

《判例研究》

紀伊長島町水道水源保護条例事件

最高裁平成16年12月24日第二小法廷判決(平成12年(行ツ)第209号・(行ヒ)第206号規制対象事業場認定処分取消請求事件)(民集58巻9号2536頁、判時1882号3頁、判タ1172号123頁、判例自治262号70頁)

岩 本 浩 史

【事実の概要】

【判旨】

【検討】

1. はじめに
2. 本件条例の規制構造
 - (1) 本件条例の概要
 - (2) 「協議の申出」と規制対象事業場認定処分の関係
3. 本件条例と廃掃法の関係
 - (1) 原審・名古屋高裁の判断
 - (2) 目的を比較するレベル
 - (3) 廃掃法の目的・効果の阻害
 - (4) 最高裁の判断
4. 事業者配慮義務
 - (1) 義務の内容
 - (2) 義務発生の要件
5. 結びに代えて

【事実の概要】

有限会社 X (原告・控訴人・上告人) は、三重県紀伊長島町 (以下「町」という) において産業廃棄物中間処理施設 (以下「本件施設」という) を建設し、産業廃棄物処理業を行うことを計画した。そこで、廃棄物の処理及び清掃に関する法律 (平成9年法律第85号による改正前のもの。以下「廃掃法」という) 15条1項に基づく設置許可の申請を行うに先立ち、県の要綱に基づく事前手続が開始された。当該手続において、本件施設の設置計画を知った町は、紀伊長島町水道水源保護条例 (平成6年紀伊長島町条例第6号。以下「本件条例」という) を制定し、町長 Y (被告・被控訴人・被上告人) は同条例に基づき、本件施設の建設予定地を含む町の区域を水源保護地域と指定した (本件条例の詳細については、後述)。

本件施設は、「日量95立方メートル」の水を消費することを予定していたが、地下水の取水に頼らざるを得ないものであり、水源の枯渇をもたらすおそれがあるとして、本件条例

に基づき、Yにより規制対象事業場と認定された（当該認定処分を、以下「本件処分」という）。その結果、本件施設の設置が禁止されることとなった。そこで、Xは本件処分の取消しを求める訴訟を提起した。

なお、本件処分に先立ち、Xは廃掃法上の産業廃棄物処理施設設置許可を得ていた。したがって、本件施設は、廃掃法上は設置が認められるものであった。

以下、主な関連事実を時系列に沿って整理しておく。

平成5年11月5日	X	産業廃棄物中間処理事業計画書を三重県尾鷲保健所長に提出
平成5年11月29日		現地調査、県及び町関係各機関との間で事前協議会開催
平成6年3月18日		本件条例可決、成立
平成6年3月25日		本件条例公布、即日施行
平成6年8月15日	Y	紀伊長島町水道水源保護地域を指定
平成6年12月22日	X	対象事業協議書をYに提出
平成6年12月27日	X	産業廃棄物処理施設設置許可を三重県知事に対し申請（廃掃法15条1項に基づく）
平成7年5月10日	三重県知事	産業廃棄物処理施設設置許可処分
平成7年5月31日	Y	規制対象事業場認定処分

第1審においては、もっぱら、本件施設の予定取水量が水源の枯渇をもたらしか否かに関する事実認定が争われたが、津地裁は、本件処分の適法性を認め、請求を棄却した（津地判平成9年9月25日判タ969号161頁、判例自治173号74頁）¹⁾。原審においては、1審の争点に加え、本件条例の違法・無効が主張された。具体的には、①本件条例は産業廃棄物処理業者を差別的に標的としており、法の下での平等に反する、②規制要件の明確性を欠く、③廃掃法上許可された本件施設の設置を本件条例が合理的根拠なく禁止することの違法性、の3点である。名古屋高裁は、Xの主張をいずれも斥け、控訴を棄却した（名古屋高判平成12年2月29日判タ1061号178頁、判例自治205号31頁）²⁾。

【判旨】

破棄差戻し³⁾。

(1)「本件条例は、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にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしているところ、規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものであることを考慮すると、前記協議は、本件条例の中で重要な地位を占める手続であるといえることができる」。

(2)「本件条例は、上告人〔X〕が三重県知事に対してした産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る事前協議に被上告人〔Y〕が関係機関として加わったことを契機として、上告人〔X〕が町の区域内に本件施設を設置しようとしていることを知った町が制定したものであり、被上告人〔Y〕は、上告人〔X〕が本件条例制定の前に既に産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る手続を進めていたことを了知しており、また、同手続を通じて本件

施設の設置の必要性と水源の保護の必要性とを調和させるために町としてどのような措置を執るべきかを検討する機会を与えられていたといえることができる」。

(3)「そうすると、被上告人〔Y〕としては、上告人〔X〕に対して本件処分をするに当たっては、本件条例の定める上記手続において、上記のような上告人〔X〕の立場を踏まえて、上告人〔X〕と十分な協議を尽くし、上告人〔X〕に対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人〔X〕の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったものというべきであって、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となるといわざるを得ない」。

【検討】

1. はじめに

水道水源保護条例とは、産廃処理施設などの水道水源に悪影響を及ぼしうる一定の施設に対し、廃掃法等の国の法令による規制では不十分であるとして、独自の規制を行うべく当該水源を抱える自治体により制定されるものである。主たる規制対象は、産廃処理施設やゴルフ場であるとされる⁴⁾。その典型的な仕組みは、一定の地域を水源保護地域に指定し、当該地域において一定の施設の設置を禁じる、というものである⁵⁾。本件条例も、この仕組みを採用している。

ところで、これまで水道水源保護条例の意義については、主として、産廃処理施設の操業における不適正処理やゴルフ場における農薬散布による「水質汚濁の防止」が語られていたように思われる。しかし、水質汚濁防止の目的を本件条例も有するものの、本件で問題になったのは、水質汚濁の防止ではなく、水源枯渇の防止である⁶⁾。この点に、本件の特色（例えば、同様に水道水源保護条例の適法性が争われた徳島県阿南市条例事件⁷⁾と比較して）がある。

さて、本件条例のような立地規制型の水源保護条例の根底には、「フェイル・セーフ⁸⁾の思想」があると考えられる。すなわち、飲料水や生活水の重要性に鑑み、万一の事態が生じて、致命的被害を回避する、という発想である。ところで、「万一の事態」を「考えられる最悪の事態」と規定すると、フェイル・セーフの思想を貫いた場合、水源保護条例の下で、そもそも水源地に産廃処理施設の設置が認められる場合がありうるのかが、疑問となる。例えば、本件にひきつけていえば、事業者の予定取水量が「水源枯渇のおそれのない」程度のものであるとして、施設の設置が許されたとしても、意図的に、ないし過失によって、予定取水量をはるかに超える取水がなされ、現実には水源が枯渇するという事態を想定することができる。こうした事態を前提とすると、施設設置の可能性はゼロになりそうである⁹⁾。ただ、本件条例は、水源地上における産廃処理施設の設置を全面的に禁止するものではなく、一定の場合にはそれを許容している。フェイル・セーフの思想の純粹な発現形態ではなく、妥協された形といえようか¹⁰⁾。

2. 本件条例の規制構造

(1) 本件条例の概要

判決の検討に入る前に、まず、本件条例の仕組みを概観する。

1)目的

1条によると、本件条例は、「住民が安心して飲める水を確保するため本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」を目的としている。この規定からは必ずしも明らかではないが、他の規定と併せ読むと、水質汚濁の防止のみならず、水源の枯渇を防止することも目的とされていると解される。

2)立地規制

町長は、町の水道に係わる水源及びその上流地域において、水源保護地域を指定することができる（2条2号、11条1項）。この地域においては、何人も「規制対象事業場」を設置してはならない（12条。違反すると処罰される（20条1号））。

「規制対象事業場」とは、「対象事業を行う工場、その他の事業場のうち、水道に係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、その他の事業場で、第13条第3項の規定により規制対象事業場と認定されたもの」をいう（2条5号）。産廃処理業は「対象事業」に該当する（2条4号、別表）。

なお、「水源の枯渇」とは、「取水施設の水位を著しく低下させること」と定義されている（2条3号）。

3)協議手続

水源保護地域内において対象事業を行おうとする者は、予め町長に協議を求めるとともに、関係地域の住民に対し一定の周知措置（説明会の開催等）を採らねばならない（13条1項）。この協議の申出があった場合、町長は、審議会の意見を聴き、当該事業場が規制対象事業場に該当するか否かを認定する（13条3項）。

なお、事業者が前記協議又は周知措置を行うことなく施設の建設・事業の実施を開始することを防ぐため、勧告及び一時停止命令の制度が用意されている（13条2項、15条。一時停止命令に違反すると処罰される（20条2号））。

(2)「協議の申出」と規制対象事業場認定処分との関係

本件条例13条3項に基づく規制対象事業場認定行為が、講学上の行政処分（行政行為）に当たることは疑いない。ところで、行政処分は、職権による行政処分と申請に基づく行政処分に分けることができる¹¹⁾。それでは、規制対象事業場認定処分は、このいずれに当たるのであろうか。また、「協議の申出」と当該処分は、どのような関係にあるのであろうか。

1)まず、これが「職権による行政処分」（職権不利益処分）であると解する余地もないではない。その理由付けは次のようなものとなる。

(i)本件条例には、規制対象事業場「不認定」処分というものが下されることを明示する規定はない。

すなわち、水源保護地域において施設を設置し対象事業を行うことを「許可」する処分が予定されているのか、明確ではない¹²⁾¹³⁾。

(ii)確かに「協議の申出」は、規制対象事業場認定処分の前提である。しかし、それは、文字通り協議を申し出るものにすぎない。何らかの処分を申請するものではない。

(iii)本件条例は、許可制を採用しているのではない。というのは、条例には、規制対象事業場の認定・不認定の処分があるまで、施設の設置・操業をしてはならないという禁止規定が存在しないからである¹⁴⁾。第1に、規制対象事業場認定処分による規制対象事業場

の設置の禁止の効果は、当該処分発付後に生じるにすぎない。第2に、一時停止命令を定める15条は、認定・不認定処分の前に施設の設置・操業がなされうることを前提としている。第3に、仮に事業者が、13条1項に基づき協議を申し出、説明会の開催等の周知措置を採りつつ、規制対象事業場認定処分が下されるまでに施設を建設し、事業を実施した場合には、一時停止命令を下すことができない。

2)以上の議論に対しては、次のような反論がありうる。

確かに、本件条例が採用している規制システムは、通常の許可制（例えば、廃掃法が産廃処理施設の設置について採用しているもの）と同様であるとはいえない。しかし、本件条例がフェイル・セーフの思想に基づくものである以上、水源地において産廃処理業のようなリスクある事業の実施を短期間にせよ（すなわち規制対象事業場認定処分が下されるまで）容認することが、立法者の意図するところであるとは考えにくい。そうすると、以下のように解する方が自然であるといえる。

(i)規制対象事業場「認定」処分は「不許可処分（＝申請拒否処分）」、規制対象事業場「不認定」処分は「許可処分（＝申請認容処分）」である¹⁵⁾。条例を合理的に解釈すれば、13条3項に基づき、後者の処分も下されるものである。

(ii)「協議の申出」は、同時に、規制対象事業場不認定処分の発付を求める申請をも意味する。

(iii)本件条例は、典型的なものとはいえないにせよ、許可制を採用している¹⁶⁾。すなわち、實際上、12条及び15条が、規制対象事業場不認定処分が下されるまで施設の設置・操業を差し止める機能を果たしている。協議を申し出つつ事業を開始するという可能性については、その後、規制対象事業場認定処分が下されれば処罰の対象となるのであるから、考えにくい。

3. 本件条例と廃掃法の関係

(1)原審・名古屋高裁の判断

前記の通り、本件条例が廃掃法に違反するか否かという問題は、1審においては、争点にならなかった¹⁷⁾。これに対し、原審においてXは、新たに、廃掃法上許可された施設の設置を禁止する本件条例は、廃掃法に違反し、無効であるという主張を追加した。

この点につき、名古屋高裁は、廃掃法とは目的・趣旨が異なることを理由に、本件条例は同法に違反しないと判示した。当該判示部分を以下に引用する。

「廃棄物処理法は、産業廃棄物の排出を抑制し、産業廃棄物の適正な処理によって、生活環境の改善をはかることを目的とするのに対し、水道法第2条の2によって、地方公共団体に施策を講ずることが認められた結果、紀伊長島町が住民の生命と健康を守るため、安全な水道水を確保する目的で同町が制定した本件条例とではその目的、趣旨が異なるものであるから、本件条例が前記廃棄物処理法に反して無効ということはできない」。

この判断について、やや詳しく検討してみたい。

(2)目的を比較するレベル

判決文において明記されているわけではないものの、条例制定権の限界について徳島市公安条例事件最判(最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁)において立てられた定式、とりわけ「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者

が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないとき」には、条例は法令に違反しないという基準を前提として、前記判示がなされたことは、疑いない。

ところで、法令と条例の目的を比較するというとき、一体それがどのレベルでなされるのか、という問題がある。

まず考えられるのは、もっぱら、法令・条例の目的規定を比較する、というものである。本件でいえば、廃掃法1条と本件条例1条に掲げられた目的を比較することになる。いわば、抽象的レベルでの比較である。

これに対し、ある特定の対象についての具体的な規制の目的に（も）着目する、という方法がある。本件においては、1997年改正前の廃掃法による規制が問題となるが、同法15条2項は、産業廃棄物中間処理施設の設置許可基準として、「厚生省令で定める技術上の基準に適合していること」（1号）を定めていた。そこで、Xが設置しようとした処理施設に対して、この「技術上の基準」が達成しようとした目的と、本件条例において規制対象事業場認定処分の要件規定である2条5号が達成しようとした目的を比較することとなる。

このような具体的レベルでの比較を行えば、次のような結論が得られるであろう。すなわち、本件においては、本件条例に基づく規制は、「水源枯渇の防止」を目的としてなされたのに対し、廃掃法に基づく規制は、このような目的・観点からなされたものではない。廃掃法15条2項1号の「技術上の基準」には、「水質汚濁防止」という目的は含まれているが、「水源枯渇防止」は含まれていない。したがって、目的が異なる、と。

このように、水源枯渇の防止という目的により産廃処理施設の設置規制を行う限りにおいて、本件条例と廃掃法の目的が異なるという結論を導くことは、きわめて容易であったと思われる。この点で、水質汚濁防止目的による規制が問題となった前記阿南市事件とは事情を異にする¹⁸⁾。仮に、本件において水質汚濁のおそれを理由に規制対象事業場認定処分が下されていたとすれば、異なる結論もありえた。

ところが、前記判示を見る限り、名古屋高裁がこのような具体的レベルで目的を比較しているとは思われない。同裁判所は明らかに、抽象的レベルでの比較を行っている。その上で、両者の目的・趣旨が異なると判断した。しかし、その理由付けは、必ずしも明確ではない¹⁹⁾。

すなわち、同判決によると、廃掃法の目的は、「産業廃棄物の排出を抑制し、産業廃棄物の適正な処理によって、生活環境の改善を図ること」であり、本件条例の目的は、「住民の生命と健康を守るため、安全な水道水を確保すること」である。なお、廃掃法1条が「生活環境の保全」という表現を用いていることからすると、判示中の「生活環境の改善」は、「生活環境の保全・改善」と解するべきであろう。また、本件条例の「安全な水道水を確保」という文言は、水道水を質的のみならず量的にも確保することを意味していると解される。

さて、以上のような整理を行った上で、改めて両目的を比較してみよう。

まず、水道水が生活環境に含まれることは、明らかである。次に、「安全な水道水を質的にも量的にも確保」することは、文言上は、「生活環境の保全・改善」に含まれると思われる。さらに、水源を汚染するような、あるいは水源を枯渇させるような産業廃棄物処理を規制することは、「産業廃棄物の適正な処理」を図ることにつながる。したがって、抽象的

レベルで比較する限り、両者の目的は共通する（廃掃法は、本件条例の目的を含んでいる）といわざるをえない。

いうまでもなく、以上のような考え方は適切でない。具体的レベルでの比較が必要であろう。

(3)廃掃法の目的・効果の阻害

いかなるレベルで目的を比較しているのか、その比較の仕方は合理的か、という問題とは別に、名古屋高裁判決の前記判示部分については、次のような疑問が呈されている²⁰⁾。

すなわち、名古屋高裁は、本件条例と廃掃法の目的が異なることから、直ちに本件条例が廃掃法に違反しないことを導いているが、このような判断方法は、既に判例上確立された定式と矛盾するのではないか。先に引用した徳島市公安条例事件最判の定式によれば、両者の目的が異なる場合には、さらに、本件条例によって廃掃法の意図する目的と効果が阻害されないか否かを判断しなければならないのではないか、という疑問である。以下、この問題を検討する。

もう一度、前記最判定式の該当部分を引用する。

「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、①後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、②その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないとき」（丸数字、筆者）には、条例は法令に違反しない。

さて、前記の疑問の前提には、この判断基準に対する次のような理解がある。すなわち、法令と条例の目的が異なる場合には、条例が法令の目的と効果を阻害する場合と阻害しない場合があり、後者の場合にのみ、条例は法令に違反しない、という理解である。つまり、①と②の間に「かつ」という文言が隠れていると解するのである。①の基準とは別に②の基準を適用しなければならないという意味で、このような理解を、仮に、「二段階基準説」と呼ぶ。

これに対して、文理上は、別の理解もありうる。すなわち、法令と条例の目的が異なれば、直ちに、条例は法令の目的と効果を阻害しない、という理解である。①と②の間に「したがって」という文言を読み取るのである。①の基準だけを適用すれば足りるという意味で、このような理解を、「単一基準説」と呼ぶ²¹⁾。

名古屋高裁判決は、この単一基準説を採用するものと位置づけることができないだろうか。

下級審判決には、明示的に二段階基準説の立場に立つものがある。宗像市環境保全条例事件（福岡地判平成6年3月18日行集45巻3号269頁、判タ843号120頁、判例自治122号29頁）は、条例と法令（廃掃法）の目的が異なるが、条例の適用が法令の意図する目的・効果を阻害することを理由に条例の違法性を導いた。また、阿南市事件においても、徳島地裁は、「当該条例が国の法令とは別の目的に基づく規律を意図するものであるときには、当該条例の適用によって国の法令の規定の意図する目的と効果を阻害することがないかどうか」を判断する必要があると述べる。

しかし、文理上は、二段階基準説が唯一の解答ではないこと、単一基準説も成立しうることを、まず指摘したい。

次に、仮に二段階基準説を採るとすると、いかなる場合に条例が国の法令の目的・効果

を阻害するといえるのか、目的・効果の阻害とは何か、について判断基準が問題となるが、その基準を前記最判定式は示していない。このことは、法令と条例の目的が同一である場合については、ある程度詳細な基準を示していることと対照的である²²⁾。

さしあたり前記の2点からして、名古屋高裁の判断方法は、必ずしも確立した最高裁判例の定式と矛盾するものとはいえないのではないかと²³⁾。

(4) 最高裁の判断

さて、本判決が注目された最大のポイントは、「産廃封じ」の有力な手段と見られる水道水源保護条例が廃掃法に違反しないのかという問題につき、最高裁がどのような判断を下すか、という点にあったと見てよい。本件条例が廃掃法に違反しないという判断が下されれば、同様の条例を持つ多くの自治体にとって、最高裁の「お墨付き」が得られたということになる。これに対し、本件条例が廃掃法に違反するとの判断が下されれば、その理由次第では、条例による立地規制という政策手法自体の見直しを迫られることにもなりかねない（例えば、廃掃法は廃棄物処理施設の設置に関し、条例による独自規制を一切認めない趣旨であるという判断が示された場合）。しかし、最高裁はこの点について明確な判断を下していない²⁴⁾。

もっとも、仮に最高裁がこの点について明確な判断を下していたとしても、その射程には2つの限界があったと考えられる。第1の限界は、本件が水質汚濁の防止ではなく水源枯渇の防止を目的とする規制の適法性が争われた事例である、という点である。この点から、後者についての判断を前者についての判断と同列に扱うことができるか、という問題が生じる。第2の限界は、本件が1997年改正前の廃掃法の下での事例である、という点である。仮に本件において最高裁が本件条例は廃掃法に違反しないとの判断を下していたとしても、そのことが直ちに、現行廃掃法の下での水道水源保護条例に妥当するとは限らない²⁵⁾。

4. 事業者配慮義務

(1) 義務の内容

最高裁は、Yが本件処分をするに当たって一定の義務に違反した場合には、本件処分は違法となる旨判示し、その点の審理を尽くさせるべく本件を原審に差し戻した。その義務とは、判旨(3)で記された通り、本件条例13条の定める協議手続において、①Xと十分な協議を尽くし（協議義務）、②Xに対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし（行政指導義務）、③Xの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務（事業者配慮義務）である²⁶⁾。

この3つの義務は、どのような関係にあるのか。私見では、協議を尽くすこと、および適切な行政指導をすることは、いずれもXの地位に配慮することに含まれるから、③の事業者配慮義務の内容として、①や②の義務があると整理すべきだと思われる。また、事業者配慮義務には、①と②のいずれにも当たらないもの（その他の事業者配慮義務）もありえよう。このように考えると、本判決でYに課された義務は、事業者配慮義務という名称で代表させることができよう²⁷⁾。

このような事業者配慮義務を課す明示的規定は、本件条例には存在しない。その意味で、「不文の義務」²⁸⁾である。本判決も、この義務の法的根拠²⁹⁾が何であるかを明らかにして

いない³⁰⁾。

ところで、事業者配慮義務の具体的内容は、どのようなものであろうか。①の協議義務も、①②に含まれない「その他の事業者配慮義務」も、その内容は必ずしも明らかではない³¹⁾。これに対し、②行政指導義務の内容は明確である。

前記のように(2.(2)2))、本件条例13条の「協議の申出」が「規制対象事業場不認定処分」の発付申請であり、規制対象事業場認定処分が申請拒否処分であると解した場合、この行政指導は「拒否処分回避のための内容変更指導」に当たる。通常、許可申請の審査に際してこのような内容変更指導の義務は生じない。行政庁は、申請者の申請を所与として、法令に定められた許可要件に適合するか否かにつき実体審査をし、処分を下せばよい。しかし、最高裁は、本件においては、Xの申請において示された予定取水量を所与の前提として、それが水源枯渇のおそれを生じさせるか否かを審査するのではなく、その予定取水量を水源枯渇のおそれを生じさせない程度まで限定するよう指導することを、Yに義務付けているのである。

この行政指導義務は、次の2つの義務を前提としている。第1に、本件施設について「日量何立方メートルまでなら、取水が許されるのか(その結果、規制対象事業場不認定処分が下されるのか)」をXに通知する義務、すなわち「適正取水量通知義務」である。この通知がない限り、前記の行政指導は不可能である³²⁾。第2に、この「適正取水量通知義務」の当然の前提として、「適正取水量算出義務」が課されているはずである。Yは、Xの事業場について、許容される取水量を算出し、それをXに通知し、当該取水量まで限定するよう指導しなければならない。もちろん、この指導にXが従わない場合には、規制対象事業場認定処分を下すことになるだろう。

なお、Yによって提示された適正取水量が少なすぎると考える場合、Xはその旨を、協議手続において証拠を示しつつ主張することができるであろう。そのような主張立証の機会を与えること、Xの質問に適切に回答することなどは、行政指導義務ではなく、①の協議義務の内容であると把握することができよう。

ところで、ここで問題とされるのは、規制要件の明確性に関する原審・名古屋高裁の判断との関係である。

本件条例2条3号において水源の枯渇とは「取水施設の水位を著しく低下させること」と定義されているが、具体的にどの程度の低下を指すのかについて明確な基準がないとのXの主張に対し、名古屋高裁は次のように判示した。

「水道水の水質の汚濁、水源の枯渇というものは数値をもって一義的に定めることは困難であるところ、右認定をするための審議会を設置、人的組織の構成、事業者に要求される措置、町長の責務等条例の規定をみれば、その解釈適用が濫用ないしは拡張解釈されるおそれはない。条文の明確を欠くとの控訴人〔X〕の主張も理由がない」。

このように、一義的規定が困難であること、審議会を設置等の仕組みが採られていること等を理由に、名古屋高裁はXの主張を斥けたが、仮に最高裁が、事業者配慮義務の下で、基準の明確化を要求したとすると、その点で高裁の判断が覆されたようにも見える。

もっとも、最高裁は、一般的に基準の明確化を要求しているわけではなく、Xが設置を予定する施設について、協議手続内において、「適正取水量」を明確化することを義務付けているにすぎない。条例の文言自体の改正や、長の規則ないし裁量基準の形式により水源

の枯渇についての詳細な基準を設定することまでは要求していない。確かに、申請者の予測可能性の確保のためには、数値によって表された客観的基準が一般的に示されることが望ましいだろうが、そこまでは必要とされていない³³⁾。したがって、最高裁の判示と名古屋高裁の判示は決して矛盾するものではないと考えられる。

(2) 義務発生の要件

次の作業は、本判決が、いかなる要件の下で、事業者配慮義務が発生するとしているのかを検討することである。言い換えれば、本判決の射程を明らかにする作業である。

判決文からは、判旨(1)及び(2)に、その明示的な手がかりを求めることができよう。しかし、判決文において明示的に示されているわけではないが、次の2点が、この義務の暗黙の前提として存在することを最初に確認しておきたい。

第1に、本件条例が、水源保護地域において取水を行う産廃処理施設の設置を全面的に禁止するのではなく、一定の取水量にとどまるならば設置を許容するものである、という点である。「適正取水量＝許容される取水量」がありえる仕組みであるからこそ、前記の義務が課されうるわけである³⁴⁾。

第2に、本件処分が水質汚濁防止目的の規制ではなく、水源枯渇防止目的の規制であったため、最高裁が本件を取水量という量的な問題として把握しえたという点である。仮に水質汚濁のおそれを理由に規制対象事業場認定処分が下されていたとすれば、果たして事業者配慮義務は課されたか。もし課されたとしても、義務の具体的内容は相当異なるものになっていたのではないかと³⁵⁾。

さて、以上の2点を前提とした上で、事業者配慮義務の発生要件を、判決文から読み取る作業に入りたい。

1) 要件①：取水規制でなく設置規制であること

まず注目されるのは、判旨(1)において記された「規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものである」という認識である。

それでは、なぜ、この処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものといえるのか。その理由は、1つには、廃掃法上は設置が許容される施設につき、条例によってそれに一定の制限を追加するものであるからであろう。もっとも、それだけでは「重大な制限」とはいえまい。決定的なのは、この処分が下されれば、設置が禁止される（しかも刑罰によって担保される）点であろう。つまり、廃掃法上設置許可が与えられるべき施設について条例によって独自の追加的規制をすることも、設置を許容した上で適正な取水量に抑制することを義務付ける（取水規制）（例えば、一定の取水量を超えれば操業停止命令を発する）のではなく、設置それ自体を禁止する（設置規制）ものであることが、前記認識の根拠であると思われる³⁶⁾³⁷⁾。

判旨(1)においては、「規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものである」という認識は、直ちに事業者配慮義務を導くのではなく、本件条例における協議手続の重要性を帰結するものである。ただ、「本件条例における協議手続の重要性」は事業者配慮義務の発生要件であると解されるため、当該認識も発生要件の一つと位置づけられうる。

以上の検討をまとめると、事業者配慮義務の発生要件として第1に挙げられるのは、水源保護条例による追加的規制として、取水規制の手法ではなく、設置規制の手法が採用さ

れたこと、である。

2)要件②：申請システムではなく協議システムであること

判旨(1)においては「本件条例における協議手続の重要性」が示され、また、判旨(3)によると、事業者配慮義務は、あくまでも協議手続において課されている。そこで、協議のシステムが採用されていることが、当該義務の発生要件であるかが問題となる。

たとえ本件条例が採用するシステムが実質的には許可制であり、また、協議の申出(13条)が「規制対象事業場不認定処分の申請」を意味するとしても、「協議」という文言が条例中に用いられていることは、相当の意味を持つ。「許可を申請せよ」ではなく「協議を申し出よ」という仕組みであるからこそ、事業者の計画する予定取水量を所与のものとして受動的に審査、応答するのではなく、適正取水量に修正するよう能動的に指導することが、行政庁に要求されているのではないか。

このように考えると、第2の要件として、「協議」システムの採用を挙げるのが可能であろう³⁸⁾。もし、本件条例が申請システムを採用していたとすれば³⁹⁾、Xが示す予定取水量を所与のものとして申請を拒否し、再申請を待てば足りたと考えられる⁴⁰⁾。

もっとも、協議システムの採用を義務発生の要件とすることに対しては、2つの異なる方向からの反論がありうる。

1つは、本件条例が採用する協議システムは、申請システムと大差ないのではないか、というものである。

その根拠として挙げられているのは、①協議はあくまでも事業者の方から求めなければならないのであり、町の方から協議を申し込む構造ではないこと⁴¹⁾、②13条3項には、協議の申出があったときは、規制対象事業場認定処分を下す前にYが「事業者と協議して」ではなく、「審議会の意見を聴き」と書かれているだけであること⁴²⁾、③協議をしないまま事業を開始すると、勧告を経て事業実施の一時停止命令がありえ(13条2項、15条)、当該命令に対する不服従や、規制対象事業場認定処分を受けた事業者による事業実施には、刑事罰が用意されていること(20条)⁴³⁾である。

しかし、①はその通りであるが、協議の申出があった場合に町側が協議を尽くさなくてよい理由にはならない。②については、「協議」という文言が用いられている以上、単に審議会の意見を聞くだけではなく、事業者と協議をする(「尽くす」かどうかは別として)ことは必要であろう。そして、「協議」という言葉の通常の意味からすれば、「話し合い」が行われなければならないはずである。③は、本件条例のシステムが実質的に許可制であることを裏付けるものの、協議システムと申請システムの同一性を帰結する根拠ではない。

したがって、この第1の反論は、説得的とは思われない。

もう1つの反論は、逆に、仮に協議システムではなく申請システムが採用されている場合であっても、事業者配慮義務は課されるのではないか、というものである。この立場によると、本件において事業者配慮義務が協議手続内において課されるのは、たまたま本件条例が協議システムを採用しているからにすぎない、ということになる。

確かに、少なくとも適正取水量の算出及び通知は、再度の申請を可能にするためには望ましいものである。しかし、再申請の便宜のためには、それは、処分の理由において提示されれば足り、処分前の申請処理手続において通知される必要はない。また、拒否処分回避のための行政指導義務は、この観点からは導かれない。

むしろ、要件①の箇所で論じられたように、設置規制の手法を採る限り、協議システムであろうと申請システムであろうと、事業者の権利に重大な制限を課すものであるという認識が、この反論の根拠となりうる。論者の中には、規制対象事業場認定処分は比例原則違反の違憲の過剰規制でありうるという見解を示す者もある⁴⁴⁾。そうすると、事業者配慮義務は、そのバランスをとるための手段と位置づけられる。

もっとも、本件条例による設置規制が、合憲性に疑いを抱かせるほど厳しいものかについては、なお疑問がある⁴⁵⁾。また、前記のように、事業者配慮義務はあくまでも協議手続において課されているのであり、そのような協議手続のない申請システムの場合にも事業者配慮義務が課されるという趣旨を明確に示す記述は、判決文の中には存在しない。そこで、一応、その射程を「協議システムを採用している場合」に限定するのが合理的ではないだろうか。

3)要件③：「狙い撃ち条例」であること？

本件条例は、Xが産廃処理施設設置の手続を進めていることを町が知った上で、その設置を阻止するべく制定された、いわゆる「狙い撃ち条例」である。この条例制定過程の特殊事情を、義務発生要件と把握する見解がある⁴⁶⁾⁴⁷⁾。

この見解からは、それ以外の場合、すなわち、①事業者が条例制定前に施設設置の準備を開始しているが、当該条例が当該事業者の施設設置を阻止することを目的とするものではなかった場合、及び②条例制定後に事業者が施設設置の準備を開始した場合には、事業者配慮義務は課されないということが導かれる。

なお、事業者が条例制定前に施設設置の準備を開始していれば、条例制定主体（地方議会）の主観的意図は問題ではない、という立場もありうる⁴⁸⁾。この場合は、前記①の場合にも、事業者配慮義務が生じることになる。もっとも、①のケースは、あまり多くないであろう。

②の場合には事業者配慮義務が課されないという主張は、ある程度説得力を持つ。すなわち、事業者は水源保護条例の存在を前提として準備を開始するべきであり、特別の配慮は必要ないといえそうであるからである。

判旨(2)の解釈としても、以上のような見解はきわめて自然であるとも思われる。

ただ、若干の疑問もないわけではない。第1に、条例が制定されてしまえばX以外の事業者にも平等に適用されるのであるから、「狙い撃ち条例」であること自体は条例の違法性をもたらし⁴⁹⁾。第2に、経過措置の代替物として事業者配慮義務が把握されている⁵⁰⁾が、条例制定時には廃掃法上の許可は付与されておらず、許可申請もなされていない。単に、要綱上の手続が進められているだけである。このような場合まで経過措置が必要であろうか⁵¹⁾。以上の2点からすると、狙い撃ち条例の場合にのみ事業者配慮義務が発生するという根拠が失われるのではないか。第3に、条例制定後に施設設置の準備を開始した事業者についても、本件条例に基づく協議手続が行われるが、この場合に事業者配慮義務が課されないとする、そのことにより当該手続においてYは具体的に何を免除され、何を依然として行わなければならないのかが、明らかではない。

このように考えると、設置準備の開始の時期がいつであれ、本件条例の適用に際しては、常に事業者配慮義務が発生するという解釈の可能性も、ありうるのではないか。もっとも、その際、判旨(2)の位置づけが問題となるが、この判示は、事業者配慮義務を発生させ

るための必須の要件を示すのではなく、いわばそれを補強する事情を挙げているものではないか。

もう一度、判旨(3)を見てみると、「①事業者と十分な協議を尽くすこと」は、協議手続を設けた以上当然ともいえるし、「③事業者の地位を不当に害することのないよう配慮すること」も、その具体的内容は明らかでないが、抽象的には、普遍的に要請されうるものである。そして申請システムにおいてはともあれ、協議システムにおいて事業者の地位に配慮するためには、いきなり拒否処分をするのではなく「②拒否処分を回避するための内容変更指導をすること」が必要であると考えても、それほど違和感がない。

したがって、本判決が事業者配慮義務の発生要件とするのは、要件①と②のみであると解したい⁵²⁾。

5. 結びに代えて

水道水源保護条例は、水道水の保全の必要性という見地から、廃掃法にはない、あるいは廃掃法より強度の規制を産廃処理施設等について加えるものである。もっとも、廃掃法も水質汚濁の防止には一定の配慮を行っている。そこで、水源保護条例は、水道水につき廃掃法が保障する安全性以上の安全性(=フェイル・セーフ)を、提供するものであると整理することができる。しかし、当該水道水の利用者にとっては、保障される安全性が高ければ高いほど好ましいが、それは産廃処理業者の権利利益の尊重の要請と緊張関係にある⁵³⁾。そこで、廃掃法が保障する水準は低すぎ、水源保護条例が保障する水準が適正なのか、それとも、廃掃法が保障する水準が適正であり、水源保護条例が保障する水準は過大にすぎるのか、あるいはそのいずれでもないのか、という問題が問われることになる。この問題は、水源保護条例と廃掃法の関係をめぐる論点の中で、最も本質的であるように思われる。最高裁に期待されたのは、この問いに応えること、換言すれば安全性の適正水準を明らかにすることであった。しかし、本件では、水源枯渇の防止が問題とされたという特殊性もあり、そのような判断は示されなかった。あるいは、徳島県阿南市の事件が最高裁まで進めば、この点の判断が明らかにされるかもしれない。

また、本判決では事業者配慮義務という新しい考え方が示された。この考え方が、水質汚濁防止目的での規制にも適用されるのか、という問題も興味深い。これも他の事件における判決を待たねばならない。

注

- 1) 判例評釈類として、楠井嘉行・水道協会雑誌67巻3号(1998年)73-81頁、山代義雄・判例地方自治183号(1999年)33-34頁。
- 2) 判例評釈類として、柘植一郎=新井幹久・判例地方自治212号(2001年)4-7頁、磯崎初仁・いんだすと18巻6号(2003年)25-27頁(北村喜宣(編)『産廃判例を読む』(環境新聞社、2005年)113-119頁に収録)、牛嶋仁・地方自治判例百選(第3版)(2003年)66-67頁。
- 3) 本件最高裁判決に関する判例評釈類として、阿部泰隆・いんだすと20巻3号(2005年)40-43頁(以下、阿部①と引用。同評釈は北村(編)(注2)120-129頁に収録されているが、かなりの加筆がなされている。以下、阿部②と引用する)、大久保規子・平成16年度重要判例解説(ジュリスト1291号)(2005年)56-57頁、下井康史・地方自治職員研修38巻5号(2005年)20

- 22頁、杉原則彦・ジュリスト1289号（2005年）211—213頁、村田哲夫＝京極務・判例地方自治267号（2005年）5—8頁。
- 4) 柘植＝新井（注2）4頁。
 - 5) もっとも、その規制態様は一様ではない。水源保護条例の類型化を行うものとして、参照、梶山正三「水源保護の法と条例」環境と公害24巻4号（1995年）8—13頁[11—12頁]、阿部泰隆『政策法学講座』（第一法規、2003年）222—223頁、北村喜宣・福士明・下井康史『産廃法談』（環境新聞社、2004年）140—141頁（福士執筆）。本件条例は、そのうち「立地規制型」に分類されるものである。
 - 6) 本件施設からの排出水は全て蒸発させる計画になっていたということである。参照、柘植＝新井（注2）5頁。
 - 7) 徳島地判平成14年9月13日判例自治240号64頁。判例評釈類として、南川諱弘・いんだすと18巻6号（2003年）28—30頁（北村（編）（注2）130—135頁に収録）、村上博・判例地方自治244号（2003年）108—110頁、北村喜宣・福士明・下井康史（注5）98—106頁（北村執筆）、比山節男・判例地方自治248号（2004年）82—84頁。
 - 8) 「失敗しても安全」とか「失敗しても対処可能」と訳される。
 - 9) 同様の議論は、水質汚濁防止目的の規制についても妥当する。
 - 10) 水質汚濁防止目的の規制についてであるが、白石市水道水源保護条例は、フェイル・セーフの思想を基本としつつ、「万が一、水質汚染が発生した場合でも、速やかに対応できる程度の規模のもの。また、汚染の規模がある程度で抑えられる規模のもの」「水質汚染を防止するための徹底した措置が講じられているもの」については産廃処分場等の立地を許容するものであると述べられる。参照、遠藤篤志「きれいな水を住民が享受する権利と白石市水道水源保護条例」地方自治職員研修35巻5号（2002年）33—35頁[35頁]、同「きれいな水を享受する権利と白石市水道水源保護条例」地域開発461号（2003年）19—22頁[22頁]。この条例も、「考えられる最悪の事態」を前提とするものとはいえないであろう。
 - 11) 芝池義一『行政法総論講義（第4版）』（有斐閣、2001年）133頁。
 - 12) もっとも、この点については、通常の許可制の場合にも不許可処分（＝申請拒否処分）は規定上明示されないのが通例であり、したがって、一方の処分のみが明示される点では同様である、との反論がありうる。ただ、仮に本件条例が許可制を採用していると解する場合、規制対象事業場認定処分は不許可処分を意味するため、明示されるのは不許可処分の発付であって、許可処分の発付ではない。この点で、通常の許可制と異なる。
 - 13) なお、白石市水道水源保護条例7条2項は、市長が「規制対象事業場の認定の有無を決定」とすると規定する。したがって、規制対象事業場「不認定」処分が明記されている。
 - 14) 白石市水道水源保護条例9条は、「事業者は、第7条第2項に規定する規制対象事業場と認定しない旨の通知があるまで、対象事業場の建設工事に着手してはならない」と規定する。本件条例にはこのような規定が存在しない。
 - 15) このように理解するものとして、下井（注3）22頁参照。
 - 16) 下井（注3）22頁。大久保（注3）57頁も、「本件条例の仕組みは実質的に許可制に近い」と述べる。村田＝京極（注3）7頁も同様の認識を示す。
 - 17) 楠井（注1）76頁によると、裁判官の釈明に対し、Xは、この点を問題としない旨回答したということである。
 - 18) 本稿は阿南市事件について評釈を行うことを目的とするものではないが、一言すると、この事例においては、具体的レベルでの比較を行う限り、廃掃法と条例の目的が少なくとも部分的

には共通すると解する方が自然である。なお、この事件について1審・徳島地裁は、具体的レベルでの目的比較を行っている。この点を妥当と評価するものとして、南川（注7）30頁。

19) 名古屋高裁が両者の目的のいかなる要素を比較して、このような結論を導き出したのかについては、以下のような複数の可能性が考えられる。

第1に、本件条例はもっぱら水道水を対象とするのに対し、廃掃法は生活環境全般を対象とするから、目的が異なる、とした可能性。

第2に、たとえ生活環境保全の点で共通するとしても、廃掃法はもっぱら廃棄物の処理に関するそれに着目するのに対し、本件条例は、廃棄物処理業だけを対象とするわけではないから、目的が異なる、とした可能性。

第3に、宗像市環境保全条例事件（福岡地判平成6年3月18日行集45巻3号269頁、判タ843号120頁、判例自治122号29頁）で示されたように、廃掃法は、廃棄物処理施設の設置促進と設置規制の両面を持つのに対し、本件条例は設置規制という一面だけを持つにすぎないから、目的が異なる、とした可能性。判決文における「産業廃棄物の適正な処理によって」という部分に大きな意味を見出すものである。

第4に、本件条例は水源地ないしその上流地域という一定の場所に着目するのに対し、廃掃法はそのような観点を持たないから、目的が異なる、とした可能性。

しかし、いずれの理解にも難点があると思われる。

20) 牛嶋（注2）67頁、下井（注3）21頁を参照。

21) なお、前記定式からは、「条例が法令の目的・効果を阻害しても、法令と条例の目的が異なれば、条例は法令に違反するものではない」という理解は導かれえない。前記2つの理解のどちらを採るにせよ、「条例が法令の目的・効果を阻害しない」ことが必要である。

22) 「両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない」。

23) なお、単一基準説に立つとすると、廃掃法とは異なる目的に基づき廃棄物処理施設の設置規制を行う条例は、廃掃法には違反しないことになるが、目的の合理性、比例原則、規制要件の明確性などの点で、憲法に対する適合性がなお問題となりうるし、同一目的による規制を行う法令があれば、それとの関係も問題になる。

24) 阿部①（注3）41-42頁は、（本件条例のみならず）水道水源保護条例一般が廃掃法に反しないとの趣旨を最高裁が明示したと解するようである。その根拠は、本件条例が廃掃法とは「異なる観点からの規制をする」と本判決が述べていることに求められている。この判示から、「水源保護条例は一般的に廃掃法と目的を異にするので、廃掃法に違反しない」という帰結を導くようである（なお、この見解は、単一基準説の採用を前提にしていると考えられる）。

この点に批判的なものとして、下井（注3）21頁を参照。同評釈は、徳島市公安条例事件最判の定式の理解について二段階基準説を採りつつ、原審・名古屋高裁判決の判断方法を否定せず（つまり、本件条例が廃掃法の目的と効果を阻害しないかを個別に判断することなく）そのまま最高裁が承認したとすれば、「重要な判例変更」であるが、そのような判例変更が黙示的になされたということは考えにくいと指摘する。

大久保（注3）57頁は、この点につき最高裁は正面からは論じていないが、条例の適法性を前提にしていると述べる。阿部②（注3）124頁も同旨であろう。

25) 具体的には、1997年廃掃法改正により、産廃処理施設設置許可の要件としていわゆる「生活

環境配慮基準」(15条の2第1項2号)が追加されたことによる影響が問題となる。

- 26) 判決文から明らかであるように、この義務が課されている主体は行政庁たるYであって、町ないし条例制定主体たる町議会ではない。したがって、本判決を「立法者に対して事業者への配慮義務を認めた初めての判例」とであると評価する杉原(注3)213頁は、疑問である。参照、大久保(3)57頁。
- 27) 義務の呼称は、論者によって分かれている。阿部①(注3)40頁は「協議義務」、下井(注3)22頁は「指導・配慮義務」と称する。
- 28) 下井(注3)22頁。
- 29) 義務発生の要件とは別の問題である。
- 30) 可能性として考えられるのは、①本件条例13条、②憲法22条1項、29条、③不文の法原則・条理の3つであろうか。
- 31) 大久保(注3)57頁が指摘する通り、規制対象事業場認定処分の「認定要件に該当する場合にまでXの利益に配慮して不認定とする」義務が存しないことは、少なくとも明らかである。
- 32) 実際上は、適正取水量の通知と行政指導は同時になされうるが、観念上、両者は区別しうるものである。
- 33) 控訴審判決に対し、予測可能性の確保の見地から、基準の作成等、規制対象事業場認定処分の客観性を担保する方策の検討が必要であるとの指摘をするものとして、柘植=新井(注2)6頁。事業者の権利利益への配慮を重視する見解といえる。もっとも、同論文によれば、単に事業者の権利利益の尊重だけでなく、紛争の予防という観点からも前記客観性担保が要請されるとする。
- これに対し、磯崎(注2)27頁は、「水源枯渇等の恐れについては、施設の内容、立地場所、事業の規模等によっても異なるため、数値等の客観的な基準で示すことは難しいと考えられる」と述べ、控訴審判決を支持している。
- 34) なお、適正取水量以下の取水を計画した事業者は、施設の設置を許されることになるが、操業後、適正取水量を超える取水をした場合の監督処分の定めは、本件条例には見当たらない。
- 35) 阿部②(注3)129頁も、同様の疑問を呈する。
- 36) おそらく同旨、阿部①(注3)42頁。本件1審判決においても、「規制対象事業場認定処分は、実質的に、営業を禁止することになる強度の規制である」との認識が示されている。
- また、杉原(注3)213頁は、次のように論じる。すなわち、事業者配慮義務は、「水源の枯渇を防止するという公益目的の達成のためには、事業者の取水量を水源枯渇のおそれを生じさせない限度のものとするところで必要にして十分であるところ、規制対象事業場認定処分がされると水源保護地域ではおよそ営業ができなくなることになり、営業の自由ないし職業選択の自由に対する過剰な規制として憲法22条1項に違反するのではないかという問題が生じ得るところであり、」「そのような事態を回避するためには、事前協議の手続が適正に実施されることが必要であるという考え方に基づくものと考えられる」。
- 前半部分では、明示的に取水規制手法と設置規制手法が比較され、規制対象事業場認定処分は、単に重大な制限を課すにとどまらず、憲法違反をもたらしうるほどの過剰な規制であるという認識が示されている。そして、後半部分において、違憲性を回避するための手段として、事業者配慮義務が位置づけられている。
- 37) なお、判旨(2)で示される条例制定過程の特殊事情(「狙い撃ち条例」)は、「重大な制限」という認識の根拠とは認められない。この認識は、本件処分に限定されたものではなく、規制対象事業場認定処分に一般的に妥当するものであると解されるからである。

- 38) 「少なくとも協議規定を設けた以上は、行政の側も協議に応じ、Xの取水量を適正な範囲内に改める可能性を真摯に模索すべきであるとしたものであろう」と本判決を理解する大久保（注3）57頁も、同旨であろうか。
- 39) その場合、規制対象事業場不認定処分の許可申請という仕組みはスマートではないので、他の仕組み（例えば事業場設置許可の申請）が採用されるだろう。
- 40) 参照、阿部①（注3）42頁。
- 41) 阿部①（注3）42-43頁、下井（注3）22頁。
- 42) 阿部①（注3）42頁。
- 43) 下井（注3）22頁。
- 44) 杉原（注3）213頁（注36で引用した記述である）を参照。
- 45) 村田＝京極（注3）7頁は、本件条例による規制を必要最小限の措置と捉え、違憲とはいえないとする。
- 46) 阿部①（注3）42頁、下井（注3）22頁。
- 47) この見解を採るとしても、「狙い撃ち」といえるためには、事業者がどこまで手続を進めていなくてはならないか、という問題がある。本件条例制定時においては、廃掃法に基づく設置許可申請はなされていなかったが、Xの施設設置計画につき三重県の要綱に基づく事前手続が進められていた。本稿においては、さしあたり、このような要綱に基づく申請前手続の開始をもって、「設置準備の開始」と理解する。事業者がこの段階に到っていない場合、狙い撃ち条例とはいえない。もっとも、この点は議論の余地がある。
- 48) 大久保（注3）57頁は、「条例制定前にXが既に施設の設置を計画していた事実」を義務発生要件と解している。もっとも、注46に掲げた文献を同旨のものとして引用している。
- 49) 結論同旨、杉原（注3）212頁、大久保（注3）57頁。阿部泰隆「市町村の産廃処理監督条例」ジュリスト1055号（1994年）17-25頁[24頁]も参照。
- 50) 杉原（注3）212-213頁。
- 51) 阿部②（注3）127頁、村田＝京極（注3）7-8頁も、理由付けを異にするものの、本件は、一般的には条例の規定上経過措置が検討される場合に該当しないと論じる。
- 52) 注36において引用した杉原（注3）213頁の指摘は、それだけを取り上げれば、要件①及び②を充たす場合には、条例制定後に設置準備を開始した事業者についても、Yに事業者配慮義務が課されるという結論と結びつきうる。
- 53) もっとも、おそらくは、水道水利用者たる住民の生命・身体の保護と産廃処理業者の財産権・営業の自由の保障の2者だけを対立させるのは、単純にすぎる。

キーワード：紀伊長島町 廃掃法 水道水源保護条例 法律と条例 事業者配慮義務

(IWAMOTO Hiroshi)