

水循環保全条例事件判決**【文 献 種 別】** 判決／最高裁判所第三小法廷**【裁判年月日】** 令和 4 年 1 月 25 日**【事 件 番 号】** 令和 3 年（行ツ）第 64 号、令和 3 年（行ツ）第 65 号**【事 件 名】** 行政処分取消等請求事件**【裁 判 結 果】** 上告棄却・附带上告棄却**【参 照 法 令】** 日本国憲法 22 条、遊佐町の健全な水循環を保全するための条例 11 条・13 条・16 条・17 条**【掲 載 誌】** 判例地方自治 485 号 49 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25592332

京都女子大学准教授 平良小百合

事実の概要

採石業者は、岩石の採取を行う場所ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない（採石法 33 条）。X（原告・控訴人・上告人）は、山形県遊佐町の土地 13 筆（以下「本件各土地」という）を取得、所有し、平成 22 年以降、認可を受けてその土地の一部を採石場（以下「本件採石場」という）としてきた。本件採石場は、鳥海山南部の吉出山にあり、遊佐町（Y、被告・附帯控訴人・附带上告人）や住民らは、採石により鳥海山を水源とする湧水量の減少等が引き起こされているのではないかとの問題意識を有しており、実際に出水も発生していた。そこで Y は、採石に伴う出水が住民の生活や吉出山全体の生態系に与える影響について、総合地球環境学研究所の教授に調査を委託し、その結果は平成 24 年 12 月 24 日、Y 等が開催した鳥海山フォーラムで報告された。

平成 25 年 6 月、Y は遊佐町の健全な水循環を保全するための条例（本条例）を制定した。本条例は、遊佐町長が水源保護地域（水道水や地下水等の水源を保全するために特にその周辺の保護が必要と認められる地域、8 条）又は水源涵養保全地域（森林等の水源を涵養する機能を維持するために保全を図る必要がある地域、9 条。以下、水源保護地域と併せて「水源保護地域等」という）に指定した地域において、協議対象事業（13 条で土石又は砂利を採取する事業等 4 つが定められている）のうち規制

対象事業（16 条で森林等の水源涵養機能を著しく阻害し、水源涵養量の減少をもたらすおそれがある事業等 4 つが定められている）に該当すると認定された事業を行うことを禁止している（11 条）。

平成 25 年 7 月 1 日、遊佐町長は、本件各土地を含む地域を水源涵養保全地域に指定した。同年 12 月 27 日には、規制対象事業の該当基準等を定める要綱（以下「本要綱」という）が告示された。X は、平成 28 年 9 月 9 日付けで遊佐町長に対し本条例 14 条 1 項に基づき、水源涵養保全地域内の本件各土地で協議対象事業である岩石採取事業を行うことを届け出た（岩石採取事業計画では、地表から最大地下 49m までの掘削を予定）。

Y は、本条例 29 条に基づき遊佐町水循環審議会（以下「本件審議会」という）を設置した（同年 10 月 6 日から 11 月 1 日にかけて計 4 回開催）。X の事業が規制対象事業に該当するかを判断するためのデータ不足等が問題となり、Y は X に対して本件採石場内で湧出している水の調査データ等の提供を求めたが、X は応じず、本件審議会は、規制対象事業に当たると認定すべきとの意見書を提出した（同年 11 月 4 日）。これを踏まえ遊佐町長は、X に対し、本件届出に係る事業（以下「本件事業」という）は規制対象事業に該当すると認定すると処分（本件処分）をしたことを通知した（同年 11 月 8 日）。本件事業が、切土により地表から地下 2m の深さを超えて土石を採取し、地形を改変する事業であるとともに、当該事業区域の面積が 1 万平方 m を超えることから、本要綱 4 条 1 項 1

号から3号までに該当し、本条例16条1号に該当するということを理由とする。同年11月25日、Xは、知事に対し本件各土地における岩石採取計画の認可を申請したが、同年12月20日、知事は、本条例に基づく規制対象事業に該当しない旨の認定結果通知書が添付されておらず書類の不備があるとして拒否した（行手7条）。

Xは平成29年2月20日、本件訴訟を提起し、主位的請求として本件処分を取り消すことを、予備的請求としてYが2億0727万3138円及びこれに対する平成29年3月24日から支払済みで年5分の割合による金員を支払うことを求めた。一審（山形地判令元・12・3LEX/DB25580314）¹⁾は、Xの主位的請求を棄却、予備的請求を一部認容、控訴審（仙台高判令2・12・15LEX/DB25568678）²⁾は、Xの主位的請求を棄却、予備的請求を一部認容、Yの附帯控訴を棄却したため、X、Yがそれぞれ上告及び附带上告した。

判決の要旨

憲法22条1項違反をいう部分について、「論旨は、遊佐町の健全な水循環を保全するための条例（平成25年遊佐町条例第27号）は、土石又は砂利を採取する事業を規制している点において憲法22条1項に違反するというが、同条例が憲法22条1項に違反するものでないことは、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁〔小売市場判決〕の趣旨に徴して明らかである」。

附带上告理由について、「論旨は違憲をいうが、その実質は事実誤認をいうものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない」。

判例の解説

一 小売市場判決の趣旨

本判決は、小売市場判決を参照するのみで、何ら理由を示すことなく本条例は憲法22条1項に違反しないとした。控訴審・一審は、小売市場判決、薬事法判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）、酒類販売免許制判決（最判平4・12・15民集46巻9号2829頁）を参照して審査し、酒販判決と同一の判示で、憲法22条1項適合性は、

「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない」とし、「その合憲性の司法審査に当たっては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきであるが、右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得る」とした。続いて合理的裁量の範囲について薬事法判決と同様に、「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」とした。結論として、「本条例はこれを制定した遊佐町町議会の裁量の範囲を逸脱し著しく不合理であるとは認められず、憲法22条1項に反」しないとしており、小売市場判決で用いられた「明白の原則」は採られていない。

控訴審は、本条例の目的を町内の健全な水循環の保全を図ることにより、現在及び将来の町民の健康で文化的な生活の確保に寄与することとし、上水道の水源が全て湧水や地下水であり、それらが生活用水や農業をはじめとする産業用水に利用され、また湧水群が観光資源にもなっていることを考慮すると、水循環を保全するためには、鳥海山山麓にある水源やその涵養域を保全する必要性があったとした。こうした本条例の目的を消極、積極のいずれかのみと解することは困難である。小売市場判決を必ずしも積極目的規制についての先例として参照するのではなく、営業の自由に対する制約を合理的なものと認める事例で広く参照する³⁾最高裁の傾向に照らしても、本判決が本条例を積極目的と解したわけでは勿論ない。最高裁が、いわゆる規制目的二分論から離れていることは既に指摘されている⁴⁾が、本判決もまたその証左となる。本判決は結論しか示していないため、小売市場判決のみを参照した意味について、同判決のみを参照した風俗案内所条例事件（最判平28・12・15判時2328号24頁）や薬事法判決を実質的な先例としながら結論部分で小売市場判決を参照した要指導医薬品判決（最判令3・3・18裁時1764号1頁）から窺われる最高裁の立場の延長線上で考える。小売市場判決については、憲法22

条1項の合憲性審査について、「利益衡量論を基礎として第一次的判断権者たる立法府の合理的裁量の範囲内か否かを判断するという一般的な判断枠組み」を示したとする見方がある⁵⁾。また、比較考量を通じた司法審査に当たっては、同判決は、「個人の経済活動に対する法的規制は、目的が公共の福祉に適合しており、手段が必要かつ合理的でなければならないという、個人の経済活動の自由に対する規制一般に（第一次的に）妥当する基底的判断枠組み」を示したものとされる⁶⁾。近年の最高裁による同判決の参照の仕方からは、同判決の射程をこのように広く捉えることとなろう。

二 予防原則

鳥海山フォーラムでは、予防原則の重要性が報告され、それを踏まえて本条例では、「地下水脈は、現代の科学においてその全容を解明することは困難であり、一旦損傷した場合の復旧が不可能又は極めて困難であることに鑑み、その保全を図る施策は、予防原則に基づくものでなければならない」と定められ（2条2項）、同原則について、「健全な水循環に、長期にわたり極めて深刻な影響又は回復困難な影響をもたらすおそれがある場合においては、科学的証拠が欠如していることをもって対策を遅らせる理由とはせず、その原因となる行為や将来の影響について、科学的知見の充実に努めながら、必要に応じて予防的な対策を講ずる原則」（3条4号）と定義された⁷⁾。

予防原則に基づく措置が講じられる場合、単なる憶測や仮定とは異なり相応の科学的基礎は求められる⁸⁾が、科学的証拠の欠如による立法事実の薄弱さがどこまで許容されるかが問題となる。控訴審は、地下水脈の全容の解明は、技術的にも財政的にも困難である一方で、一度損傷すると修復が困難として地下水脈等の損傷を予防するという観点から、相応の規制を設けることは許容されたとした。Xは、仮に地下水脈を損傷しても、当該箇所を埋め戻すことにより、水は低地に流れ、生活用水を含む水資源の確保を図ることができるから回復不可能な事態は生じないとしたが、控訴審は、地下水脈の損傷により影響を受ける機能には、地下水を涵養する機能、土壌が水を浄化する機能等も含まれるとし、退けた。そして、本条例の規制が予防原則に依拠することを考慮すると、当該規制はその目的に照らし合理的なものとし

た。さらにXは、仮に規制目的に必要性、合理性が認められたとしても、本条例は規制対象事業該当性について本要綱の基準への該当性により判断するだけで、実際に当該基準を超えた採石業が地下水脈の保全等に悪影響を及ぼすかについては不明なままで規制することとなり、本条例は規制対象事業となる採石業が本条例の目的を阻害するかどうか全く明らかでないのに、一定の基準を超えた採石業を禁止することになるから、目的と規制態様との間に合理的関連性がないとした。この点につき、一審・控訴審は、規制対象事業への該当性の判断に当たっては、当事者との事前協議を実施し（14条）、本件審議会の意見を聴くという過程を経ること（17条）になっており、慎重に判断すべきとされていることを挙げ、基準への形式的な該当性だけで判断しない仕組みを重視している。審議会では、規制対象事業と判断するための調査データの不足が指摘されており⁹⁾、町として調査の積重ねがなお可能であったようにも思われる。両判決でこの点が不問に付されたのは、Xがデータの提出に応じなかったという背景がある¹⁰⁾。

また、Xは、水源保護地域等では、地下2mの深さを超えて土石を採取するものが規制対象事業となるが、かかる規制は実質的に採石業を包括的に禁止するものであり、しかも、解除規定が一切存在せず、採石業者に対して極めて広汎かつ強度な制約を課すものとした。これに対し、控訴審は、今後、科学的知見の判明等の事情の変更により、遊佐町長が認定の取り消しを含め基準を見直すことは可能であるから、解除規定がないことにより、規制が広汎かつ強度なものということではできないとした。地下水脈について十分な科学的知見を得るには相当長期間を要すると考えられ、かかる不透明な見通しをもって規制の強度が弱まるとすることには疑問も残る。なお、最高裁は、要指導医薬品判決において、立法府の裁量として予防原則の観点が含まれ得ることを承認した¹¹⁾が、その機能は限定的なものであった¹²⁾。同判決で審査が厳格なものにならなかったのは対面販売が義務付けられる要指導医薬品の市場規模が僅かであり、また、期間も限定されているため制約の程度が小さいという事情が大きい。他方、一審・控訴審では、本条例が明示的に採用する予防原則が、広い立法裁量を認めるに当たっての要となってい

る。本判決はそれを否定しなかったが、合憲に至る理由付けについて、最高裁自身の説明が望まれたところである。

三 損失補償

本条例には損失補償の規定はなかったが、控訴審・一審では、制限の程度が財産権の内在的制約の範囲を超え、その所有者に対して特別の犠牲を強いるときには、直接に憲法 29 条 3 項に基づき損失補償を請求することが許されるとした。両判決は請求を認めた（それぞれ 335 万 9808 円、479 万 4398 円）が、その理由付けは異なる。一審は、特別の犠牲を強いるかは、「(1) 当該土地の周辺地域における地下水脈の保全を要する程度や (2) 当該所有者による規制対象事業の実施により地下水脈が影響を受ける程度、(3) 規制対象事業の実施が規制されることで当該土地を従前の用途に従って、あるいは従前の状況から客観的に予想される用途に従って利用することが不可能又は著しく困難となるか否か等の事情を総合的に勘案して判断〔一数字は筆者による〕」した。そして、地下水脈を保全する必要性は相応に高く、事業の実施により地下水脈に影響が及ぶ可能性があるとした。もっとも、(1)、(2) は、権利を制限する理由とはなっても直ちに補償を否定する理由とはならないとの指摘¹³⁾の通り、補償の要否の判断において中心的な意味は有さないと思われる。ただし、(2) に関連して、一審は本件事業が地下水脈に具体的にどのような影響を及ぼすか明らかでないことに言及している。予防原則に依拠した規制により、X に強いられる犠牲はより大きくなるため補償を認める方向にはたらく。さらに X は、平成 21 年以降、本件採石場で一貫して採石業を営んできたところ、本件処分により本件事業を実施できなくなったことが、基準 (3) に基づき補償を認める理由として述べられた。

他方、控訴審は、「本条例による規制内容は所有権の基本的な内在的制約であるものの、X は長期間にわたり採石業を営むことができることを前提に本件各土地を取得する等の投資を行ってきたにもかかわらず、本件処分によりこれを継続することができなくなったという特段の事情が認められる限度において特別の犠牲を強いられた」とした。この論理は、河川附近地制限令判決（最大判昭 43・11・27 刑集 22 巻 12 号 1402 頁）が、傍論で、

信頼保護的補償¹⁴⁾があり得るとしていたことに沿っており、本判決はその判断を否定しなかったという意味において、憲法に直接基づく損失補償請求を最高裁として初めて認めたものである¹⁵⁾。

●—注

- 1) 評釈として、武田芳樹「判批」法教 479 号（2020 年）141 頁。
- 2) 評釈として、加藤祐子「判批」愛媛 49 巻 1 = 2 号（2022 年）133 頁以下。
- 3) 木下智史「営業の自由をめぐる事例分析」法セ 770 号（2019 年）79 頁。
- 4) 櫻井智章「判批：最判令 3・3・18」法教 490 号（2021 年）145 頁。
- 5) 上田健介「判批：最判平 28・12・15」民商 153 巻 5 号（2017 年）777 頁。より正確には、同判決自体が一般論として合理的裁量論を提示していたのではなく、薬事法判決の一般的判示を通して、〈自由な経済活動に起因する被害〉に対して、国家が経済活動に干渉する事案類型の判例として再構成された同判決が引用されていると説く大野悠介「『自由な経済活動に起因する被害』と憲法 22 条 1 項」慶應法学 41 号（2018 年）85 頁以下参照。
- 6) 新井貴大「判批：最判令 3・3・18」新・判例解説 Watch（法セ増刊）29 号（2021 年）30 頁参照。
- 7) この考え方は、国の環境基本計画において予防的な取組方法として説明されている。
- 8) 松本和彦「公法解釈における諸原理・原則の対抗」公法 81 号（2019 年）67 頁参照。
- 9) 第 1 回会議録（平 28・10・6）。
- 10) リスクに関する事業者の情報提供責任、反論・説明責任の強化について、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明ほか編『環境と生命』（東京大学出版会、2005 年）47 頁以下参照。
- 11) 多田一路「経済的権利に関する判例の敬讓的判断の意味」憲法研究 10 号（2022 年）218 頁参照。
- 12) 松本哲治「判批：最判令 3・3・18」民商 158 巻 1 号（2022 年）190 頁以下参照。
- 13) 村上裕章『スタンダード行政法』（有斐閣、2021 年）347 頁参照。本件一審と同様の基準を用いる東京地判平 2・9・18 行集 41 巻 9 号 1471 頁に対する指摘である。
- 14) 田村理「判批：最大判昭 43・11・27」憲法判例百選Ⅰ〔第 7 版〕（2019 年）221 頁参照。
- 15) 最判昭 49・2・5 民集 28 巻 1 号 1 頁は、憲法に直接基づく損失補償を認めた原審に対し、国有財産法の類推適用で処理し、「直接憲法 29 条 3 項にもとづいて論ずるまでもない」としていた。