。

準則2…地下水は流域における共同資源であり、他の取水者のために合理的な範囲での取水をしなければならない。

さらに、自治体条例による地下水管理が進み、事前の取水の不許可処分をめぐる判決例がいくつか現れ、自治体の処分を、地下水の水収支を保全するために合理的な処分として肯定する。名古屋高裁平成13年判決、東京高裁平成26年判決であるが、東京高裁判決は、最高裁でも支持されているので、準則3として捉えることができる。

準則3…自治体条例による取水許可制による不許可処分は、流域の水収支を保全するため合理的な範囲であれば有効である。

以上の司法判断は、準則1の段階では、自治体に、条例による規制を思いとどまらせていたが、準則2により転機となり、初期の自治体条例が、地下水を

表2 判例・判決理論の変遷

	大審院昭和13年判決 (準則1)	宇和島支部昭和51年判決 (準則2)	東京高裁平成25年判決 (準則3)
価値	財産性	共同資源	公共水(物)
法的性格	私水	共有私水	(地域)公水
制限法理	権利濫用	共有物管理・相互制約	公共福祉
根拠	民法206条	(相隣関係)	条例

市民の共有財産などと位置付ける根拠を与え、その後自治体条例は、公的管理を強めてきているが、準則3は、その動向を正当化するものである。司法判断は、地下水管理に影響を与え、支える役割を果たすものであり、学説は、判決例の形成に役割を果たさなければならない。

3. 自治体条例による地下水管理の展開

3.1 自治体条例がもたらしたもの

ここでは、各地域の自治体が、地域住民の水利用を保全するために、地域の事情を踏めて、地下水取水行為に対する管理や規制方法を創出していった（注4）。

それらの中で、地下水法システムの形成に重要な役割を示したものを示す。

(1) 宮古島における地下水条例

1965年に、アメリカの施政権下にあった、沖縄県宮古島の4市町村は、米軍工兵隊の地下水調査等により、地下水利用計画をたて、上水道の供給を開始した。「宮古島地下水保護管理条例」を、4市町村が設立した「上水道組合」を管理者として、制定した。過剰取水により、塩水化の危険防止が課題であった。施政権返還後は、日本法に適合させるため、一部事務組合を管理者として、ほぼ同一内容の条例を制定した。

条例が示した規範は次の通り。

- ①自治体は、全住民が生活に依存する地下水を保全するために、すべての取水行為につき許可制とする。（揚水ポンプの口径による制限）
- ②全島の地下水を、行政区域をこえて、単一の水道管理者が管理する。
- ③渇水時においては、飲料水の供給を優先する。

地下水採取が土地所有者の財産権の行使であると強く考えられていた時期において、条例が一定の制約を課したことの意義は大きい。

農業用の取水を含めて一元的な規制を行ったのは、これまで天水への依存が

主で、既得の利水者がなかったことで可能となったものであろう。

平成10年の大渇水時に、当時の条例の「生活用水優先原則」により、国補助の「農業用地下ダム」から補水を要求したことの意義は、大きい（注5）。

(2) 神奈川県秦野市による条例による地下水管理

秦野市は、長期にわたって、地下水の水量保全、水質保護、土壌汚染の防止・浄化等、全般的な地下水管理を積み重ねてきた（注6）。

- ① 1970年、秦野地下水盆の水収支メカニズムを明らかにする調査の実施。
- ② 1973年、「秦野市環境保全条例」により、「秦野盆地に貯留する地下水は市民共有にして有限な財産である」と規定する。
- ③ 1975年、「秦野市地下水の保全及び利用の適正化要綱」により、大口地下水取水者と協定を締結し、従量制による地下水使用料徴収（協力金制度）開始。
- ④ 1994年、「秦野市地下水汚染の防止及び浄化に関する条例」により、市内に立地する化学工場による土壌汚染や地下水汚染を防止し、汚染土壌があればその浄化事業を実施し、そのための基金の設立を行った。
- ⑤ 2003年、「秦野市地下水保全条例」を制定して、地下水を「公水」と位置づけ、水量と水質の保全のための規制と地下水涵養を行う。地下水の新規取水を原則的に禁止した。
- ⑥ 2005年、「秦野市地下水総合保全管理計画」を策定し、地域の地下水収支等を総合的に明らかにし、地下水保全目標を明確にした。

以上のごとく、秦野市は、地下水水量および水質の保全、地下水汚染の防止と回復など多方面にわたる地下水管理を実施し、2003年条例においては、新規取水の原則禁止という強い規制を行っている。汚染防止のために、規制対象物質を用いる事業場に対し、汚染防止のための管理計画の変更命令権も規定している。取水行為だけではなく、地表での活動に対する制限も行っている。

このような条例内容や運用状況からみると、地下水は、実効的な地域の公共管理に服していて、原則取水禁止規定は、地域公水論が現実化してきていると評価できよう。

3. 2 自治体条例の展開過程

上述の地下水条例の展開過程は、以下のように段階的に、規定項目を拡大してきている。次第に、以下の項目に示すような地域全体的な地下水法システムの形成がなされつつあると言えよう。

①地下水調査，管理計画の策定

これにより、自治体住民において、地下水が住民の生活基盤たる共同資源であることが客観的に明らかにされ、全住民にかかわるものであるとの規範意識が確認されている。

②地下水の公共的位置づけ

自治体は、地下水資源を、住民にとって不可欠の資源であるとの認識を示すために、その存在意義を規範的に明らかにしなければならない。

③地下水水量保全目標

取水困難，塩水化，地盤沈下防止等の目的達成のための保全水量の設定

④地下水利用秩序の認識

自治体は、既存の地下水利用秩序を維持することを目標にするのか、あるいは、全体的に将来の利水秩序の形成を目標にするのかを決定する（注7）。

⑤利水秩序維持，形成のための規制対象・方法

既存の利水者に規制を及ぼすのか、あるいは新規利水者のみ規制をおこなうのか、取水目的（農業，事業場など）別に規制方法をかえるのか、などを決定する。

⑥水道水源保全地域の指定と立地規制

⑦規制方法，強制手段の決定

揚水ポンプの設置場所・性能規制か、水量規制か、立地規制かの選択，行政罰か、刑事罰かなどの決定。

⑧地下水利用者の金銭的負担

取水料金等の徴収を行うか、その他の負担を課すかの決定。

⑨生活用水優先など資源配分

⑩地下水汚染防止，除去方法

地下水汚染防止のための規制対象物質を定め、その管理使用方法の規制および排出事業場の立地規制。汚染除去、浄化責任の規定。

①地下水涵養方法の決定

地下水涵養のための助成、涵養義務の設定。

4. 地下水法システムの理論的展開

4. 1 地下水の法的性格論の概括

一般的に、地下水の法的性格につき、私水説と公水説との対立があるとされる。学説の展開過程について、私見を別稿で述べたので、ここでは概説にとどめる（注8）。

民法学的立場においては、土地所有権が地下水資源に及ぼす効力をどのような根拠で認めるのか、あるいは地下水を土地所有権と分離して把握すべきではないかという二つの論点をめぐり、土地と地下水との所有関係から地下水の法的性格を規定する。

行政法学的立場は、地下水が公物であるか、非公物であるかの規定から出発して、非公物であるから、公法的規制になじまないとする立場と、公共物として、規制が可能であるとする立場とがある。

一般的に行政法学者は、地下水が公物であることを否定するので、私水説に立つものが多いと言えよう。

民法学説は、大審院明治29年判決が地下水使用権は土地所有権に付従するとしたことを、地下水を土地の構成部分であると再構成し、所有権の内容となり、公法（的規制）の適用は、議論される余地はなく、隣地者間の井戸枯渇などの問題は、地下水採取の権能を有する土地所有者間における権利濫用問題とされた。

しかし、地下水紛争は、戦前においても地盤沈下が生じていたし、公共的な問題であることを認識して、戦前の武田軍治『地下水利用権論』は、地下水を停流水と流動水とに区分し、後者について土地所有権制限の論理として、相隣

関係の流水規定を類推する構成を試みた。

戦後の地下水枯渇などが深刻化し、次第に地下水を共通の資源とみる認識が進んできて、土地所有者の地下水利用制約論が、進んできた。地下水流が存在する土地所有者の共有物あるいは相隣関係の平等利用を制約根拠とするが、これではまだ地下水と土地所有との関連が十分には断ち切れていない。地下水の公共性に即した所有性格論は十分には展開されていなかった。

行政法分野でも戦後の地下水障害が深刻化したのに対応して、一部の学者が比較法研究に基づき、地下水に対する権利と土地所有権とを分離する方向を目指した。水法研究者から、比較民法・比較水法の研究成果をもとに、土地所有権の一部説を根本的に見直し、地下水を「公共物」として捉える見方が提示された。一部の行政法学者も地下水障害に対する私法的救済では、未然防止に役立つかないという問題意識に立って地下水公水論を主張した。

次に、地下水の公共的制約の根拠を積極的に展開する学説を検討する。

4. 2 水文的循環に基づく公的制約論

(1) 地下水の流動的性質による公的規制論

行政法学者である金沢良雄は、地下水が水文的循環の中にある存在であることを基礎として、地下水の採取と土地所有権とを関連づけて構成する学説を批判する（注9）。

地下水は、水文的循環の中にあり、一定の土地にとどまるのではなく、循環を害さないように地下水に公法的規制を及ぼすべきだとした。

- ①地下流水は、多数の土地所有者の土地と関連性が広く深いので、地表流水と同様に規制する必要がある。
- ②地下停水や浸透水も、所有権に基づく利用が他に影響を与える可能性があり、アメリカ合衆国でも、地下水利用権を土地所有権と切り離し、これを浸透水にまで及ぼす傾向がある。
- ③「公水」であるか「私水」であるかの区別は、公共の利害に関係のある水について、公共の利用・公共的統制を可能にならしめることであり、その程

度・内容は、立法制度、社会意識によって定まる。

- ④地下水についても、公共的統制を及ぼすために私法の適用を全面的に排除する必要が無く、私法分野での社会的妥当性による解決、私権に対する公法的規制によっても目的を達成することができる。

金沢は、水法独自研究課題を明らかにし、従来の〔公物＝公水・私物＝私水〕区分論によって、公法(的規制)を適用するか否かを決定することを批判した。地下水が私権の対象であったとしても、その公共的性格により公法的規制が可能であるとした(注10)。

(金沢が委員長であった「地下水管理制度研究会報告」は、地下水は、私権の目的となることができないとしている。地下水問題の深刻化によって、立法政策としてより強い公共的統制が必要であるとの認識にたったものであろう。)

(2) 地下水＝公共物論に基づく公的規制論

地下水の水循環的位置づけは、ある取水者の取水が、地下水の流動性により全体的な影響を及ぼすが故に、公水、私水の論議にかかわらず公共的制約を課することができるとするものであった。

公共的制約の形式は、司法判断における制約論、自治体条例における地下水の公的管理があり、大きな課題は、国の法律がない中で、自治体独自に地下水の公的管理の根拠となる理論をどのように構成するかであった。

自治体条例で、地下水採取に関する強い制約を課すことについては、自治体側に、地下水が土地の構成部分であり、土地所有者の財産権の内容であるとするのが国の立場であるとの認識が、根強くあり、規制の障害となっていた。地域住民のために、地下水を保全するためには、地下水と土地所有とを切り離した理論が必要であった。

個別の利水障害が生じていないのに、自治体があらかじめ土地所有者の取水の利益を制限し、場合によっては、取水を禁止することができる権限の根拠は何かが問題となる。

金沢とともに、地下水＝水文循環説を展開してきた、三本木健治は、地下水の公共物説を展開した。

三本木は、地下水の法的性質を「公共物」として捉えている。この概念の法制的根拠は、フランス民法を継受した「旧民法」財産篇二五条に規定されているように、歴史的な実態を持つものであった。「公共物トハ何人ノ所有ニモ属スルコトヲ得ズシテ総テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ調フ例エハ空気、光線、流水、太陽ノ如シ」（注11）。

「公共物」説の内容は以下のようになる。

- ①地下水は、水文循環の中にあるものであり、河川流水と同じように、公共的管理が行われる必要がある。
- ②流水の法律的性質は、「公共物」であり、土地所有権の客体とはならない。
- ③日常的な泉水・井戸水の利用は、「自然物に対する人々の近接権」として享受される。
- ④公共物説は、歴史的実態を持つ概念であったが、現行法制においても妥当する。戦後の河川法改正により、河川敷地の所有権と流水とは、切り離され、流水のみが、「私権の目的とならない」とされた。流水の「属地性」が排除されたことにより、万人共有物たる「公共物」と捉えられるようになった。

以上の①－④から、地下水＝公共物論の内容は以下のようになる。

「万人のための自然的基本権としての地下水の利用は、土地所有権の内容ないし効力としてあるのではなく、また近代的私法体系によって構成されてきた私権の行使とも性格を異にし、『公共物』に特有の法律関係である」。

「流動し、循環し、任意に区分することのできない地下水に対し、地表面の一区画を所有する者が、そもそもどのような権利を、所有権の効力に基づいて及ぼすことができるのか」とする。

水文循環の中にある地下水を、公共物と捉えたことにより、自治体による私権制限の法的根拠が生じることになるだろうか。

「公共物説」は、各地の自治体が、地下水は住民の共有資源である、あるいは

は「公水」との認識のもとに行っている公的な地下水管理について、基礎的な根拠を与えるものである。

だが、公共物説は、「万人」の利用利益を根拠づけるが、自治体の公共的管理を行う条例に基づく規制権限をすべて説明できるものであろうか。自治体条例によって、地下水管理システムを構築していくにはさらに理論課題が残っている。

現在においては、地下水利用者は、「万人」という抽象的な存在ではなく、一般市民、事業者、農業者など多様であり、取水目的も、生活用水、工業用水、農業用水などに分かれる。

このような状況の中で、日常的な地下水利用を超える利用に、自治体が取水権を与えたり、あるいは一切の取水を認めなかったりする権利を設定するなど、地下水の資源配分を行うことができる根拠はなにか。

このような課題に答えるためには、「公共物」説を補強する必要がある。

4. 3 水循環基本法制定に関わる理論

(1) 地下水＝流動的土地構成部分論と「基本法」規制との接合論

宮崎淳「水循環基本法における地下水管理の法理論」（地下水学会誌 57 巻 1 号）は、民法学をベースに、地下水を「土地の流動的構成部分」とであるとする理論をもとに、「基本法」を踏まえた、地下水の保全のための理論構成を試みている。いくつかの項目に分けて検討しよう。

(ア) 地下水＝非公水論

宮崎論文は、「基本法」により、地下水も河川水と同様に公共性を承認されても、地下水を河川水と同様の「公水」として捉えることはできないとする。「公水」は、単に公的な規制を受ける流水であるだけでなく、管理者による管理可能なものでなければならないとする。条例が「公水」と宣言することは、同時に公的な管理を及ぼすことになり、国家賠償法の責任も生じさせることになり、避けなければならない事態であるとする。

宮崎の論拠は、地下水の流動システムが解明し、かつそれを管理しうること

が、地下水を公水と規定する必要不可欠な要件であるが、自治体がこの要件を備えることは困難であり、この要件をそなえない段階では「民法 207 条を根拠に土地所有権の効力がそれに及ぶと解釈すべき」だが、地下水の利用は、基本法 3 条 3 項によって制限をうける (67 p)，とする。

熊本県地下水保全条例が、管理能力を備えながら「公共水」として位置づけていることを高く評価する。しかし、秦野市地下水保全条例が、「公水」とする文言があるだけで、宮崎論文にいう「公水」宣言にあたり、国賠法の管理瑕疵責任の追及を受けることになるのであろうか。

宮崎は、熊本県は、十分な地下水管理能力を備えているのに、熊本県条例が、「公水」として規定せず、あえて「公共水」として規定したことの意義は、公水とすると、地下水を河川水と同じレベルで管理できるかという問題に直面するし、地下水管理と河川管理の主体を同一視する論拠になるおそれがあったり、地下水管理が河川管理の枠にとらわれ、地域特性に適した管理の在り方を追求する柔軟性と地域の主体性を喪失するとする (69 p)。

だが、どのような管理を及ぼすかは、「公水」とするか「公共水」とするか用語の問題ではなく、管理政策、条例の規定内容から判断しなければならないし、河川法の管理責任の枠組みが法定化されているのに対して、地下水は自治体は自己の課題に応じて施策を積み重ねているのであって、公水とすると硬直化するなどということはある得ないのではないであろうか。

地下水の治水的問題（塩水化、地盤沈下、過剰な水位上昇）は、自然条件や広範な社会的条件の変化に影響される問題であり、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。

(イ) 「基本法」による規制権限授權論

宮崎は、「公共水」概念は、「公水」概念を「流域単位での共同管理という観点から再構成した概念である」とする。

条例が、流域単位の特性にあった地下水の保全と合理的利用行為を調和させるように規定するには、制定法により、条例がそのような管理と規制を行うう

るように、自治体に授権することが必要である。基本法 15 条、5 条が、まさに、自治体に地下水採取を規制する権限を与えたものであるとする。

いくつかの疑問が生じる。第 1 は、自治体条例において、これまで、取水規制を行ってきたが、それは法的に効力のない正当な権限に基づかないものであったのだろうか、第 2 に、自治体は、住民の生存を水道供給等の面から直接的に保障する責務があるから、固有の権限として規制権限を持つとすべきではないだろうか。

たしかに、各自治体は、条例の規制の制度設計にあたり、憲法による財産権保障に抵触しないように、慎重な配慮をしてきたのであるから、基本法が自治体による規制権限を確認した意義は大きい。私見は、基本法 5、15 条は、自治体の規制権限を確認したものであり、授権したものではないと理解する。

自治体が地下水に規制権限があるのは、これまでの条例による管理の実績により社会的に承認されているが、各自治体が悩むのは、規制の範囲、程度の問題であり、処分に伴う訴訟を受ける可能性である。規制は不可避の責務であるが、その規制目的、範囲等が、河川法とは異なるものであることを明らかにする必要がある。「公共水」とすれば解決する問題ではない。

(ウ) 地下水の公共性と私権性との総合的把握論

宮崎は、河川水と地下水とにおける公共性と私権性とを総合的に捉えんとする理論を提示している。

- ①水の中核にあるのは、公共性である。
- ②水が土地所有者の私権支配の領域に到達すると、その公共性に私権性が覆い被さる。
- ③水が河川のような公的支配の領域に達すると、その公共性が露頭する。

私見を対示しよう。

- ①水は、河川水も地下水も含めて公共物として捉えるべきである。
- ②地下水は公共物であり、特定の者の所有に属さないもので、誰でも日常的な利用ができるが、土地利用を媒介にするので、事実上土地権利者が、排他的な

地下水利用利益を享受している。

- ③しかし、自治体が全住民の生活のために地下資源を保全すべき責務を負い、個別の地下水利用利益を制限することもできる。
- ④自治体の地下水に対する独自規制は、地域利水秩序の維持を目的とする「地域公水」として捉えることができる。

宮崎は、「流動的構成部分」説の優位点は、①土地所有者は、土壤汚染責任を無過失で負う引き換えとして、地下水取水利益を与えるべきこと（注12）、②地下水侵害に対して被害者が直接的に物権的請求権を行使できること、であるとす。

しかし、①土壤汚染責任者は、土地所有者一般の責任であり、地下水利用利益と引き換えに課せられるものではなく、②個別の利水侵害行為に対して被侵害者が物権的請求権を行使することは妨げられない。

その意味では、地下水の「公共性」を認めながら、土地の構成部分とすることの意味はなく、適合的なのは、地下水を「公共物」として捉える方が、現実の自治体の地下水管理に適合的ではなからうか。

また、「公水」と「公共水」との概念を「河川水」と「地下水」に置き換えて捉えるのは正確ではない。河川水は、その地域住民生活に不可欠な資源という意味で「公共物」であり、河川法との関係で「公物」として捉えられ、「公水」として扱われる。

地下水も河川水と同じく、「公共物」であり、各地域の条例により、各地域に適合的な管理規制がなされているので、「公水」（河川水）とは異なる「地域公水」として捉えるべきである。

(2) 地下水＝公共物論による「地下水管理法」形成論

三好規正（「水循環基本法の成立と水管理法制の課題(1)–(3)」自治研究 40 巻 8, 9, 10 号, 2014）は、「基本法」の原案にかかわった経験を踏まえて、地下水の法的位置づけを行っている。

- ①水循環を構成する重要な要素である地下水について、その適正な利用と保全

を担保するための管理法制の創設は不可欠である。(基本法 15 条参照)

②土地所有者等が地下水を取水できる根拠は、地表の土地の所有権その他の権原に基づき、公益に支障を及ぼさない限りにおいて、地下水盆内に存する地下水を優先的に採取、利用できる用益権である(注 13)。

③法律、条例により地下水を公共資源として位置づければ、所有権自体の内容ではない地下水利用権の制限につき、採取許可制をとることが可能となる。

この位置づけを踏まえて、「地下水管理法」(仮称)の制定を構想し、それがそなえるべき条件を指摘している。

①地下水盆単位で地下水の賦存量を定量的に明らかにし、地表水とあわせて水収支管理や土地利用規制を行う仕組みであるとする。

②法律は枠組法とし、条例に地下水涵養や水質保全の具体的規制を委ねるべきであり、既存の地下水保全条例等の仕組みをできるだけ活かすべきであるとする。((2)77 p)

この条件を踏まえて、「管理法」の骨子を検討している。この問題については、別稿で検討したい。秦野市の地下水管理については、自治体が行う地下水規制の骨子は尽くされているであろう。国家法は、利水について自治体管理のための地下水調査支援、流域内の市町村の協議会設置等、支援業務が主となるべきである。地盤沈下などの地水面においては、地表の開発行為や経済活動が関わるので、国・県が主体となるべきであろう。

5. 自治体条例紛争事件判決の検討

1990 年代以降に、大量生産大量消費の生活形態の結果、各地に廃棄物処理場建設がひろがり、水源地域近辺に立地することにより、地下水の汚染が生じる事態になった。

また、長年の山林や農地の減少などの影響により、地下水資源の涵養量が減少するなど、地下水資源の減少や汚染の危険に対するために、自治体条例において、立地規制や新規取水の原則禁止を定めるものが出てきた。そのような条

例による処分の効力を争う訴訟が出てきた。これを、「自治体条例争訟」類型として考察する。

(1) 紀伊長島町控訴審判決（規制対象事業場認定処分取消請求控訴事件 名古屋高裁平成 12 年 2 月 29 日判決，判例タイムス 1061 号 178 p）

紀伊長島町は，簡易水道水源として，伏流水が河川に合流する取水地点で 1 日平均給水量 261 立法メートルをまかなう取水を行う必要があった。これに対し，産業廃棄物処理中間施設建設が生じた県の認可手続きも進んでいたため，町は「条例」を制定し，取水量を確保するために，規制対象事業場を定め水道水源の必要な取水量に影響を及ぼす事業場の立地を認めない規定をおき，本件事業場立地につき不許可処分を行った。

これに対し事業者が，不許可処分を無効として訴訟提起したが，第 1 審判決（津地裁平成 9 年 9 月 25 日判決，判タ 969 号 161 p）は，水源地での水量枯渇を認め，原告請求を棄却し，原告が控訴した。

町の論拠は，現状の取水量を確保するためには，水源地域での涵養量を保つ，つまり取水量は，涵養量の範囲であることが水収支を保つために必要であるとする。本件事業場の計画取水量は，涵養量を超えるとして立地を不許可処分とした。これに対し，事業者は，後背地からの地下水と自己の敷地での涵養量で十分に取水量を確保できるとして処分は不当であると主張した。判決は，将来，他の事業者が立地した場合に，それぞれが，自己敷地の涵養量を超えて取水した場合に，水源水量が減少し水収支に悪影響を及ぼすとして，敷地面積に応じた地下水涵養量を基準とする町の処分理由を合理的なものとした。

この判決の取水量基準は，現状では後背地からの流入が十分あり水源涵養量があるのに，後背地に立地可能性もないのに，敷地面積に応じた地下水涵養量を基準とすることは不合理であるという批判がある（後背地総涵養量基準説）（注 14）。

一方で，事業者に「敷地面積涵養量」を超えた取水を認めることは，将来の取水者の増加や，予測できない河川水量の減少等を考えると，既得権を付与し

たことになるおそれがある。

本件につき、別稿で、判決の敷地単位涵養量を基準とする取水許可基準とする論理を支持した。後背地の涵養量を含めた水量を基準とする場合であっても、事業者の計画取水量が既得権として保障されたものでなく、将来において、取水者が増加した場合には、町は、取水量の減少を求めることができる取水条件をつけるべきである。

なお、本件上告審では、市の処分決定前に十分に事業者との協議を尽くさなかった義務違反があるとし、差戻され、差戻裁判所で、不許可処分が取り消された（注15）。

(2) 東京高裁平成 26 年判決（秦野市地下水保全条例に地下水涵養地域において新規井戸設置の原則的禁止基準の違法性確認事件、平成 26・1・30 判例地方自治 387 号 11 頁）

秦野市地下水保全条例が新規井戸設置を原則禁止としていたところ、原告井戸設置希望者が、市環境課での説明のさい、設置許可の例外規定があることなど十分な説明を受けることができず、水道を敷設したことによる損害の国家賠償を求めた事件である。原告は、条例の原則禁止についても、憲法の財産権保障に反するとしていた。

紛争の内容は、原告は、農用地域内の土地に農業用倉庫を建築していたものが、これを農家住宅に改築し、住宅用井戸を設置することを計画した。市環境保全条例 39 条で、新規の井戸設置は原則禁止されていたので、自己負担で水道を布設した。

秦野市地下水保全条例（平成 12 年制定）の規定は以下のとおり。

「土地を所有し又は占有する者は、その土地に井戸を設置することができない。ただし、規則で定める理由により市長の許可を受けたときは、この限りでない。」（同条例 39 条 1 項）

ここにいう「規則で定める理由」とは、「水道水その他の水を用いることが困難なこと」又は「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」をいう（本件規則19条）。

一審東京地裁小田原支部平成25年判決は、職員の説明が不十分であったとして市に損害賠償責任を課した。条例の原則禁止規定の有効性については、新規井戸原則禁止を規定しているが、例外を定めている趣旨を考慮すると、取水が少量で地下水保全に影響を与えない場合にまで取水を禁止する趣旨ではないとして、条例の適用を制限した上で、有効であるとした。

表3 秦野市条例事件1審・控訴審対照表

	1 審	控 訴 審
規制目的の公共性	①水の不可欠性、②市の地下水依存（75%）→公共の福祉に適合	井戸設置規制の目的は、このような秦野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。
規制方法	井戸の原則設置禁止は不可欠であるとは言えない。 →ビル用水法等の規制方法（ストレイナー設置箇所、口径の制限）でも規制は達成できる。→条例の規制方法は財産権侵害の疑い	当該地域の自然環境下における地域的特殊性に応じて地下水のかん養のための必要性があり公共性がある。ビル用水法等とことなる規制方法をとることができる。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であって、現に前記のとおり、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である。
規制の例外規定	市長の特別許可（①水道水等を用いることが困難な場合、②市長が特別に認める場合）	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のであって、その制限の程度が合理性に欠けるものとは言いがたい。
規則の運用方法	個別に取水を許可する可能性を認めている。 許可申請書（規則20条）に、揚水量等の条件をつけることが予定されている。	
地下水の法的性質		①地下水は広い範囲で流動する、②過剰な取水による広範囲な地盤沈下、③地下水の汚染を広範囲に影響させる。→公共の公益的見地からの規制を受ける蓋然性が大きい。
評価	水量保全のための取水量を制限した上で許可することも前提としている→規制手の必要性又は合理性がある。	以上によれば、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被控訴人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。

これに対し、控訴審東京高裁平成 26 年判決は、市の控訴を認め、原則禁止の趣旨から、職員が井戸設置が許可される可能性がないと説明したのは、正当であるとし、最高裁も 1 審原告の上告を不受理決定を行った。

控訴審判決のように、新規取水の原則的禁止規定は、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。ただし、既存の取水者と新規取水希望者との差異が大きい。この既得権となっている既存の井戸設置者との相違の合理的な解消が必要となってくる。

(3) 忍野村事件・東京高裁平成 25 年 2 月 14 日判決，飲料水販売目的での地下水採取権存在確認請求控訴事件，一審甲府地方裁判所平成 24 年 7 月 17 日判決)

本件は、村の「忍野村地下水資源保護条例」（平成 14 年制定）には、新規に地下水採取者は、村の許可を受けなければならない、原告は飲料水販売を目的とする地下水採取の届け出をした。土地の前主が、井戸を有し、樹脂加工目的で許可を受けるとともに、将来の飲料水販売をも取水予定として、届け出をおこなっていた。旧取水者は届け出が許可とみなされるところ、原告は、飲料水販売目的の地下水採取権も承継したとして、届け出たが、村がこれを認めなかった。原告は、不許可処分を不服として訴訟提起した。

本件一審判決は、原告の訴えを棄却したので、控訴した。

一審判決は、既存井戸については、経過措置として届け出を要件とし、新規井戸設置は、許可制であるのは、以下のような合理的な理由があったとした。① 既存井戸の利用者の利益を維持する、② 既存の利水方法内容であれば、地下水の状態を悪化させない。

本件では、既設井戸の取水目的が、樹脂加工であり、飲料水取水については時期未定として、実際の取水をしていなかった事情があった。判決は、条例の許可基準が、水量保全のみならず、取水目的にもあるとし、前主が現実的に飲料水採取をしていなかった場合には、承継できないと判断した。

本件条例の規制方法は、既存取水者が長期にわたって井戸を生活用水に使っていたこと、経験的に現状の取水態様を維持することが、地下水保全になるという判断で、新規取水は現状変更や悪化をもたらすおそれがあるので、許可制をとることになっている。

「…前記附則の規定に基づいて届出をした者が許可を受けたとみなされるのは、あくまで本件条例施行当時の井戸の用途及び使用状況に限られ、当該届出に現実に使用している状況と異なる使用目的等を記載しても、それだけで届出者が当該記載内容に関するみなし許可を受けたとみなされるものではない」。

控訴審も、一審判決を同様の理由で支持し、控訴を棄却した。

「飲料水の販売事業は、計画中途の段階にあり、未だ開始されていなかったとみざるを得ない。そして、飲料水の販売目的での採取となれば、単なる一事業所の用水とは異なり、恒常的に多量の地下水を必要とすることになるのは明らかであるから、地下水資源の保護の観点からは、計画中の段階と実際に販売を開始した段階とでは大きな違いがあるといわなければならない。」そうすると、未だ計画中にすぎない地下水販売目的が記入されているだけでは現実的利用がない。

(4) 近年の判決が提起する課題

紀伊長島町事件判決では、取水許可を行うとき、取水量をどこまで許容して許可を与えるかである。現状では、後背地を含めた涵養地域での涵養水量が取水量を上回り余裕があり、水道取水地での枯渇の恐れがない場合に、取水者の敷地涵養量を基準とするか、あるいは余裕水量をみとめるか否かである。

水量許可基準の判断基準についての検討が必要になる。そうしないと、将来の水需要に影響を及ぼすおそれがあり、許可基準に期間を定めるなど、変更可能性を持たす必要がある。

秦野市条例効力事件判決では、新規井戸設置の原則禁止が、著しく土地所有者の権利を侵害するか問題となった。

土地所有者であっても、取水が認められないのは、地下水利用権が完全に土

地所有権の効力から切り離されたことを意味する。

このような規制を行う自治体権原の根拠を明確にする必要がある。

忍野村飲料水採取禁止事件判決では、井戸の承継者でも、新規の目的で取水することについては村の許可が必要であることを明確にした。

許可制について、取水目的が大量取水を予定するものであるときは、許可が必要になるのは当然である。判決が、既存井戸が届け出で取水が許され、新規井戸は許可を受けなければならない区別につき、既存利水秩序が維持されれば、安定的な地下水利用が継続するとして、正当化した。自治体が地下水収支を十分に把握していないときには、やむを得ない規制基準であろう。この場合に、新規利水を許す基準を明確にする必要がある。

自治体が、流域の水収支状況を十分に把握できていないときに、経過措置として、既存井戸取水者に対して、届け出を要件とすることは一定程度、合理性を有するものである。

今後、地下水条例の規制をめぐる訴訟が増加することが予想される。

より、厳しい規制方法がとられると、訴訟が増加するであろう。自治体が、地域の水収支を把握し、地域の利水秩序の在り方を明確にした、規制を行う必要がある。

6. 地域公水化論

私見は、自治体において、地下水について条例等により、管理・規制が行われている場合に、地下水の法的性質は、「公水」とは異なる「地域公水」として把握する。

これは、河川法による河川の総合的な管理、規制と、自治体が地域の特性に応じて、より限定的に行う、地下水管理、規制とは、その目的、強度や、内容が異なるから、別個の法的性質を持つものとして把握しなければならない。

地下水法学説の緊急の課題は、地域住民のための地下水資源を水量の保全、水質保全および地域環境用水としての側面にわたって、守ろうとしている自治

体条例に理論的根拠を与えることである。その上で、利水、治水、環境(湧水)面で、市町村と、県および国との役割、協力関係を明らかにする必要がある。

このためには、地下水に対する住民の権利を、生存権に基づく根源的な住民の地下水への依存関係に基づく権利関係として捉え、これを住民と自治体間の信託関係により、自治体が地下水管理権原を持つという関係として構成することが必要である(注16)。

自治体の住民に対する責務はいくつか重層的に課せられている。①住民のために生活用水の供給を保障し、水道事業を営み、全住民が生活用水を享受させる責務を負う。このため、水道水源から取水権を確保するため、他の取水を規制することができる。②住民の農業などの伝統的な利水秩序を形成してきた利水を保全し、水源を保全すべき責務を負う。③住民の生活環境を維持、向上させるために、湧水等の水環境を維持、回復すべき責務を負う。これらの責務は、相互的に関連し、包括的に果たさなければならないものである。

自治体が生活用水の享受を保障し、水道水供給を住民全体のために行うために行うことは、土地所有に関わりなく水資源を享受できるという地下水の公共性が自治体を通じて実現されている。個々の土地権利者たる地下水取水が制限を受け、全住民に生活用水の供給を保障するために、自治体が地下水採取権を独占することが許される。また、農・工用水の慣行的取水者に対しても調整・許可権限を持つべきであろう。

このことは、自治体による地下水条例の制定が、拡大していつていることの必然性から見いだされる。このような過程を「地域公水化」として論じることができる(注17)。

その上で、地下水資源に依存している地域において、条例制定を行って自治体を中心とした地下水の総合的管理を行い、国がこれを支援する仕組みを生み出していくことが要請されていると言えよう。

注

- 1) 地下水利水障害について、明治 29 年において、大審院は、地下水採取を土地所有権の効力であるとして、隣地の利水に障害が生じても責任を負わないとし、地下水採取を土地所有権の権利内容とする法規範が打ち立てられた。昭和 10 年代には、大審院は地下水採取による隣地の井戸枯渇が権利濫用に当たる場合があることを認めた。司法的ルールとして、①土地所有権の効力としての地下水採取権、②権利濫用法理による地下水採取権の制限法理が、長く司法判断の原則となった。これに対して、1966 年には、下級審で地下水水脈を共同の資源とする利水者間には、資源維持のための相互制約論が定立され、多くの学説が、司法判断の準則とすべきとしている。
地下水紛争にかかる判例の総合的検討には、三本木健治『判例水法の形成とその理念』（山海堂、1999）、小澤英明『温泉法』（白揚社、2013）が、網羅的検討を行う。小川竹一「土地所有権と地下水利用権」（島大法学 40 巻 1 号、2003）は、代表的判決例を類型化して分析した。
- 2) 小澤前掲書 20 p
- 3) 三本木前掲書（127 p）は、松山地裁昭和 41 年判決を次のように評価する。
判決は、「土地所有者に認められたる地下水利用権」に特別な意義を与えず、…「近隣地における他人の地下水利用」につき、なんら限定していないのは、井戸掘削が、土地所有者によるものか、借地人によるものかの区別も意味がないとするものであろうとしている。つまり、土地所有と地下水利用とを関連しないものとしている、と捉えることができるとする。
- 4) 条例の展開の概観につき、小川「前掲 2003 年論文」10 p 以下参照。条例の目的、規定事項を網羅的に分析したものに、千葉知世「地下水保全に対する法制度的対応の現状」（水利科学 337 号、2014）がある。
- 5) 小川竹一「地下水保全思想と宮古島地下水保護管理条例」（沖大法学 10 号、1990）、「宮古島における新たな地下水保護管理体制」（沖縄大学地域研究所所報 10 号、1998）参照。条例は、何回かの改正を経て、現在の「宮古島地下水保全条例」（2011 年）では、生活用水優先原則は直接言及されていない。だが、34 条 2 項で水道水源不足時に地下ダム等からの供給を要請できるとしている。
- 6) 長瀬和雄「秦野盆地の地下水管理」（日本水文科学会誌 40 巻 3 号 109 p、2011）
- 7) 条例制定前の取水は届出制で、施行後は、許可制と異なる規制が加えられる。一定期間経過後は、旧利水者も見直しが必要になろう。
- 8) 小川「地下水法理論の課題」（『沖縄大学紀要』15 号、1998）、「宮古島の地下水資源の新たな保護体制」（『沖縄大学地域研究所所報 10 号、2002）
- 9) 金沢は、水法独自研究課題を明らかにし、従来の単純な〔公水←公水・私物←私水〕という区分によって、公法（的規制）を適用するか否か論理を批判した。地下水が私権の対象であったとしても、その公共的性格により公法的規制が可能であるとした。
- 10) 金沢が委員長であった建設省の「地下水管理制度研究会報告」は、地下水は、私権の目

的となることができないとしている。地下水問題の深刻化によって、立法政策としてより強い公共的統制が必要であるとの認識にたったものである。

- 11) 七戸克彦は、旧民法の流水地役権規定が流水＝公共物説に立脚し、これが、現民法に承継されている（「相隣関係」8か条、「地役権」1カ条承継している。）ことから、現民法においても、流水＝公共物説を基準として解釈することができるとする。同著「水法における公法私法(1)(2)」『法学研究』71巻1, 2号, 1998)
- 12) 「公水論」に立つと物権的請求権の行使の相手方になるのは必然ではない。
- 13) 条例によって許可（届出）で決められた地下水利用権を河川法による許可水利権と同様に構成するのか、今後の課題である。
- 14) 小澤英明『前掲書』306pは、控訴審判決の論理は、敷地面積割で地下水配分がなされるとの論理は、「地下水を利用しない者のために地下水利用が妨げられるという問題が発生するとする」として、私見を批判された。小川「地下水保全条例と地下水利用権」（『公害・環境法の理論と実践』日本評論社, 2004）参照。
- 15) 最判平成16・12・14名古屋高判平成18・2・24。
- 16) 小川（注8）文献参照。宮崎は地下水の保全が水道事業を通じて地域生活利益に直接影響する場合には、「地下水利用の共同享受性の拡張」として、土地所有権の制限が可能になるとする。（宮崎「前掲書」272p）「共同享受性」が地下水の本質的な性格であることが「公共物」論の要であることから出発して、自治体の責務論を論じる必要がある。「共同享受性の拡張」論は、事実状態の評価にとどまる。
- 17) 小澤『前掲書』309pは、小川2004年論文が示した条例による「地域公水」としての規範が社会的に確立してきているとの把握を支持する。

本稿につき、愛媛県西条市生活環境部における「地下水法システム研究会」で貴重な示唆をいただいた。