JELI R No.140

再生可能エネルギーに関する法的問題の検討

―2014～2016年度 再生可能エネルギーに関する法的問題検討班 研究報告書―

２０１９年10月

日本エネルギー法研究所

はしがき

2012年７月に電気事業者による再生可能エネルギーの全量買取制度（ＦＩＴ制度）が施行され，大規模水力を除く再生可能エネルギー電源の設備容量は，３年弱で制度開始前と比べて約９割増加した。しかし，導入された再生可能エネルギーの大半は太陽光であり，太陽光以外の再エネについては，環境影響評価法をはじめとする土地の利用に関する規制も相まって，運転開始までに長期間を要することとなり，開発がなかなか進んでいない状況にある。太陽光に偏った導入が進み，未稼働案件の増加，不適切な事業運営，地域住民とのトラブル，系統上の制約といった問題も顕在化してきた。

本検討班では，こうした動向に目を向けつつ，2014年６月から2016年５月まで，計11回の研究会を開催した。再エネを推進する自治体の体制・役割，太陽光発電以外の再エネにおける問題点，環境影響評価の迅速化に向けた取組，再エネ事業者と地域住民とのトラブル等を取り上げ，それらに係る法的諸問題を検討し，議論を重ねた。本報告書は，その主要な成果を取りまとめたものである。本報告書がこの分野における今後の研究・実務のために多少なりとも資することができれば幸いである。

最後に，本検討班の活動及び本報告書の作成にご協力いただいた関係各位に対して，改めて厚く御礼を申し上げたい。

なお，本報告書は，2018年11月に当研究所ホームページ上にて公表した内容を一部加筆・修正したものである。

２０１９年10月

髙橋　寿一
（再生可能エネルギーに関する法的問題検討班 研究委員
専修大学法学部教授）

再生可能エネルギーに関する法的問題検討班名簿

（2014年６月～2016年５月）

主　　査	來生　　新	放送大学副学長
研究委員	髙橋寿一	横浜国立大学大学院教授
	斎藤　　誠	東京大学大学院教授
	三浦大介	神奈川大学教授
	内藤　　悟	東北公益文科大学准教授
	宮澤俊昭	横浜国立大学大学院教授
	青木淳一	慶應義塾大学准教授
オブザーバー	丸山真弘	（一財）電力中央研究所スタッフ上席研究員
	吉本亮仁	電気事業連合会立地環境部副長
研　究　員	堀江慶三	日本エネルギー法研究所（2015年３月まで）
	村上恵也	日本エネルギー法研究所（2015年４月から）
	五十嵐智芳	日本エネルギー法研究所（2015年６月まで）
	瀧口洋平	日本エネルギー法研究所（2015年７月から）
	緒方隆介	日本エネルギー法研究所（2015年７月まで）
	日比野恵理子	日本エネルギー法研究所（2015年８月から2016年２月まで）
	小路智也	日本エネルギー法研究所（2014年７月から）
	上田博康	日本エネルギー法研究所
	田中宣裕	日本エネルギー法研究所
	北川敦丈	日本エネルギー法研究所（2015年２月まで）
	村上浩一	日本エネルギー法研究所（2015年３月から）
	峠口信生	日本エネルギー法研究所（2014年８月から2015年７月まで）
	塚本泰史	日本エネルギー法研究所（2015年８月から）

※肩書きは，特に示さない限り，研究会当時のものである。

研 究 活 動 記 録

第１回研究会　2014年7月15日

「研究テーマ案の検討」

（堀江 慶三 研究員）

第２回研究会　2014年10月15日

「我が国におけるＦＩＴの現状と課題」

（電力中央研究所社会経済研究所 主任研究員　朝野 賢司 様）

第３回研究会　2014年12月２日

「太陽光発電施設の立地問題と法－大分県由布市塚原高原の事例を素材として－」

（髙橋 寿一 研究委員）

第４回研究会　2015年１月16日

「イギリスにおける風力発電所の立地・開発をめぐる紛争と法」

（南山大学法学部准教授　桐澤 秀雄 様）

第５回研究会　2015年３月17日

「計画策定についての地方議会と長の権限－エネルギー分野を念頭に」

（斎藤　誠 研究委員）

第６回研究会　2015年５月19日

「小水力発電の法的課題」

（三浦 大介 研究委員）

第７回研究会　2015年６月30日

「太陽光発電パネルの反射光と受忍限度」

（宮澤 俊昭 研究委員）

第８回研究会　2015年９月15日

「環境影響評価の迅速化に関する取組」

（環境省総合環境政策局環境影響評価課 課長補佐　福嶋 慶三 様）

第９回研究会　2016年１月22日

「再生可能エネルギーに係る地方自治体の条例対応 制定経過と自治体行政実務」

（内藤　悟 研究委員）

第10回研究会　2016年３月25日

「バイオマス発電燃料の『廃棄物』該当性について」

（青木 淳一 研究委員）

第11回研究会　　2016年５月20日

「21世紀型海洋利用と補償２」

（來生　新 主査）

※肩書きは，研究会当時のものである。

なお，本報告書の執筆は，以下のとおり分担して行った。

第１章　「陸上風力発電設備の建設と市民参加―ドイツにおける近年の動向を中心として―」
髙橋　寿一　研究委員

第２章　「自治体のバイオマス事業関与の諸論点－宇都宮市バイオマス補助金事件をめぐってー」
斎藤　　誠　研究委員

第３章　「太陽光発電施設をめぐる地方自治体の条例対応　条例による調和の模索」
内藤　　悟　研究委員

第４章　「家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光と受忍限度」
宮澤　俊昭　研究委員

第５章　「バイオマス発電燃料の『廃棄物』該当性について」
青木　淳一　研究委員

第６章　「小水力発電の法的課題―普通河川管理条例に関する課題を中心に―」
三浦　大介　研究委員

※本報告書は，2018年11月に当研究所ホームページ上にて公表した内容を一部加筆・修正したものである。

目　次

第１章　陸上風力発電設備の建設と市民参加―ドイツにおける近年の動向を中心として― 1

Ⅰ　はじめに..... 3

Ⅱ　2017年再生可能エネルギー法改正について..... 4

１．はじめに..... 4
２．市民発電所の優遇の趣旨..... 5
３．内容..... 7

Ⅲ　メクレンブルク・フォアポンメルン州の新たな動向..... 11

１．はじめに..... 11
２．制定の趣旨..... 12
３．内容..... 13

Ⅳ　2017年法とＢＧＢ法との関係..... 17

１．2017年法とＢＧＢ法との適用関係..... 17
２．2017年法とＢＧＢ法における「市民発電会社」の位相..... 19

Ⅴ　むすびにかえて..... 20

第２章　自治体のバイオマス事業関与の諸論点－宇都宮市バイオマス補助金事件をめぐって－ 23

はじめに..... 25

Ⅰ　自治体の財務管理・事務執行の問題点―2017年地方自治法改正から..... 25

Ⅱ　バイオマス・再エネに関する自治体紛争事例..... 27

１．太陽光発電設備請負契約住民訴訟（吹田市）－大阪地判平29・５・19判例地方自治428号42頁　［解説同誌429号［佐伯彰洋・近藤卓也］］..... 27
２．竹バイオマス補助金住民訴訟（熊本県御船町）熊本地判平成26年10月27日..... 29

Ⅲ　バイオマス事業とその支援策の概観..... 31

Ⅳ　宇都宮市バイオマス事件..... 33

むすびにかえて－総括的コメント..... 43

第３章　太陽光発電施設をめぐる地方自治体の条例対応条例による調和の模索..... 45

はじめに　問題の所在..... 47

Ⅰ　ＦＩＴにおける太陽光発電の現状 47
Ⅱ　地域空間における太陽光発電施設の実態 48
１．地方自治体が把握する再エネ施設をめぐる紛争 48
２．地域における太陽光発電施設の問題点 48
Ⅲ　再エネ特措法の改正　　事業計画認定制度の新設 50
Ⅳ　太陽光発電施設に対する地方自治体の行政対応 50
Ⅴ　調和を目的とする条例による対応 51
１．群馬県高崎市「高崎市自然環境，景観等と再生可能エネルギー発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例32号） 51
２．静岡県富士宮市「富士宮市富士山景観等と再生可能エネルギー発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例31号） 53
３．兵庫県赤穂市「赤穂市自然環境等と再生可能エネルギー発電施設設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例48号） 54
Ⅵ　個別政策領域における対応 55
１．自然環境保全政策 55
２．環境影響評価 56
３．景観政策 57
Ⅶ　条例手法についての検討 57
１．抑制手法の形式と地方自治体の意図 57
２．太陽光発電施設をめぐる協議 58
３．個別法・条例等との連結 59
Ⅷ　「調和」の意図 59
１．調和型条例に見る地方自治体の総合性 59
２．その他の法律からの示唆　　行政計画，協議会 60
Ⅸ　むすびとして 61
第４章　家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光と受忍限度 63
Ⅰ　はじめに 65
Ⅱ　事案の概要と裁判所の判断 65
１．前提となる事実 65

２．裁判所の判断 65
Ⅲ　関連する学説・判例 68
１．関連用語 68
２．関連法令・ガイドライン 70
３．関連裁判例 72
４．関連する学説 76
Ⅳ　家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争の考察 78
１．紛争の特徴―日照権紛争との違い 78
２．事実認定のレベルでの検討―第一審判決と控訴審判決の比較から 79
３．適用される規範のレベルでの検討 79
第５章　バイオマス発電燃料の「廃棄物」該当性について 83
Ⅰ　はじめに 85
Ⅱ　「廃棄物」概念をめぐる行政解釈，判例の動向 86
１．行政解釈 86
２．判例の動向 87
Ⅲ　バイオマス発電の普及促進と「廃棄物」概念 92
Ⅳ　むすびにかえて 95
第６章　小水力発電の法的課題―普通河川管理条例に関する課題を中心に― 99
Ⅰ　はじめに 101
Ⅱ　小水力発電事業と河川法 102
１．小水力発電の種類 102
２．河川管理制度改正の概要 103
３．河川法23条の流水占用許可制度 104
４．慣行水利権との関係と問題点 109
Ⅲ　渓流発電と地域振興 110
Ⅳ　河川法適用河川と普通河川 112
Ⅴ　普通河川管理の条例パターンと問題点 113
１．普通河川管理条例 113

２．法定外公共物管理条例 114
３．法定外公共用財産管理条例 115
４．水路管理条例 115
５．管理条例の問題点 115
Ⅵ　結語 120

第　１　章

陸上風力発電設備の建設と市民参加
―ドイツにおける近年の動向を中心として―

専修大学教授

髙　橋　寿　一

Ⅰ　はじめに

再生可能エネルギー(以下,「再エネ」と称することもある)の普及・拡大が喫緊の課題であることはもはや誰の眼にも明らかであろう。

原子力発電所の全廃を視野に入れたドイツにおいてはもとより，原子力発電を引き続きベースロード電源と位置づける日本においてさえも2030年の総発電電力量の22～24%を再エネが占めることが目標とされており[1]，いずれも再エネの促進・拡大が急がれているところである。

ところで，再エネ設備を建設する場合，太陽光発電所(本稿ではメガソーラー設備を念頭に置く)であれば景観や反射光，陸上風力発電設備であれば騒音やバードストライクの問題など周囲の地域環境へ一定程度の負の効果(いわゆる外部不経済)が生じることは避けることができない。それ故，建設予定地の近隣に住宅地域や自然・景観に優れた地域がある場合には地域住民が再エネ設備の建設に対して強力に反対し，建設が進まないという状況も日独両国において共通に見られるところである[2]。

一方での〈再エネ設備の建設促進〉と他方での〈地域環境の維持・保全〉ないし〈地域住民の受容〉という両者の命題は，二律背反とも思われるが，近年のドイツでは，これら両者の命題を両立させるべく，様々な試みがなされている。

たとえば，洋上風力も含めて再エネ設備の多いドイツ北部で生産された電力をドイツ南部に送るために，南北間で２か所に亘る大規模な高圧送電線の敷設が進められているが，これについても地域住民の反対が強い[3]。

このため，ドイツ政府は，結局莫大な費用をかけて地下に敷設することとし，現在急ピッチで敷設工事が進められている。

他方で，発電設備本体に関しては，送電線とは重要な差異がある。すなわち，第一に，送電線のように地下に設置したり，空中に設置したりすることは現在の技術水準をもってしても未だ不可能であって，地上に建設せざるを得ない。したがって，地域住民の反対意見を重視すれば，結局再エネ設備自体の建設が事実上不可能になり，脱原発などを内容とするエネルギー転換(Energiewende)が進まなくなってしまう。

第二に，発電設備本体の場合には，生産された電力が固定価格(これも後述のように変化してきているが詳細は後述する)で買い取られるため，発電設備の所有者は売電収入を得ること

---

[1] 経済産業省「長期エネルギー需給見通し」(2015年７月)７頁，http://www.meti.go.jp/press/2015/07/20150716004/20150716004_2.pdf。

[2] 日本の状況の一端につき，たとえば，髙橋寿一『再生可能エネルギーと国土利用』(勁草書房，2016年)第１章参照。

[3] ドイツにおいては，公共施設の建設や都市開発に際しては綿密かつ周到な公衆(住民・市民に限られない)参加手続が制度上設けられていて(たとえば，各種公共施設の計画確定手続や建設法典の建設管理計画など)，送電線についてもかかる公衆参加手続に則して地域住民や市民の意見を反映させる機会が用意されている。

ができる。送電線の場合には地域の上空を送電線が単に通過するだけであるが，発電所設備本体の場合には少なくとも上記の経済的利益が発電設備所有者に生じるのである。また，発電設備本体については，日常的な維持・点検業務や故障した場合の保守・修繕作業などが不可欠であって，一旦敷設してしまえば，保守・点検作業など手間がさほどかからない送電線の場合とは大きく異なる。

そこで，地域住民は，エネルギー転換を進めるためには発電設備本体を地上に設置せざるを得ないことを前提として，送電線の場合とは異なった対応を取ることを考えた。すなわち，発電設備に関する企画・建設・事業運営などの諸々の過程に住民・市民が何らかの形で参画することによって，発電設備自体と一定の積極的関係を持とうとする動向である。その端的な例が，地域住民自らが発電設備の建設・事業運営主体となることである。このような発電所をドイツでは「市民エネルギー発電所」(Bürgerenergieanlage. 以下，本稿では「市民発電所」という)と称している。市民発電所が設立されれば，日独の各地で生じている上記の命題の矛盾・対立は大きく緩和されることになろう。また，地域住民自らが発電設備の建設・運営主体とはならなくても，企画，建設ないし事業運営に何らかの形で関与することによって，発電設備から生まれる売電収入(の一部)を地域に何らかの形で還元することも考えられる。この手法によってもまた上記の命題間の矛盾・対立は緩和されることになろう。

本稿は，再エネ発電設備の中でもとくに陸上風力発電設備を素材として，本稿の表題にもある通り，〈風力発電設備本体の建設・運営に対して，地域住民や市民が何らかの仕方で関与することを通じて，再エネ設備の建設を促進し再エネの普及に繋げていく〉という政策的文脈が実践されているドイツについて，近年の動向を紹介・検討しようとするものである。

近年のドイツでは，連邦レヴェルでも州レヴェルにおいてもかかる文脈を実現するための法改正が行われている。以下では，(ｲ)連邦レヴェルの試みとして再生可能エネルギー法の2017年改正法(以下，「2017年法」と称する)を取り上げその内容を紹介・検討し(Ⅱ参照)，次に(ﾛ)州レヴェルの試みとして発電設備事業への住民・市民や市町村の参加について独自の州法を近年制定したメクレンブルク・フォアポンメルン州の試みについてその内容を紹介・検討していこう(Ⅲ参照)。

Ⅱ　2017年再生可能エネルギー法改正について

１．はじめに

再生可能エネルギー法は，2000年に制定された後2004年に改正され，再エネ生産が飛躍的に増加した。その後幾度か改正されたが，2017年法の主たる改正点の一つは，固定価格買取制度に入札制を導入した点である[4]。すなわち，固定価格買取制度に競争原理を導入すること

[4] 正確には2014年改正法で部分的に導入され始めたが，2017年改正で入札制度が適用される事業の範囲が大きく拡大された。

を通じて買取価格水準を引き下げ，国民負担の増加を抑制しようとするものであった[5]。

もっとも，入札制度を原則としつつも，一定の例外を設けている。例外の典型が市民発電所である。すなわち，2017年法は，入札制度において市民発電所を優遇する規定を置いた。具体的には，洋上風力発電を除いて，下記のように一定の定格出力以下の再エネ発電設備については入札手続を経ることなく従来通り買取請求の対象とした。

(ｲ)バイオマス発電設備―150kW以下

(ﾛ)太陽光発電設備―750kW以下

(ﾊ)洋上風力発電設備－すべて入札制

(ﾆ)陸上風力発電設備－750kW以下

これらの内，洋上風力発電設備については，その規模が大きく莫大な費用がかかり，かつ設置に高度な技術が要求されるので，市民が建設・運営の主体となることはない。それ故，例外なく入札制度が取られている。他方，それ以外の発電設備については，上記のように小規模な定格出力のものについては入札制度の対象から外されている。小規模な定格出力のもの(市民発電所が典型である)については，入札にかけることなく引き続き買取制度の適用を受けることができるようにするためである。これらの内，バイオマス発電設備，太陽光発電設備については，市民発電所のほとんどは上記の定格出力以下のものが多いと言われており，市民発電所は実際上は入札制度の適用を免れることになる。問題は陸上風力発電設備であって，この類型での市民発電所は，750kWを超えるものが珍しくない。そのため，陸上風力については市民発電所であっても入札制度が適用される場合が少なからずあり，大企業と同じ土俵の上で競争することが求められることになる。

しかし，2017年法は，陸上風力発電設備のみを対象として，市民発電所に関して特別規定を新設した(36g条)。以下では，改正理由書を素材として，ドイツにおいて市民発電所が重視されている理由について見ていこう。

２．市民発電所の優遇の趣旨

市民発電所を入札制度の対象から外す理由は，立法理由書[6]を中心に見てみよう。

第一に，ドイツにおいては今日すでに総発電電力量の30％近くが再エネ発電設備から供給されているが，再エネが短期間でここまで増加・拡大した原因の一つとして，「供給主体の多様性」(Akteursvielfalt)が挙げられている。すなわち，大企業のみならず，中小企業や協同

[5] 本改正法は，洋上風力発電の立地コントロールの点でも画期的な手法を導入している。その内容および特徴については，髙橋寿一「洋上風力発電設備の立地規制に関する新たな段階―ドイツ2017年法改正を中心として」『再生可能エネルギー導入に係る法的問題の検討―2012～2014年度 再生可能エネルギー導入に係る法的問題検討班 研究報告書―』(日本エネルギー法研究所，2017年10月)13-34頁を参照。

[6] BT-Drs.(Bundestag-Drucksache),18/8832,S. 154.

組合などの他，市民・農民が自ら発電事業を営んできたことが今日までの再エネの普及・促進に寄与してきたという認識が政府や議会レヴェルでも共有されている。ちなみに，下記の図を見てみよう。

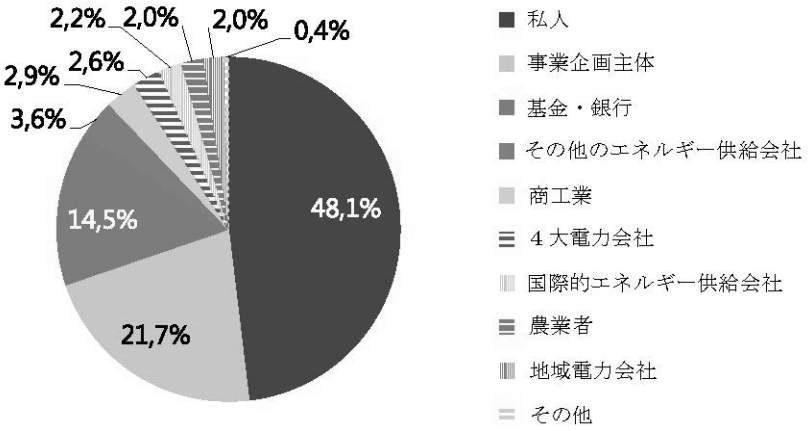


図1　陸上風力発電設備の所有者(2012年)

資料:Bundesverband Windenergie, Akteursstrukturen von Windenergieprojekten in Deutschland, 2015, S. 15.

本図によると，陸上風力発電設備の所有者の内，半数弱が個人の所有であり，事業企画主体(Projektierer)が21.7%，基金・銀行が14.5%，その他にエネルギー供給会社，商工業者，農業者，地域生産者などが続く。この内「個人」の中には，個人が一人で立ち上げたものも含まれているが，市民が共同で立ち上げた市民発電所も含まれている。そして，市民や農業者の陸上風力発電設備から供給される電力量は,陸上風力発電設備の総発電量の内,15%～20%を占めており，たとえ小規模であってもそれが無数に存在するため、結果的に無視しえない量の電力を供給しているのである[7]。

第二に，市民発電所は当該地域で受け入れられやすいという点である。風力発電設備の建設・運営主体が地域住民であるならば,「当該設備は自分達の設備」という意識を当然に持つのであって，見知らぬ企業が外からやってきて風力発電設備を建設する場合の地域住民の受け止め方は当然に異なってくるであろう。現に，筆者がドイツ・トリア市で実施したメガソーラー発電設備の立地事例調査においても，すでにこの点は確認されている[8]。

第三に，市民発電所は，地域での価値創出に繋がるという点である。価値創出によって意

[7] Fiedler, Malte, Die Umstellung von der staatlich festgelegten Vergütungshöhe auf das Ausschreibungsmodell, 2017, S. 12.
[8] 髙橋・前掲注(２)105頁以下参照。

図されている経済効果とは，ドイツの「エコロジー研究所」が2010年に公表した『再生可能エネルギーによる自治体の価値創出』という報告書[9]によれば，それは，①再生可能エネルギー事業者の利益，②その事業に関連して働く労働者の収入，③事業が立地する自治体の税収(営業税，所得税の自治体への還元分)，である。②については，単に当該事業所で雇用される者の労賃のみならず，発電設備の製造・保守・管理に伴って当該地域に生じる雇用効果や地元企業の受注増などが含まれる。また，これら以外にも，たとえば，事業用地の賃貸・売却による賃料収入や売却益収入(これらは賃貸人や売主にのみ帰属)，事業体が市民出資の協同組合組織のような場合には出資への配当金などを挙げることができよう。また，地域住民が積極的に発電設備の建設，運営，維持・管理などに関わるようになれば，地域住民間のコミュニケーションや連帯意識も醸成され，社会的観点からも望ましいものと思われる。これらを総じて，ドイツでは「地域における価値創出」と称している[10]。

それでは，市民発電所を優遇する規定はどのような内容ないし特徴を有するのであろうか。

３．内容

(1) 定義

2017年法は，市民発電所を「市民エネルギー会社」(Bürgerenergiegesellschaft)と称しており，下記の３つの要件すべてを満たすことを要件として掲げている(３条15号)。

(ｲ)少なくとも10人以上の自然人が，議決権を有する構成員(Mitgleider)または持分権者であること。

(ﾛ)少なくとも51％以上の議決権を自然人が有すること。なお，ここでの自然人は，入札申込の少なくとも１年以上前から，予定されている陸上風力設備が建設される郡または郡に属しない市(die kreisfreien Stadt)に，連邦登録法(Bundesmeldegesetz)21条または22条に従って主たる住所を登録した者でなければならない。

(ﾊ)当該会社において，10％を超える議決権を有する構成員または持分権者がいないこと。

すなわち，構成員ないし持分権者は自然人，法人のいずれでもよいものの，(α)各人の議決権は議決権総数の10％以下でなければならず，(β)主たる住所地が発電設備予定地のある

---

[9] Institut für Ökologische Wirtschaftsforschung(IÖW), Kommunale Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien, 2010, S. 28ff.

[10] ドイツ環境・自然保護連盟/ドイツ自然保護連盟の報告書『バーデン・ビュルテンベルグ州における風力発電の拡大』は，「価値創出」を本文のように広くとらえている。
Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland(Bund)/ Naturschutzbund Deutschland(NABU), Ausbau der Widenergie in Baden-Württemberg, 2013, S. 4ff.

地域内にある自然人の議決権だけで議決権総数の過半数を占めること，(γ)地域の内外を問わず，議決権を有する構成員または持分権者である自然人が10人以上いること，という定義からわかるように，当該設備建設予定地域に居住する自然人を中心とした組織であることが要求されていることが明らかである。しかも，(α)の定義から明らかなように，特定の者のみが影響力を行使できないように歯止めがかけられており，議決権(ひいては持分権)が地域住民の間に分散していることが要求されている。

このような市民エネルギー会社が，電力の買取制度の適用を受けようとすると，2017年法の下では前述したような一定規模を超える施設であれば通常の電力会社と同様に入札手続に参加して落札することが必要となるが，陸上風力発電設備に関しては，市民エネルギー会社について入札手続における特別規定が新設され，他の電力会社よりも有利な扱いがなされている。

(2) 陸上風力発電設備に関する特別規定

陸上風力発電設備の場合，上述の理由から，市民エネルギー会社に関して特別の入札手続が設けられている。その内容は下記の通りである。

第一に，通常の電力会社が入札手続に参加する場合には，事前に連邦イミッシオン防止法の許可を取得しておかなければならないが(36条１項１号)，市民エネルギー会社については，定格出力18MW以下かつ６基以下の場合には，連邦イミッシオン防止法の許可については，落札することが決まってから取得すれば足りる(36g条１項)。この規定が市民エネルギー会社にとって有する意義は大きい。連邦イミッシオン防止法の許可は，環境アセスを含む多様な観点からの評価を踏まえた上でなされるので，許可申請するためにかかる時間と費用は通常は膨大なものとなる。また，この許可を得て入札したとしても落札できるとは限らない。通常の電力会社はこの二つのリスク(事前費用負担リスクと落札失敗リスク)を取って入札するのであるが，市民エネルギー会社については，落札後に連邦イミッシオン防止法の許可を得ればよいため，これらのリスクが大幅に軽減される。この規定によって，市民エネルギー会社の入札手続への参入障壁は大きく取り払われたといえる。

第二に，他方で，市民エネルギー会社が容易に入札できるとすると，建設のための十分な人的経済的資力のない会社が入札してきたり，一つの市民エネルギー会社が同時に複数の場所で入札をしてくることが予想される[11]。そこで，このリスクを排除するために，下記の規定が用意された。

(ｲ)予定設備について予想される電力量(Stromertrag)に関して「一般的に承認された技術

[11] BT-Drs.,18/8832,S. 215.

基準」(die allgemein anerkannte Regeln)[12]に適合した鑑定意見を付していること。

(ﾛ)当該入札において，予定地に計画されている設備の数が明記されていること。

(ﾊ)自己説明書(Eigenerklärung)において下記の点が立証されていること

(α)入札申込みの時点で当該会社が市民エネルギー会社であること，

(β)当該入札申込みの前12か月以内に，会社，または議決権を行使しうる構成員が，自ら，または他の会社の議決権を有する社員として，他のプロジェクトで陸上風力発電設備に関する落札をしていないこと，

(γ)当該会社が，風力発電設備建設予定地の所有者であるか，または当該土地の所有者の同意を得ていること，

(ﾆ)担保を提供すること。具体的には，入札の際に１kW当り15ユーロで換算された供託金を支払い(第一次供託金)，落札された場合には連邦イミッシオン防止法の許可を得た後２か月以内に，１kW当り15ユーロで換算された供託金(第二次供託金)を支払う(36g条２項)。第二次供託金が支払われない場合には，落札は取り消される。

これらの規定はいずれも，計画の実現可能性に欠けたり入札手続を濫用する市民エネルギー会社の入札を回避するためのものである。なお，(ﾆ)については，一般の電力会社の場合には，陸上風力発電設備の場合，入札の際に１kW当り30ユーロで換算された供託金を一度に支払わなければならないので(36a条，31条)[13]，上述のように市民エネルギー会社の場合にのみ分割払いが認められている点は，市民エネルギー会社の初期投資のリスクを軽減させる意味を持つ。したがって，この規定も市民エネルギー会社を優遇する規定である。

第三に，落札は，立地地点として入札で示された郡内で有効である(36g条３項１文)。この点は，市民エネルギー会社以外の場合には，落札は，連邦イミッシオン防止法の許可手続において示された土地上でしか有効ではないこと(36f条１項)と比較すると，その差は明らかである。市民エネルギー会社の場合には，落札によって立地地点が決定されるわけではない。

第四に，落札しても計画が実行されない場合には落札が取り消されるのであるが，その期間が延長されている。すなわち，通常の場合には落札の公告後30か月以内に運転開始をしない場合には落札が取り消されるのであるが(36e条１項)，市民エネルギー会社の場合には，さらに24か月延長され，54か月以内に運転開始をしない場合には取り消されるにすぎない(36g条３項１文)。

第五に，市民エネルギー会社が落札した場合(落札は通常と同様に，より低額で入札した者から順番になされる)には，その後に連邦イミッシオン防止法の許可を得なければならないが，

---

[12] この基準については，「風力発電・その他の再エネ促進会社」(ＦＧW)の策定した「風力発電設備の技術指針」を満たし，かつ，鑑定意見がこの指針の適用について信任を付与された研究機関によって作成されていれば，満たされたものと推定される(36g条１項２文参照)。

[13] これは再エネ設備の種類によって異なる。太陽光発電設備の場合には１kWあたり50ユーロ(37a条)，バイオマスの場合には１kWあたり60ユーロである(39a条)。

連邦イミッシオン防止法では環境アセス手続などを実施するため，許可の時点で当初意図していた立地地点を変更せざるを得ない場合が出てくる。そこで，市民エネルギー会社の場合には，落札後に連邦イミッシオン防止法の許可が得られた場合には，許可後２か月以内に，連邦ネット庁に対して，今回の落札が連邦イミッシオン防止法の許可を得た風力発電設備についてなされたものであることの関連づけ(帰属関係)を申請しなければならない。連邦ネット庁は，次のすべての要件を満たす場合には，その関連づけを認めて，帰属決定(Zuordnungsentscheidung)を行う(36g条３項３文)。この帰属決定によって初めて落札は有効となり(36g条３項４文)，立地地点が具体的に決まるのである(36g条３項５文)。

(ｲ)連邦イミッシオン防止法の許可関係の書類(申請書の写し，許可証，許可官庁など)が添付されていること，

(ﾛ)入札申込書に記載された郡内に建設されること，

(ﾊ) 自己説明書(Eigenerklärung)において下記の点が立証されていること，

（α)関連づけ申請の時点で，当該会社が市民エネルギー会社であること，

（β)設備の建設予定地の市町村または当該市町村が100％資本参加した会社が，市民エネルギー会社に対して市民エネルギー会社の10％の割合の資本参加(eine finanzielle Beteiligung)をしていること，または当該市町村もしくは当該会社に対して，市民エネルギー会社が10％の割合の資本参加を提供していること，

(ﾆ)上記第二(ﾆ)で述べた第二次供託金が支払い済みであること。

当初の入札が連邦イミッシオン防止法で得られた許可を踏まえたものであることが連邦ネット庁に認定されるためには，このように入札の時と同様にいくつかの要件を満たすことが要求される。とりわけ，上記(ﾊ)（β)については，入札申込みの際にはなかった要件であって，落札が最終的に有効となるためには，市町村(またはその第三セクター)による市民エネルギー会社への資本参加も必要となる。その意味では，特別規定の適用を受ける市民エネルギー会社は，前述した構成員要件や土地利用権原要件などに加えて，市町村(またはその第三セクター)による資本参加要件も必要となる。

第六に，このような関連づけ(帰属関係)が連邦ネット庁によって認められれば，当該市民エネルギー会社の落札は有効となるのであるが，その最大のメリットは，落札価格(Zuschlagswert)の決定にある。一般の電力会社の入札手続の場合には，落札価格は，当該事業者が入札した額そのものである(３条51号)[14]。それに対して，市民エネルギー会社が落札した場合には，落札価格は市民エネルギー会社の提示した入札価格ではなく，当該入札手続に

[14] 落札価格は，当該入札において落札された基準価格である；基準価格は，本法で別段の定めがない限り，入札価格(Gebotswert)である(３条51号)。

おいてすべての落札者が提示した価格の中での最高額で決まる(36g条５項１文)[15]。すなわち，落札に成功した市民エネルギー会社が提示した入札価格が他の落札者のそれよりも低額な場合であっても，当該市民エネルギー会社の落札価格は落札者全体の提示価格の中の最高価格まで引き上げられるので，場合によっては買取価格が大幅に上昇することになる。これは，市民エネルギー会社にとっては非常に大きなメリットであろう。この規定によって，市民エネルギー会社は，落札が確実に見込まれる(低めの)価格で入札して，落札に成功すれば，最終的には落札価格が引き上げられ，それが買取価格となるのである[16]。

(3) 小括

市民エネルギー会社について新設された特別規定は，以上である。市民エネルギー会社にとっては有利な規定が多い。とりわけ，第一，第三，第四および第六に述べた点は，一般の発電事業者に比して市民エネルギー会社のメリットは大きい。換言すれば，このように大きなメリットが付与されるが故に，市民エネルギー会社が有効な落札決定を得られるまでには，上述してきたような厳格な要件が課されているということもできよう。ここまでの優遇措置が施された市民エネルギー会社が実際の入札手続でいかなる結果を挙げたかは，Ｖで後述する。

なお，市民エネルギー会社は，上記のメリットを享受する場合にのみ上記の要件を満たすことが要求されるのであって，上記のメリットを享受することを必要としない場合には，一般の電力会社と同様な入札手続で入札することもできる[17]。その意味では，上記の特別規定の適用は，市民エネルギー会社の選択に委ねられているといえる。

Ⅲ　メクレンブルク・フォアポンメルン州の新たな動向

１．はじめに

2017年法の入札制度の導入に際して重視された点は，前述のように，供給主体の多様性の確保とりわけ市民エネルギー会社にもエネルギー転換の重要な一翼を担わせるという点にあった。このような動きは，連邦のみならず州レヴェルにおいても確認される。その一つの例が，ドイツ北部のバルト海沿岸に位置するメクレンブルク・フォアポンメルン(Mecklenburg -

---

[15] なお，再エネの買取価格を入札手続で決定する場合，比較法的に見れば，落札価格は，必ずしも入札価格で決定される国々ばかりではなく，本文上述のように，落札者の提示した価格の最高額で決定される場合もある。後者を統一価格手続(Einheitspreisverfahren)と称する。たとえば，アメリカのカリフォルニア州では，市民エネルギー会社に限らずに，後者が原則とされている。両者の方式の比較検討については，さしあたり，次の文献を参照されたい。Klessmann, Corinna/Tiedemann,Silvana/Wigand, Fabian, et.al., Ausschreibungen für PV-Freiflächenanlagen, 2015, S.39ff.

[16] もっとも，市民エネルギー会社は採算を度外視した入札価格を設定できるわけではない。前述した通り，入札の際には専門家の鑑定書の提出が要件とされており，ここで入札価格の客観的妥当性がチェックされるからである。

[17] BT-Drs.18/8832, S.215.

Vorpommern)州(以下,「ＭＶ」と称する)である。本州では，2016年５月18日に「メクレンブルク・フォアポンメルンにおける風力発電設備団地への市民および市町村の参加に関する法律(市民・市町村参加法)」(Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg - Vorpommern(Bürger － und Gemeindenbeteiligungsgesetz－BüGembeteilG M-V))(以下,「ＢＧＢ法」と称する)が制定された。本法は，前述の連邦法である2017年法と時期を前後して制定されたため，立法管轄が本州と連邦経済・エネルギー省との間で問題となったが，本法が2017年法よりも施行日が早いため，本法は2017年法と併存し，後述するような関係となる。

以下，ＢＧＢ法を中心にその内容を紹介・検討していくが，風力発電設備への市民・市町村参加重視のＭＶ州政府の熱意は非常に強く，ＢＧＢ法制定と共に国土整備計画の要諦である州計画法(Landesplanungsgesetz)の改正をも同時に行っている。

２．制定の趣旨

本法の立法理由書[18]によると，本州の西側に隣接しているシュレスヴィッヒ・ホルシュタイン(Schleswig-Holstein)州では市民参加の下に風力発電設備が建設される場合が多く，北フリースランド(Nordfriesland)地方では，陸上風力発電設備のおよそ90％が市民風力発電所である。それに対して，ＭＶ州では市民参加型が少ないために，風力発電設備をより一層普及する上での障害となっている。すなわち，本州では風力発電設備を建設しようとしても市民の反対によって計画の実現が容易ではない。そこで，本法は，風力発電設備の建設・事業運営に市民や市町村を関与させることを通じて，事業によって影響を受ける市民や市町村の受容可能性を高めようとすることを目的としている。具体的には，事業によって新たに創出される価値の一部を市民や市町村に還元することを通じて，事業の受容可能性を高めようとするものである。

また，風力発電設備の建設・事業運営に市民や市町村を関与させることが，新たな就業場所を農村に確保し，このことがとりわけ人口減少地域において，所得の向上，生存配慮(Daseinsvorsorge)や平等な生活水準の形成へと寄与することになる。

後述するように，本法は，2017年法で導入された入札手続を修正するものではない。入札手続を経て落札した事業者に対して，ＢＧＢ法が適用されることになる。それ故，そもそも2017年法との抵触は実際には生じえず，両者は論理的には併存しうる関係にある(後述するⅣ１を参照)。

[18] LT-Drs.(Landtag Mecklenburg - Vorpommern, Drucksache), 6/4568, S. 1 und 23ff.

３．内容

(1) ＢＧＢ法

まずＢＧＢ法の内容を見ていこう。

(i) 事業者

本法が適用される事業者は，連邦イミッシオン防止法に基づく許可を受ける義務を負うすべての事業者である。したがって，全体の高さが50mを超える設備の事業者には原則として適用される(１条)。ただし，一定の例外がある。たとえば，洋上風力発電設備には適用されない(１条２項)。洋上風力発電設備にはそもそも市民参加は考えにくいからである。

また，会社は，有限会社など社員の責任が有限である形態をとらなければならない(３条２項)。実際に持分を購入した者が負う事業リスクを軽減するためである。

(ii) 事業者の通知・提供義務

事業者は，会社の持分の20%以上を後述の購入権者に対して提供しなければならない。すなわち，事業者は，連邦イミッシオン防止法に基づく許可を取得した後遅滞なく購入権者に対して書面で事業内容について通知する義務を負う(４条１項および３項)[19]。通知の内容は，事業の位置や名称，設備の概要，持分価格など詳細に渡り法律に定められている(７条２項)。その持分の提供は，設備の運転開始の２か月前から行うことができ，地域の日刊紙，事業者ホームページおよび地方計画組合ホームページ上などで公告される。また，事業者は，この公告後１か月以内に，地域での住民説明会を開催し，事業や参加に関する質問をする機会を購入権者に付与しなければならない(７条３項・５項)。

なお，持分価格は一口当たり500ユーロ(＝約６～７万円)を超えてはならない(６条８項)。

(iii) 購入権者

持分の購入権者は，自然人または市町村(ないしは市町村目的組合や市町村が社員となっている第三セクターなど)である。自然人については，建設予定地から５km以内に３か月以上居住している者に限られる。また，市町村は，当該設備のある市町村かそうでなくても建設予定地から５km以内にある市町村であれば購入権者となりうる。

購入権者が持分を引き受ける場合には，(ii)の住民説明会の後５か月以内に，購入口数を明記して書面で通知する(９条１項・２項)[20]。

(iv) 優先順位

事業者が提供した持分量を購入希望者が上回った場合には，提供された持分の半分までは購入希望の市町村や市町村目的組合などに優先的に配分され，残りの半分が自然人に配分される。

---

[19] 入札手続がなされる場合には，事業者は，落札後に本文の通知義務を負う(４条２項３文)。

[20] したがって，設備の運転開始前のみならず，運転開始後であっても持分権を取得することができることになる。

購入希望の自然人が多数いる場合には，まず各人に持分を１口ずつ配分し，残りを２口以上の購入を希望する自然人の間で配分する。決まらない場合には抽選によって決定する（９条４項）。

(v) 解放条項

上記の規定が適用されることによって，風力発電事業については，市町村や地域住民が会社持分の20％以上を所有することとなる。この「20％」という数値は，2017年法の市民エネルギー会社の要件である「議決権51％以上」と比較すると少ない印象を免れないが，ともあれ，風力発電会社の持分権の一定割合を取得することによって，市町村や地域住民が当該会社の運営に対して一定の関与をすることが可能となる。

ところが，本法は，「解放条項」と称して，下記の規定を設けた。

(ｲ)事業者は，上記の持分提供に代えて，市町村や地域住民に対して経済的関与(wirtschaftliche Teilhabe)を提供することができる。この経済的関与は，市町村に対しては調整金(Ausgleichsabgabe)の支払い，地域住民に対しては貯蓄商品(Sparprodukt)[21]の提供によって行われる(10条５項)。したがって，この「経済的関与」の手法による場合には，市町村や地域住民は風力発電会社の運営には直接関与することができなくなり，事業者からは経済的メリットのみを享受しうるに留まる。

(ﾛ)ただし，調整金については，市町村は，事業者による上記の提案を拒否することができる(10条６項３文)。すなわち，事業者の上記の提案については，市町村が同意しない限り事業者は市町村に対して持分を取得させなければならない。これに対して，貯蓄商品の提供については，地域住民の同意が要件とされていない(10条７項)。したがって，地域住民の関与の形態に関しては事業者が選択権を持っており，地域住民に持分を取得させるのを嫌う事業者は貯蓄商品を提供すれば足りることになる。

(ﾊ)調整金は，事業者から市町村に対してその年毎の発電量に応じて支払われる(その算定方法については11条で詳細に定められている)。貯蓄商品は，金融機関によって発行される当該発電事業に関する貯蓄債券である。地域住民は金融機関から購入し，一定の期間後に利子を付して償還される(その算定方法については12条で詳細に定められている)。なお，持分取得の場合には，事業がうまく行かなかったときには出資した金額を限度として取得者に損失が生じるが，調整金の場合には毎年の発電量に応じて支払われるし，貯蓄商品の場合にも発行主体が金融機関のため元本割れのリスクはない。したがって，経営リスクを負担しなくても済むという点では，調整金や貯蓄商品にも地域住民や市町村にとって一定のメリットはあるといえよう。

(ﾆ)事業者が地域住民に対して貯蓄商品の提供ではなく，持分取得の途を選択した場合でも，

[21] 貯蓄商品とは，券面額で購入すると一定の期間経過後に利息を付して償還される債券である。わが国でいえば，定期預金のイメージに近い商品であろうか。

事業者は，なおその他の経済的手法を地域住民に申し出ることができる。この代表例が，電気料金の割引である(10条１項)。この場合，持分取得かその他の経済的手法かの選択権は地域住民にあるので，事業者の上記申出にも拘らず，地域住民は持分取得を選ぶことができる。

(vi)ＢＧＢ法の特徴

上記がＢＧＢ法の内容である。

一口500ユーロは，以前トリア市の市民参加型のメガソーラー発電事業の事案を検討した際にも同額であったので[22]，ドイツでは平均的な額であろう。注意すべきは，下記の点である。

第一に，事業者と地域住民との関係である。この点では，地域住民や地方自治体による持分の引受けの上限が事業者の総持分の20%に限られていて，また，その限られた限度での持分引受けに関しても，地域住民による引き受けについては事業者の選択によって貯蓄商品の提供に代替されてしまう，という点が興味深い。さらには事業者が持分取得を選択した場合でも地域住民の意向次第では電気料金の引下げなどのその他の手段に代替されうる。これらの点から見ると，ＢＧＢ法の中心は，地域住民が事業自体に参加することよりも，むしろ事業から生み出される経済的利益(の一部)の分配に与らせるという点にあるように思われる。このことは，ＭＶ州における風力発電設備の普及における市民参加の機能を考える上で興味深い。

第二に，事業者と市町村との関係である。この点では，地域住民の場合と同様に，地方自治体による持分の引受けの上限は事業者の総持分の20%に限られてはいるものの，事業者の調整金への転換に際して同意しない途が確保されていて，同意しない場合には市町村によって持分取得がなされることになる。この点は，上記の地域住民の場合とは異なって，市町村が事業自体に関与していく可能性が制度上拓かれているということができよう。

第三に，事業者と市町村の間で，調整金の支払いが選択された場合でも，市町村に対して支払われた調整金の使途は本法で厳格に定められている。すなわち，市町村はこの調整金を風力発電設備に関する住民の受容可能性を向上させるために使用しなければならない。具体的には，たとえば下記の措置のために使用されることが定められている(11条４項)。

(ｲ)地区景観および地区と結合したインフラ価値の向上

(ﾛ)市町村または地域住民のエネルギー費用ないしエネルギー消費の適正化

(ﾊ)風力エネルギーおよびその生産に関する情報提供

(ﾆ)文化・教育・余暇に資する市町村の行事や施設への助成。ただし，その場合には当該助成が，風力エネルギー生産から得られた金銭であることが地域住民に認識可能な方法で行われること。

このように，調整金が選択された場合でも，その使途の主たる目的は，風力発電設備に関

[22] 髙橋・前掲注(２)108頁参照。

する地域住民の受容可能性を向上させることにある。上述した貯蓄商品と併せて考えれば，ＢＧＢ法の経済的関与は，風力発電設備から生み出される価値の一部を住民や地元自治体に還元することによって，地域住民と風力発電設備との心理的距離を縮小し，その建設を住民が受け容れやすくしていくための重要な手段となっていることがわかる。

(2) 州国土整備計画法の改正

(i) 原則(Grundsatz)の修正

ＢＧＢ法の上記の理念は，州の国土整備計画の要諦である州国土整備計画法においても明記されることになった。ＭＶ州の州計画法においては，２条において州国土整備計画を策定する際に考慮すべき原則が13項目掲げられている。その第７号には，(ｲ)土地を他の用途に用いたり建築行為を行う場合においては，本州の起源やアイデンティティーが維持されることに努め，侵害は回避または除去されるべきこと，また，(ﾛ)特徴的な地区景観が維持・保全されるべきこと，などが定められてきた。ところが，ＢＧＢ法を受けた今回の改正によって，下記の文言が第７号に付加された。

「風力エネルギーの拡大によって生じるメクレンブルクの，そしてフォアポンメルンの景観の変更およびそれに起因する国土整備上の利害衝突は，市民および市町村に対して経済的な参加可能性を確保することによって考慮される。」

この追加は従来の第７号の意味を大きく変えるものである。なぜならば，従来は，州固有のまたは地区固有の景観を維持・保全することや侵害が回避・除去されるべきことが強調されている条文であったが，今回の追加によって，風力発電設備の立地によって生じる景観侵害については，市民・市町村への経済的参加可能性の付与によって考慮される，すなわち調整・補填されることが明記されたからである[23]。すなわち，今回の文言の追加は，従来の原則に対して明文で例外を設けるものであって，ＭＶ州政府の風力発電設備の立地促進に対する強い意欲を読み取ることができる。

(ii) 広域発展計画の指定事項の追加

また，この州国土整備計画を受けて，地方(Region)毎に地方発展プログラム(regionale Raumentwicklungsprogramme)が策定されるが，そこでの地区指定の一つの種類である適性地区(Eignungsgebiete)については，「風力エネルギー設備のための適性地区を指定する際には，ＢＧＢ法で定める市民および市町村の経済的参加可能性が定められなければならない」という文言が追加された(州国土整備計画法４条９項３号)。

適性地区は，特定の土地利用を当該地区内に誘導するために使われる地区指定の一類型で

[23] 条文上は，「考慮される」という表現になっているが，立法理由書によると，「調整」(Ausgleich)という表現が使われている。この「調整」という用語は，ドイツ法では，プラスとマイナスを相殺してゼロにする，という趣旨で使われている。本改正法においても，景観侵害があっても，経済的参加可能性の付与によってその不利益が補填されるという意味であろう。Vgl., LT-Drs.,6/4568, S.25.

ある[24]。上記の追加文言は，適性地区を指定することで風力発電設備の建設を地区内に誘導する際に，ＢＧＢ法で定める市民・市町村の経済的参加可能性が同時に定められることを地方発展プログラムの策定主体に義務付ける規定であって，ＢＧＢ法の内容を地域発展計画レヴェルでも取り入れようとするものである。

（iii）特徴

以上のような州国土整備法改正の特徴は明白である。則地的な指定を伴う地方発展プログラムにおいては，適性地区内に風力発電設備の立地を誘導する際にＢＧＢ法上の市民・市町村の参加が同時に定められ，そして，このように定めることによって，設備設置に伴う景観侵害が補填される，という構造が州国土整備法上明確に定められたことである。州国土整備計画(地方発展プログラムも同じ)を作成する際には諸々の利害が衡量されながら，土地利用に関する一定の方向付けがなされていくのであるが，今回の改正によって，利益衡量の際の一定の枠付けが明示的に設けられたことになる。

また，その際の市民・市町村の経済的参加の内容は，前述したように，市町村と市民とでは差異があり，市民については持分取得(すなわち会社経営への参画)よりも貯蓄商品の提供という金銭給付に重点が置かれていた。

Ⅳ　2017年法とＢＧＢ法との関係

さて，時期をほぼ同じくして制定された連邦法としての2017年法と州法としてのＢＧＢ法の内容と特徴は上記の通りである。本稿を閉じるにあたって，両者がいかなる関係に立つのかを２つの観点から検討しておこう。

１．2017年法とＢＧＢ法との適用関係

(1) ⅡおよびⅢでの検討結果を整理すると，2017年法とＢＧＢ法との関係は下記のようになる。

(i)市民発電所ではない場合

(α)連邦イミッシオン防止法の許可→(β)2017年法(36条以下)に基づく入札手続→(γ)落札→(σ)ＢＧＢ法に基づく市民・市町村参加

この場合は通常の企業が風力発電設備の建設を行う場合である。この場合には，まずは連邦イミッシオン防止法の許可を取ることが入札手続に参加するための要件となる。したがって，この時点で具体的な立地地点はすでに決定しており，落札した場合には，当該立地地点でのみ風力発電設備を建設することになる。ＢＧＢ法はその時点以降適用され始める。したがって，建設に際しては，上述したところに従って，市民や市町村に対して各種の参加可能

[24] この点につき，髙橋・前掲注(２)193頁参照。

性を付与しなければならない。

(ii)市民発電所の場合

(α)2017年法(39g条)に基づく入札手続→(β)落札→(γ)連邦イミッシオン防止法の許可→(σ)ＢＧＢ法に基づく市民・市町村参加

これに対して，(ii)の場合には，2017年法における市民エネルギー会社の要件を満たす市民発電所であることが前提である。このような会社が入札手続に参加した場合には2017年法39g条が適用され，入札手続において一定の優遇措置を受ける。そして落札した場合は，その時点では具体的な立地地点は決まっておらず，その後の連邦イミッシオン防止法の許可手続を経た後で具体的な建設地点が決まり，連邦ネット庁によって帰属決定がなされる。そして，ＢＧＢ法の規定はその時点以降に適用されることになる。

(2) ところで，2017年法に基づいて市民エネルギー会社の要件を満たしている場合にはＢＧＢ法上の市民・市町村参加可能性はすでに提供されていると考えてよいであろうか。

2017年法に基づいて市民エネルギー会社の特徴をＢＧＢ法上で想定されている市民・市町村が参加した形態の風力発電会社の特徴と比較してみよう。

2017年法上の「市民エネルギー会社」として帰属決定を受けるために必要となる要件は，要約すれば，結局下記の通りである。

(ｲ)構成員要件(少なくとも10人以上の自然人が，議決権を有する構成員(Mitgleider)または持分権者であること)

(ﾛ)議決権要件(少なくとも51％以上の議決権を地域住民である自然人が有すること，また，10％を超える議決権が特定人に集中していないこと)

(ﾊ)併願の禁止(他のプロジェクトでの落札をしていないこと)

(ﾆ)土地権原要件(当該会社が，風力発電設備建設予定地の所有者であるか，または当該土地の所有者の同意を得ていること)

(ﾎ)資本参加要件(設備の建設予定地の市町村などが市民エネルギー会社の10％(以上)の割合で資本参加(eine finanzielle Beteiligung)をしていること)

2017年法の市民エネルギー会社が帰属決定を受けた時点で備えていなければならない特徴は上記の通りである。これを，ＢＧＢ法の市民・市町村参加型の風力エネルギー会社と比較してみると，市民が持分を取得した場合，それが10人以上になれば，上記(ｲ)の要件を満たす。また，上記(ﾆ)の要件についても事業者が通常は予め手当しておくであろう。さらに，(ﾎ)については，ＢＧＢ法上も市町村が調整金の受給ではなく持分取得を選択する権利を有しているので，この場合には，少なくとも20％の持分取得が可能であり，(ﾎ)の要件も満たされている。

したがって，2017年法にはあるがＢＧＢ法にはない要件は，上記の(ﾛ)と(ﾊ)ということになる。それ故，2017年法に基づく市民エネルギー会社であれば，実際上はＢＧＢ法上の要件

も通常は満たすことになるであろう[25] [26]。

２．2017年法とＢＧＢ法における「市民発電会社」の位相

上述したように，2017年法の市民エネルギー会社とＢＧＢ法上の市民・市町村参加型エネルギー会社とではその備えるべき要件に差異があった。その差異の中でとりわけ重要な点が，上記１(2)(ﾛ)の議決権要件である。2017年法の市民エネルギー会社では議決権の51％を自然人が有していることが必要であるのに対して，ＢＧＢ法上の市民・市町村参加型エネルギー会社ではその要件がない。この相違は，前者の場合には風力発電会社の経営面においても市民の意思に基づく決定がなされることが重視されていることを意味する。他方，後者の場合には，市民・市町村は20％以上の割合で持分を取得することができるに過ぎず，過半数の議決権を取得することまでは本法では保障されていない。後者の場合には，持分取得に代えて，市町村の場合には(市町村の同意があれば)調整金，市民の場合には貯蓄商品の取得で代替できる旨の制度設計がなされていることからすると，後者の市民・市町村参加の重点は，立法理由書が述べているように正に経済的参加であって，風力発電設備から生じる収益の一部を市民・市町村に還元することによって，風力発電設備建設への受容可能性を高めようとする点にあることは明らかであろう。したがって，後者の場合には，市民・市町村が風力発電設備の建設や運営面でイニシアティブを握れるようにすることは基本的には想定されていない。

このような両者の相違は，具体的にはどのような差異となって現れてくるであろうか。

第一に，ＢＧＢ法の場合には，市町村や市民は，調整金を受給したり，元本の保証された貯蓄商品を購入することで発電設備と関係を結ぶに過ぎない場合がある。この場合には，市町村・市民は持分取得の場合のような持分喪失の経営リスクを負わなくて済む。ただ待っていれば，金銭給付が受けられるのである。この点は，市町村や市民にとっては，リスクを取ることなく風力発電設備と経済的関係を結べることを意味し，市町村や市民にとっては大きな安心材料となろう。

第二に，他方で2017年法の市民エネルギー会社の場合には，市民は発電事業の経営面に大きな関心を抱かざるを得ない。発電事業がうまく行かなければ出資金の限度であってもそれを失うリスクを抱えており，それ故，発電事業によってより多くの利益を出すことにも相当な関心を置かざるを得ないからである。また，この場合には，市民は事業会社の持続可能性

---

[25] もっとも，地域住民の居住要件には双方に違いがあり(2017年法の場合，１年以上前から群(群に属しない市)への居住，ＢＧＢ法の場合，３か月以上建設場所から５km以内)，このような仔細な差異はいくつかある。

[26] ただし，ＢＧＢ法の適用前に市民エネルギー会社であった場合にも，ＢＧＢ法の規定が改めて適用され，新たに市民・市町村への20%以上の持分の提供が必要である，という解釈もありうる。この点は，条文を見る限りでは明らかではないが，そのような解釈による場合には，市民エネルギー会社の持分取得の機会がさらに市民や市町村に拡大することになる。

にも関心を抱かざるを得ず，会社がより長く存続することを望むであろう。さらには，当該発電事業が及ぼす地域への影響など地域全体の諸利害への目配りも行うことになろうかと思われる。

第三に，このように考えると，2017年法の場合には，経済的に見ても会社と(それに関わる)市民との距離がＢＧＢ法の会社の場合以上に近接しており，市民が「自分たちの発電会社」と感じる度合いは，ＢＧＢ法上の会社の場合よりもより強いものがあると考えられる。このことは，風力発電設備に関する市民の受容可能性という点でも差異を生み出すものと思われる。2017年法で想定する市民エネルギー会社の方が地域住民にとっての受容可能性は高いのではないか。そうだとすれば，市民の受容可能性の向上に最重点を置いていたＢＧＢ法においても，市民が事業に対して，より積極的に関われるような法構造を構成することがより望ましかったのかもしれない[27]。

第四に，しかしながら，第三の差異にも拘わらず，ＢＧＢ法の有する意義には看過しえない点がある。それは，一般の風力発電会社であってもあまねくＢＧＢ法は適用されるという点である。すなわち，2017年法の場合，市民エネルギー会社には入札の際の優遇措置がとられているが，非市民エネルギー会社については市民や市町村の持分取得などの優遇措置は一切ない。しかし，ＢＧＢ法においては，非市民エネルギー会社についても市民や市町村に対して優遇措置が提供されているので，ＭＶ州における風力発電設備は，実際上も2017年法の市民エネルギー会社またはＢＧＢ法の市民・市町村参加型エネルギー会社しか存在しえないということになる。この点は，一般の発電事業者が通常は数多く存在するドイツの他の州ではおよそ考えられないことであって，ここにＢＧＢ法の有する最大の意義があるものと考えてよい。それ故，一般の事業者からは，ＢＧＢ法は，ＭＶ州における風力発電設備の建設を阻害するものであるとして，憲法裁判所にＢＧＢ法の違憲性を問う訴訟が提起されている[28]。本法が有する意義は決して小さいものではないのである。

Ｖ　むすびにかえて

陸上風力発電設備の拡大とそれをめぐる住民・市民の対応に関する近年のドイツにおける動向の一端を紹介・分析してきた。連邦レヴェルでも州レヴェルでもその動きはめまぐるしくかつ刺激に満ちたものである。本稿で分析した2017年法もＭＶ州法も法施行後まださほど時間が経過していないので，法適用の実態を語ることは尚早である。

ただ，2017年法については，2017年の入札結果が連邦ネット庁のＨＰ上で公表されている。

---

[27] ＢＧＢ法においてあえて経済的参加にとどめた理由は，おそらくは隣州のシュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州に比べて市民発電所の経験が圧倒的に不足していた点にあったものと推測される。

[28] 2017年８月21日にＭＶ州エネルギー・インフラ・農村発展省(在Schwerin)で実施したFiesel氏からの情報提供による。

それによると，2017年に実施された３度の入札手続において，39g条に基づく市民エネルギー会社が落札した比率は，件数比で93.4％(185件/198件)，容量比で96.7％(2,727MW/2,821MW)となっている[29]。市民エネルギー会社の落札率が件数・容量とも極めて高く，驚くべき結果となっている。前述した通り，市民エネルギー会社は低価格で入札しても落札すればすべての落札者の中で提示された最高価格で買い取ってもらえることもあり，入札手続において市民エネルギー会社は有利な地位に立っているのであるが，ここまでの結果が出るとはドイツ政府も予想していなかったであろう。

またＢＧＢ法についても，その適用状況や違憲訴訟の結果などが知りたいところである。

これらの結果がある程度出揃った時点で，本稿で分析した法制度も含めた近時の動向をいかに評価するかについて改めて別の機会に論じたい。

[29] 2018年３月１日に日本エネルギー法研究所で開催された一橋大学・山下英俊准教授の報告ペーパーによる。なお，連邦ネット庁は，2017年５，８，11月にそれぞれ入札結果を公表している。Vgl. Bundesnetzagentur, Hintegrundpapier－Ergebnisse der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2017. なお，山下准教授は,本稿脱稿後,ドイツの近年の入札制度の動向について紹介・検討を行った論稿を発表された(山下英俊「再生可能エネルギーの市場化と地域貢献をめぐる課題」環境と公害48巻１号(2018年)30頁以下参照)。

第　２　章

自治体のバイオマス事業関与の諸論点
－宇都宮市バイオマス補助金事件をめぐって－

東京大学大学院教授

斎　藤　　誠

はじめに

本章では，自治体のバイオマス事業関与の論点・問題点につき，宇都宮市バイオマス補助金事件を中心に若干の考察を加える。現在日本では，民間主体で，バイオマスの大規模発電所も作られているが，バイオマスも含む，小規模の再生エネルギー事業については，自治体が経済的支援をし，あるいはより積極的に事業に関与することも行われている。

「地産地消型」の再生エネルギー事業や，従来あまり使われていなかった地域資源の，エネルギー利用以外の利用も含む「活用」に，地域の活性化等を目的として自治体が関与することには，もちろん積極面も大きい。しかし，自治体は必ずしも，再エネ・バイオマスの専門家やノウハウという人的資源を十分に持っているものではなく，支援や関与における審査の甘さから，自治体の施策としての失敗例も登場していることが，裁判例からうかがわれる。以下，そうした裁判例の検討を通じて，今後の自治体の再エネ・バイオマス事業関与の論点を提示したい。自治体の適切な財産管理や事務執行が，継続的な課題となっていることは，2017年の地方自治法改正からも見て取ることができる。そのことをまず確認しておきたい。

Ⅰ　自治体の財務管理・事務執行の問題点―2017年地方自治法改正から

2016年に出された，第31次地方制度調査会答申「人口減少社会に的確に対応する地方行政体制及びガバナンスのあり方に関する答申」（平成28年３月16日）は，自治体のガバナンスにつき，以下のような基本的立場を示した（第１　基本的な考え方　３ガバナンスのあり方）。「人口減少社会に的確に対応するため，資源が限られる中で，合意形成が困難な課題が増大するとともに，地方分権改革の進展に伴い，地方公共団体の責任領域や自己決定権が拡大していることを踏まえると，地方公共団体は，人口減少社会において合意形成が困難な課題について解決することが期待されている。

また，これらの状況に加え，地方公共団体の事務の複雑・多様化や行革の進展により，地方公共団体の行政サービス提供体制が変化していることもあり，住民の福祉の増進に努め，少の経費で大の効果を挙げるよう，地方公共団体の事務の適正性の確保の要請が高まる。

加えて，多様な行政サービスの提供形態があり得るが，それらが適切かどうかについてもチェックすることが必要になってくる。これらについては，人口規模の大小や地理的条件等に関わらず求められるものであり，それぞれの地域の実情に即して，地方公共団体の事務の適正性の確保の要請に応える仕組みを適切に確保することによって，地方公共団体が解決を期待されている人口減少社会において合意形成が困難な課題に，より集中して対応することができる。

人口減少が進み，資源が限られる中で，上述の要請に応えるためには，長，監査委員等，議会，住民が連携することなく，その役割に漏れや重複が生じてしまうことになってしまわないよう，役割分担の方向性を共有しながら，それぞれが有する強みを活かして事務の適正

性を確保することが重要である。

これらの適切な役割分担によるガバナンスは，地方公共団体に対する住民からの信頼を向上させ，人口減少社会に的確に対応することにも資するものである」。

その上で，自治体の「事務の適正性の確保」という点から，以下を具体的に提言した。

財務事務執行のリスク等に対応するための内部統制体制の整備，議員選出監査委員の設置についての選択制，議会による決算不認定の場合に長が説明責任を果たす仕組みの導入，住民訴訟については，長・職員の軽過失の場合の損害賠償責任追及のあり方の見直し，裁判所による違法・注意義務違反の確認の工夫と訴訟継続中の賠償請求権放棄禁止，及び判決確定後の放棄における監査委員等の意見聴取である。

そして，翌年の地方自治法改正においては，この答申を受けて（住民訴訟制度関連の改正事項については，「住民訴訟制度の見直しに関する懇談会」（総務省）での検討も経て），以下の法改正がなされた（平成二九年法律第五四号）。内部統制に関する方針と体制整備（150条），議員選出監査委員を置くかどうかの選択制（196条），監査基準の策定（198条の４），決算不認定の場合に長が講じた措置の報告と公表（233条７項），住民監査請求に係る権利放棄の場合の，監査委員の意見聴取（242条10項），軽過失の場合の長・職員の損害賠償責任の一部免責（243条の２）等である。

財務管理・事務執行の適切性確保については，一区切りとしての今回の立法化にいたるまで，繰り返し指摘・要請がなされてきた。前記31次答申の引用部分は，自治体とそれをとりまく環境の将来という観点からポジティブに課題を描いているが，自治体の現状との関係で課題をまずは捉えたものとして，先行した平成21年の29次地制調答申から，関連部分（同答申第２監査機能の充実・強化）を抜粋しておく。

「地方行政に対する住民の信頼を確保し，透明性のあるものとしていくためには，地方公共団体自らのチェック機能を高めていくことが重要であり，地方分権が推進されていく中，地方公共団体における監査機能の果たす役割はさらに増している。

一方，自律的な地域経営や財政状況の健全化が求められている中で，一部の地方公共団体において，不適正な財務処理が行われる等の問題が生じており，現行の監査委員制度や外部監査制度が十分に機能していないのではないかという指摘も見られる。

このような状況を踏まえ，地方公共団体における監査機能の一層の充実・強化を図るため，監査委員制度及び外部監査制度について，以下のような方向で見直しを行うことが必要と考えられる。

1　監査委員制度の充実・強化

監査委員制度については，これまでも独立性の強化や専門性の確保を図る観点から，識見を有する監査委員のうち当該地方公共団体の常勤職員であったいわゆるＯＢ委員の就任制限や，条例により識見委員の定数を増加することができるものとするなどの改正が行われてき

た。

地方公共団体の自主性・自律性が拡大する中で，住民の信頼の下に地方行政の適正な運営を確保していくためには，さらなる監査委員制度の充実・強化が必要となるものであり，監査委員の独立性の強化や監査の透明性の確保等について，さらに必要な改善を図るべきである。(以下略)」

今回の法改正のうち，内部統制規定の導入（150条）においては，事務の管理・執行につき，法令適合性・適正性確保のための方針と体制の整備を都道府県と政令市に義務付け，一般市・町村には，それを努力義務とした。

大まかに言えば，財務事項を中心に，事業の立案・実施について，プリミティブなものも含め，どのようなリスクがあるのかを洗い出し，リスクにどう対処するのか方針を決め，組織的な体制を整備することが求められている。いうまでもなく，アメリカの法制を範にとって，民間企業を対象に内部統制整備が義務づけられてからすでに久しいので，そちらでの実績や評価も比較検証すべきであろう。

Ⅱ　バイオマス・再エネに関する自治体紛争事例

次に，バイオマス・再エネに関する自治体紛争事例若干を取り上げる。自治体関係判例の専門誌である「判例地方自治」誌の判例見出しにも，バイオマスという言葉が，このところ散見される。裁判例が，氷山の一角なのか，特異な病理現象なのかは，もちろん実証的かつ包括的な研究が必要ではあるが，それは他日の課題として，ここでは，Ⅳで取り上げる宇都宮市の事例以外の事例をとりあげる。

１．太陽光発電設備請負契約住民訴訟（吹田市）ー大阪地判平29・５・19判例地方自治428号42頁　［解説同誌429号［佐伯彰洋・近藤卓也］］

この事案は，太陽光発電にかかるものではあるが，上記Ⅰでみた，自治体の財務執行の問題が，端的に示されているので最初に掲げる。

地球温暖化防止にかかる国の補助金が出て，市が基金を創設し，いくつかの民間事業を助成したが，見込みほどの申請がなく，基金により事業を実施する期限である年度の年度末に残金が出た。そこで市は，市自身の庁舎に太陽光パネルを設置する事業を基金の対象事業として計画し，年度末は繁忙期であることもあって，競争入札をしている時間的な余裕もないというので，入札によらず随意契約，つまり相対の契約で業者と市の本庁舎の太陽光パネルによる発電施設を付ける請負契約を2,250万円で結んだ。住民が，この進行が拙速であり，業者の選定も不透明だとして住民訴訟を提起し，地方自治法には，随意契約を締結できる場合が規定されており，緊急性等一定の要件を満たさなければならないが，大阪地裁の判決では，以下のように，条件を満たさないとして，違法であると判断されている。もっとも，当該違

法は，請負契約の無効までをもたらすものではないとして，請求自体は棄却されている（一部却下）。

「［地方自治］法234条１項は，「売買，賃借，請負その他の契約は，一般競争入札，指名競争入札，随意契約又はせり売りの方法により締結するものとする」とし，同条２項は，「前項の指名競争入札，随意契約又はせり売りは，政令で定める場合に該当するときに限り，これによることができる。」としているが，これは，普通地方公共団体の締結する契約については，機会均等の理念に最も適合して公正であり，かつ，価格の有利性を確保し得るという観点から，一般競争入札の方法によるべきことを原則とし，それ以外の方法を例外的なものと位置付けているものと解することができる。そして，そのような例外的な方法の一つである随意契約によるときは，手続が簡略で経費の負担も少なく，相応の資力，信用，技術，経験を有する相手方を選定することができる反面，契約の相手方が固定化し，契約の締結が情実に左右されるなど公正を妨げる事態が生ずるおそれのあることから，施行令167条の２第１項は前記の法の趣旨を受けて同項に掲げる一定の場合に限定して随意契約の方法による契約の締結を許容することとしたものと解することができる。

このような法令の趣旨に鑑みると，同項５号の規定する「緊急の必要により競争入札に付することができないとき」とは，天災地変等の予見不可能な非常緊急の事態が発生したことにより競争入札に付するいとまがない場合であって，競争入札に付するときは契約の目的を達成することができないときをいうものと解すべきであり，これに該当するか否かは，普通地方公共団体の契約担当者が，契約の公正及び価格の有利性を図ることを目的として普通地方公共団体の契約締結の方法に制限を加えている法令の趣旨を勘案し，個々の具体的な契約ごとに，当該契約の種類，内容，性質，目的等諸般の事情を考慮して，その合理的な裁量に基づいて判断すべきものである（最高裁昭和62年３月20日第二小法廷判決・最高裁判所民事判例集41巻２号189頁参照）。

平成25年３月に定められた吹田市随意契約ガイドラインが「緊急の必要により競争入札に付することができないとき」とは，災害その他の予見不可能な非常の事態が発生し，かつ，競争入札によると時機を失し，契約の目的を達成することができなくなるときと定め（甲９），大阪府随意契約ガイドラインも，「緊急の必要により競争入札に付することができないとき」に該当する場合は，天災地変その他の客観的理由の急迫を要する場合であって公告の期間等を短縮してもなお競争入札に付するいとまがないようなときであり，競争入札に付していては契約の目的を達成できない場合である旨を定めている（甲24）のも上記と同様の理解に立つものであると解される。

（イ）これを本件についてみると，…（中略）…Ａ市長は，本件基金を利用した事業の実施期限が平成24年３月末であり競争入札により本件工事を実施すると上記の実施期限内に本件工事を完了することができず本件基金に生じていた残金を国庫に返還しなければならなくな

るとの理由から施行令167条の２第１項５号の「緊急の必要のため競争入札によることができないとき」に該当するとして随意契約の方法により本件請負契約を締結したことが認められる。上記のような理由が，天災地変等の予見不可能な非常緊急の事態が発生したことにより競争入札に付するいとまがない場合に当たらないことは明らかである。

そうすると，Ａ市長が上記の理由から随意契約の方法により本件請負契約を締結したことは，その裁量権の範囲を逸脱し，又はこれを濫用したものというべきであり，本件請負契約の締結につき随意契約の方法を選択したことは違法であるというほかない。」

２．竹バイオマス補助金住民訴訟（熊本県御船町）熊本地判平成26年10月27日

（判例地方自治398号13頁。この判決を素材とした論考として，宇佐見方宏他編著『行政規制がわかる企業法務担当者のための行政法ガイド』第４編第２章［田島紘一郎執筆］があり，判例解説として，楠井嘉行＝福岡智彦・判例地方自治402号４頁がある）。

この事案では，御船町が国の農水省による補助金（バイオマス利活用交付金）を利用すべく，バイオマスタウン構想という計画を立てた。具体的には，民間会社（判決では「本件会社」，以下Ａという）を事業実施主体とし，例えば竹資源を活用したマテリアル（床材とか，竹綿など）を生産し，またバイオマスボイラーで竹を燃やすエネルギー変換事業を行う。当初の補助金交付申請額は，５億2,000万円余であり，概算支払いで２億円がＡに交付された（判決にいう「本件支出１」）。

補助金以外の事業実施財源にあてるための，金融機関からのＡへの融資についての交渉が不調に終わるという過程を経て，Ａから，用地取得等に時間を要するなど，収支予算額に変動が生じたなどの理由で減額申請がなされ，補助金額は２億9,000万円余に減額決定がなされた。Ａに対する別途の個人（Ｍ）からの融資もなされないなか，町は，Ａの請求により減額補助金額の残額9,279万円余の補助金交付を，Ａに対して行った（判決にいう「本件支出２」）。結果的には，事業は実施されず，町は補助金全額を国に納付し，Ａから町には，補助金の返還はなされなかった。

補助金の国への返還により町が被った損害につき，町に対し，町長（判決では，Ｙ１町長）への損害賠償請求の義務付けを求める住民訴訟が提起された。熊本地裁は，本件支出１については，支出の時点で町長のした調査・検討に不合理な点はなかったとして，補助金交付の違法性を否定したが，支出２については，以下の説示（①が判断基準，②がその具体的あてはめ，いずれも一部を抜粋）により違法とし，原告の請求を一部認容した。

＜判旨＞

①（判断基準について。裁判所の判断（２）ウ（カ）から）

「本件事業は総額約22億円を超える事業であり，その半分を金融機関からの融資により調

達する予定となっていた。したがって，補助金以外の自己資金を調達できなければ，本件事業の実施は事実上不可能であったということができる。そうすると，融資を受けられないことが確実な状況下で本件補助金を支出することは，実施不可能な事業への補助金の支出に他ならず，このような支出が本件補助金支出の趣旨に反する行為であることは明らかである。したがって，Ｙ１町長は，自己資金の調達の見込みについて調査・検討を尽くす必要があり，これをせずに本件補助金を支出することは，裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法な支出に該当すると評価すべきである」。

②（上記基準の当てはめから）「上記（２）ウ（カ）で指摘した判断基準により，本件支出２が，裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法な補助金の支出であったか否かを検討する。

イ　この点，本件支出２の時点では，Ａは政府系の金融機関である日本政策金融公庫から融資を拒絶された上，その直後に肥後銀行からも融資を拒絶されたことが認められる。そして，本件事業における資金の調達額が極めて大きいことに加え，特に政府系の金融機関である日本政策金融公庫からの融資が拒絶されたことで，他の金融機関から融資を受けることは極めて難しい状況となったということができる。実際に，Ａが，日本政策金融公庫及び肥後銀行から融資を拒絶された後，他の金融機関から融資を受けるための交渉をしていたという事情は窺われない。

このような状況下においては，本件事業に必要な約10億円に上る自己資金を確実に調達できる融資元をＡが確保できない以上，融資を受けられないことが確実な状況に至ったといわざるを得ないし，Ｙ１町長としても，本件支出２をするに当たって，そのような状況に至ったことを踏まえて，自己資金の調達の見込みにつきより慎重かつ十分な調査・検討を尽くす義務を負っているというべきである。

ウ　そこで，Ｙ１町長のした自己資金の調達に関する調査・検討についてみると，Ｙ１町長は，Ｙ６やＹ７といった金融機関以外の個人から融資を受けられる見込みであることから，本件支出２の時点においても，なお，自己資金調達の見込みがあると判断したと主張し，上記判断の根拠として，被告担当者を通じてＹ６と宮崎市で協議をし，さらに，同人から融資を確約する旨の確約書（甲22，23）を得るなどしていたことを挙げるものと解される。しかしながら，上記の融資元は，銀行のように資金力に問題のない金融機関ではない以上，その多額に上る融資金を融通するだけの資金の裏付けがあるかなどについて慎重かつ綿密に調査する必要があった。しかるに，上記融資確約書は融資金額の記載もなければ，融資実行日も同確約書作成日のわずか２日後に設定されるなどその信用性に疑問を抱かざるを得ない内容であるにもかかわらず，Ｙ１町長は，上記の融資確約書を得る以外にＹ６らの資産調査等はしておらず（甲24，被告本人），Ｙ３及び被告職員らの証人尋問の結果やその他本件の全証拠を見ても，融資元であるＹ６やＹ７の財産状況，融資に係る資金の調達手段等の情報が明らかになっているとは言い難い。このような事情やＹ６らからの融資の確約は本件支出２までの間に少な

くとも２回破られていることを併せ考えると，Ｙ６やＹ７といった人物から本件事業の開始，継続に必要な自己資金の融資を受ける可能性があったとは到底考えられず，本件支出２の時点においては，本件会社は本件事業に必要な資金の融資を受けられないことが確実な状況に至ったといわざるを得ない。また，Ｙ１町長がなした自己資金調達についての上記の調査・検討は，本件支出２が9,000万円を超える多額の支出であるということに比して，極めて軽率な対応であったと評価せざるを得ない。

したがって，Ｙ１町長は，他の金融機関等から融資を受けることが極めて困難な状況であったにもかかわらず，さしたる調査もせずにＹ６らから融資を受けることができると軽信して本件支出２をしたものといわざるを得ず，このような支出は，社会通念上著しく妥当性を欠いた行為であり，裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法な行為に該当するというべきである。

エ　これに対し，被告は，実際に補助金が交付されることによって融資を受けることができる可能性がある旨主張するが，上記ウ説示のとおりそもそもＹ６らが多額の融資をする意思及び必要な資金の調達手段を有していたか否かに強い疑問がある上，本件支出１により２億円もの補助金が交付されたにもかかわらず，日本政策金融公庫や肥後銀行から融資を拒絶されていることを考慮すると，本件支出２により融資を受けられる可能性が高まると考えることは合理的であるとはいえない。

既に本件支出１がされている以上，本件支出２をしなければ本件事業の実施が中止され本件支出１が無意味な「死に金」になってしまうということはあり得るが，融資を受けることが困難である以上，上記のように本件支出２をしたとしても本件事業の実施はもはや不可能な状況であって，本件支出１のみならず本件支出２までもが無意味な「死に金」になってしまうことに照らせば，このことをもって本件支出２が必要，適正な支出であったと評価することもできない」。

以上２件の事案は，一方は，都市部での庁舎への太陽光発電導入，他方は農村部におけるバイオマス事業と，それぞれの再エネ事業としての性格は異なるにせよ，国からの補助金を原資とする再エネ事業につき，審査・実施体制の問題点が露頭した点では共通である（なお，前掲田島論考218頁以下によれば，広島県庄原市においても，国の補助金交付を受けた木質バイオマス事業につき，実施会社の事業停止，破産という事態に至り，既に住民訴訟も提起されているとのことである）。

Ⅲ　バイオマス事業とその支援策の概観

バイオマスは，bio(生物)とmass(量)からの合成語で，現在では，再生可能な生物資源という意味で用いられることが多い。バイオマスの利活用のうち，木材などのバイオマスを利用した発電は，発電時点でみれば，CO_2が発生するものの，当該木材が植物として生長してい

る間にＣＯ2を吸収していることから，長期的にみれば，ＣＯ2増加に寄与しないカーボンニュートラルなものであると，一般に捉えられている。

日本におけるバイオマス利活用の支援策の沿革から特記事項を略記すれば以下が挙げられよう。

・2002年６月25日の閣議決定「経済財政運営と構造改革に関する基本方針2002」（いわゆる「骨太の方針」）。[農林水産省，環境省及び関係府省が協力し，バイオマスの利用促進に計画的に取り組むことを含む]。

・同年7月30日，農林水産省，環境省，文部科学省，経済産業省及び国土交通省が，「バイオマス・ニッポン総合戦略」の骨子を取りまとめ。①地球温暖化防止，②循環型社会の形成，③農林漁業，農山漁村の再活性化，④競争力ある戦略的産業の育成，を目的に，バイオマスの総合的な利活用を図ることとされた。

・同年12月27日「バイオマス・ニッポン総合戦略」が閣議決定。

・2008年５月「農林漁業有機物資源のバイオ燃料の原材料としての利用の促進に関する法律」（農林漁業バイオ燃料法）が公布，同年10月施行。[バイオ燃料の利用促進につき，国が基本方針を策定。「生産製造連携事業」（農林漁業者とバイオ燃料製造業者の共同プロジェクト）の計画等を国が認定し，支援措置を講じる]。

・2009年バイオマス活用推進基本法の制定　[国及び自治体による計画策定，バイオマス活用推進会議設置などを規定]

（以上につき，国立環境研究所ＨＰ（バイオマス発電―環境技術解説http://tenbou.nies.go.jp/science/description/detail.php?id=2を参照）。

そして，現在の国の支援策は，上記バイオマス活用推進基本法のもとで，各省横断的な連絡調整が図られており，「バイオマス産業都市関係府省連絡会議」（内閣府，総務省，文部科学省，農林水産省，経済産業省，国土交通省，環境省）がとりまとめた「関係省庁によるバイオマスの利活用に関する支援策」（平成30年２月）（www.maff.go.jp/j/shokusan/biomass/attach/pdf/index-55.pdf）には，国の平成29年度補正予算及び30年度の支援策として，「計画策定・調査設計」「施設整備」等５つの類型で，計33の（各省庁縦割りではあるが）施策が紹介されている。

一例を挙げれば，「地域の特性を活かしたエネルギー地産地消促進事業費補助金」事業（経産省・資源エネルギー庁所管）では，支援内容の１つとして「再生可能エネルギー熱事業者支援」として，「熱利用設備（木質含むバイオマス熱，バイオマス燃料製造，太陽熱，地中熱，温度差エネルギー，雪氷熱）の導入」支援があり，「固定価格買取制度」（ＦＩＴ）において設備認定を受けないものが対象になっている（他の支援策においても，ＦＩＴによる売電を行う事業は対象外となっているものがある）。

このような支援が今後どのような成果を挙げられるか，そしてまた現状の支援策の仕組み

が適切かにつき考えるには，先に２例を見た，受けとめ手としての自治体側の不適切事例（病理現象）をやはり検証する必要がある。

Ⅳ　宇都宮市バイオマス事件

そこで次に，宇都宮市バイオマス事件を取り上げる。この事件については，２つの訴訟が提起されている。（１）栃木県対宇都宮市の訴訟と，（２）栃木県に対して，県民が提起した住民訴訟である。

（１）県対市の訴訟（第１事件）

宇都宮地判平27年３月４日判例地方自治413号28頁，（控訴審）東京高判平27年７月15日同号23頁。［解説］山村・同誌421号23頁，伴＝山口・同誌415号４頁，なお上告不受理で確定。

（２）県に対する住民訴訟（第２事件）

宇都宮地判平28年３月23日同誌413号35頁，（控訴審）東京高判平29年１月26日同誌431号24頁

＜事案の概要＞

１．宇都宮市が事業者に補助金助成をして実施しようとしたバイオマス事業は，生ごみ系の資源を肥料にする事業がメインであり，御船町の構想とは異なって，発電などの再エネ事業ではない。しかし，バイオマス事業に関する事件としては，大きなものなので取り上げる。

２．栃木県は，農林水産省系の補助金である「バイオマスの環づくり交付金」２億6,000万円余の交付を受け，県は，生ごみを高速で堆肥化する事業をバイオマス利活用計画として立案した宇都宮市に同額を交付，さらにそれが，市が選定した事業実施主体であるＡ社に交付された。交付金の性質は，順に，国庫補助金－県補助金－市補助金となる。訴訟で主要な争点になったのは，国，県それぞれの補助金について，Ａ社による事業実施が不可能になった場合に，返還を求める根拠があるのか否かということである。

３．平成18年６月５日，Ａ社は，バイオマスの環づくり事業にかかる堆肥化施設（判決は，「本件不動産」とする。）に担保権を設定するため，市に対し，バイオマスの環づくり事業を行うに当たって本件不動産を担保に供して融資を受けることが判明したため関係書類を添付する旨の市補助金交付決定変更の承認を求める申請をし，市は，同日，県に対し，同趣旨の県補助金交付決定変更の承認を求める申請をし，県は，同月６日，国に対し，同趣旨の国庫補助金交付決定変更の承認を求める申請をした。

上記各申請に対し，国は，同月８日，県に対し，変更を承認し，県は，同日，市に対し，変更を承認し，市は，同日，Ａ社に対し，変更を承認した。それを受けて，平成18年８月10日，本件不動産に根抵当権が設定された。

４．Ａ社は，平成18年８月に堆肥化施設の稼働を開始したものの，平成20年10月にその操業を停止した。次いで，平成21年12月25日，本件不動産に対する担保不動産競売の申立てがされて，平成22年１月20日，同開始決定がされた。

本件不動産の担保不動産競売は，各団体の補助金給付にかかる財産処分にあたることから，平成23年５月12日，Ａ社は，市に対し，市規則20条に基づく財産処分の承認の申請をし，市は，同月13日，県に対し，県規則24条に基づく財産処分の承認の申請をした。県は，同日，国に対し，法22条に基づく財産処分の承認の申請をした。

上記各申請に対し，国は，県に対し，同月17日，国庫補助金相当額の納付を条件として財産処分を承認した。県は，市に対し，同月18日，県補助金相当額の納付を条件として財産処分を承認した（判決は，「本件承認」とする）。市は，Ａ社に対し，市補助金相当額の納付を条件として財産処分を承認した。

同年９月29日，上記担保不動産競売の手続により本件不動産が売却された。

５．県は，平成24年２月１日，市に対し，県補助金相当額１億9,659万956円を同月15日までに返納するよう求めたが，市は，上記金員を返納しなかった。また，Ａ社も，市補助金相当額を被告に返納していない。

他方で，国は，平成24年１月27日，県に対し，国庫補助金相当額１億9,659万956円の返還を求め，県は，これに応じて，同額の金員を平成25年２月15日に国に返納した。

以上のように，国の補助金を原資に，自治体が計画を立て，選定した事業者によるバイオマス事業が破綻したという点では，御船町の事案と大枠は共通であるが，国と事業者との間に，県，市という二層の自治体が関与したことで紛争の形態としては複雑になる。

事業がうまくいかなくなって，国，県，市，Ａ社の間で，当然ながら協議はなされたが，法的には，上記のように，各段階で，補助金にかかる承認手続によって処理が進められている。

その４者の協議の中で，県に対しては，国はまず，国庫補助金を返還せよということで，しかも承認という手続きによれ，というのが農水省側の立場である。これにしたがって，１億9,600万円余が県から国に返納がなされた。県の立場からすると，Ａ社が填補すべきものであり，なおかつ市も県に返納すべきという立論になるが，市の方では協議の経緯等もあったため，拒否をした。Ａ社にも資力はないから，県としては，このままだと，県財政に穴が空き，単独で負担する根拠がないものであったとすれば，違法な支出であるとして，住民訴訟の対象にもなる。

そこで県は，市に対する補助金返還請求訴訟を起こした。日本において，国・自治体の間，ないし自治体相互間の金銭的な争いが，訴訟になることは珍しい（他の近例としては，県費負担教職員の体罰による国家賠償責任の求償にかかる県・市の求償をめぐる紛争についての，最判平成21年10月23日最高裁判所民事判例集63巻８号1,849頁がある）。

＜関係諸規定＞

裁判所の判断の紹介・検討に進む前に，関係諸規定につき判決が整理するところを掲げておく。

１．まず，県への国からの国庫補助金であるが，「補助金等に係る予算の執行の適正化に関す

る法律」（判決は，「法」とする。）が規律している。

「ア　定義

補助金等とは，国が国以外の者に対して交付する補助金，負担金（国際条約に基づく分担金を除く。），利子補給金及びその他相当の反対給付を受けない給付金であって政令で定めるものをいい（法２条１項），補助事業等とは，補助金等の交付の対象となる事務又は事業をいい（同条２項），補助事業者等とは，補助事業等を行う者をいう（同条３項）。

間接補助金等とは，国以外の者が相当の反対給付を受けないで交付する給付金で，補助金等を直接又は間接にその財源の全部又は一部とし，かつ，当該補助金等の交付の目的に従って交付するもの等をいい（同条４項），間接補助事業等とは，間接補助金等の交付の対象となる事務又は事業をいい（同条５項），間接補助事業者等とは，間接補助事業等を行う者をいう（同条６項）。

イ　決定の取消し

各省各庁の長は，補助事業者等が，補助金等の他の用途への使用をし，その他補助事業等に関して補助金等の交付の決定の内容又はこれに付した条件その他法令又はこれに基づく各省各庁の長の処分に違反したときは，補助金等の交付の決定の全部又は一部を取り消すことができる（法17条１項）。

ウ　財産の処分の制限

補助事業者等は，補助事業等により取得し，又は効用の増加した政令で定める財産を，各省各庁の長の承認を受けないで，補助金等の交付の目的に反して使用し，譲渡し，交換し，貸し付け，又は担保に供してはならない（法22条本文）。」

２．次に，県から市への補助金については，「栃木県補助金等交付規則（判決は，「県規則」とする。）が規律している。

・定義については，「補助金等」（県規則２条１項），「補助事業等」「補助事業者等」（同条２項），「間接補助金等」（同条３項），「間接補助事業等」「間接補助事業者等」（同条４項）につき，それぞれ，上記国の規定に準拠した規定になっている。

・補助金等の交付の決定については，「知事は，補助金等の交付の申請があったときは，当該申請に係る書類の審査及び必要に応じて行う現地調査等により，当該申請に係る補助金等を交付すべきものと認めたときは，すみやかに補助金等の交付の決定をする（県規則５条）」。

・「決定の取消し等」（県規則17条１項），「財産処分の制限」についても補助事業者等は，補助事業等により取得し，又は効用の増加した不動産及びその従物等を，知事の承認を受けないで，補助金等の交付の目的に反して使用し，譲渡し，交換し，貸し付け又は担保に供してはならない（県規則24条）。

３．市からＡ社への補助金については，「宇都宮市補助金等交付規則（判決は，「市規則」とす

る。）が規律する。

「ア　定義

補助金等とは，市が交付する補助金，利子補給金，事業共催の場合の負担金その他市長が指定する相当の反対給付を受けない給付金をいい（市規則２条（１）），補助事業等とは，補助金等の交付の対象となる事務又は事業をいい（同条（２）），補助事業者とは，補助事業等を行う者をいう（同条（３））。

イ　交付の決定

市長は，補助金等の交付の申請があったときは，法令，予算等に照らしてその内容を審査し，必要に応じて行う現地調査等により，補助金等を交付すべきものと認めるときは，補助金等の交付の決定をする（市規則４条１項）。

ウ　交付の条件

市長は，補助金等の交付の決定をする場合において，補助金等の交付の目的を達成するため，補助事業等の内容の変更又は補助事業等に要する経費の配分の変更をする場合においては，市長の承認を受けるという条件を付するものとする（市規則５条１項）。

エ　交付の決定の取消し

市長は，補助事業者が補助金等の交付の決定の内容又はこれに付した条件に違反したと認めるときは，補助金等の交付の決定の全部又は一部を取り消すことができる（市規則16条１項）。

オ　財産の処分の制限等

補助事業者は，補助事業等により取得し，又は効用の増加した不動産及びその従物等を，市長の承認を受けないで，補助金等の交付の目的に反して使用し，譲渡し，交換し，貸し付け，又は担保に供してはならない（市規則20条１項）。」

＜裁判所の判断（第１事件１審）＞

１．まず，財産処分の制限に関する上記県規則24条が，Ａ社の担保権設定行為等に適用ないし類推適用されるか，という争点について，県規則上，市の補助金は，「間接補助金等」，Ａ社は，「補助事業者等」に該当するとした上で，以下のように説示している。

「県規則24条は，補助事業者等が補助事業等により取得等した財産の処分について制限を課す規定であり，間接補助事業者等が間接補助事業等により取得等した財産の処分について直接に規律するものではない。また，県規則においては，補助金等は原告が主体となって交付するものであり，間接補助金等は国及び原告以外の者が主体となって交付するものであるから，補助金等と間接補助金等は，上位，下位の関係にある用語ではなく，それぞれ独立した概念を規定する用語である。したがって，補助金等の交付を受ける主体である補助事業者等と間接補助金等の交付を受ける主体である間接補助事業者等についても，それぞれ独立した概念を規定する用語である。そうすると，県規則は，間接補助事業者等

が間接補助事業等により取得等した財産の処分について制限を課すか否かについては直接に規律しておらず，むしろ，補助事業者等が間接補助金等の交付に当たってどのように規律するかに委ねているものと考えられる。

したがって，県規則24条は，間接補助事業者等であるＡ社には適用されない上，類推適用もされない」。

２．次いで，競売開始決定にあたっての，県の市に対する財産処分の承認に際して，①市が県補助金を返還することが附款とされていたか，あるいは，②返還の合意があったか，という争点については，１．における県規則24条がＡ社に適用ないし類推適用されることはない，という判断を確認の上，以下の説示により，①②ともに認められないとした。

（①について）

「…本件不動産が担保不動産競売手続において売却されることが，そもそも県規則24条が想定するような財産の処分に当たるか否かは措くとしても，原告がこれについて被告に対して承認をするべき根拠を県規則24条に求めることはできない。

（イ）また，平成17年10月14日の県補助金の交付決定には，これに先立つ同年７月29日の国庫補助金の交付決定に付されていた「間接交付事業者が間接交付事業により取得し，又は効用の増加した財産を交付事業者の承認を得て処分したことにより，収入のあったときは，当該収入の全部又は一部を交付事業者に納付させることがあること。」との条件が付されていない。

この点，原告は，上記条件は公知のものであり，被告においては，以前，原告に対して財産処分承認申請手続を行い，補助金を返還したこともあるのであるから，当該承認を得て財産を処分した場合は補助金相当額の返還が義務付けられることについて認識していた旨主張する。しかし，上記条件が公知のものであったと認めるに足りる証拠はない上，以前，被告が財産処分の承認の申請をした上で補助金相当額を返還したという事案については，間接補助事業者等が実際に補助金相当額を被告に返還した事例（…略…）と伺われることから，本件とは事案を異にする。よって，原告の上記主張には理由がない。

（ウ）以上によれば，本件承認は，これを要するものと解すべき法令上の根拠がなく，むしろ，後述のとおり，被告が原告に対して形式上財産処分の承認を申請したことに対応してされたものにすぎないのであるから，法律上の根拠に基づいて法律関係を形成・消滅させる行政行為には当たらない。したがって，本件承認に附款として付された県補助金相当額の返還を条件とする部分についても，その効力を認めることはできない。」

（②について）

「原告が主張するような合意が原被告間にあったかについて検討すると，本件承認に先立って被告が原告にした財産処分の承認の申請において，被告はＡ社に対して一般債権者として弁済を求めていく旨の方針を明示しているのに対し，原告は県補助金相当額の納付

を条件として財産処分の承認をしており，双方の意思表示の内容が一致していない。また，これに先立つ平成23年３月29日の原被告間の打ち合わせにおいて，被告は県補助金相当額を肩代わりする意思のないことを明示している上，同年４月22日の打ち合わせにおいても，県補助金相当額の納付を条件として財産処分の承認をする旨合意されていたと認めることもできない。この点，証人Ｅは，同日の打ち合わせまでに，Ａ社に返還能力がない場合には原告又は被告が自己負担で国庫補助金相当額を返還するものだという話も出ていた（…略…）と述べるが，同年３月29日の打ち合わせにおいて被告には県補助金相当額を肩代わりする意思がなく，しかもそのことを明示していたのであるから，当該供述は採用できない。そうすると，原告と被告との間に本件承認に際して県補助金を返納するとの合意があったということはできない。」

＜第１事件第２審判決＞

第２審たる東京高等裁判所も，１県規則の適用関係，２返還にかかる①附款ないし②合意の有無につき，以下の説示を付加した上で，１審の判断を維持した。

１（県規則24条の適用関係）

「法も，補助事業者等による補助金の他の用途への流用等の場合の補助金交付決定の取消しと，間接補助事業者等によるそれとを別個に定め（17条１項，２項），また，補助事業者等に対してのみ，状況報告の義務を課し（12条），補助事業等の遂行等の命令ができる（13条）などとして，両者を明確に区別している。

さらに，控訴人が提出する証拠（…略…）によっても，法22条の財産処分の制限は補助事業者等に対する規制であって，間接補助事業者等は対象となっておらず，補助目的の達成上，間接補助事業者等に対する財産処分の制限をする必要があるときは，補助事業者等の間接補助金の交付決定等において，間接補助事業等により取得した財産の処分について補助事業者等の承認を受けるべき旨の間接補助条件を付す必要があるとされている（なお，本件でも，国は，控訴人に対し，そのような条件及びそれに反した場合の交付金の全部又は一部返還をさせることがあるとの条件を，交付事業者たる控訴人と，間接補助事業者たる被控訴人との間に付すよう求めている。…略…）。

したがって，間接補助事業者等による財産処分に，県規則24条が適用ないし類推適用されるとは認められ（ない）」。

２.①（附款の有無について）

「県規則24条は，控訴人が被控訴人に対し，Ａ社による財産処分の承認をする根拠となるものではない。また，県補助金交付決定には，前記（１）のような間接補助条件は付されていない。

したがって，控訴人が被控訴人に対してした本件不動産の財産処分の承認は，法令上の根拠がなく，行政行為であるとは認められない。」

「市補助金交付取消決定はその要件を具備する有効なものであり，被控訴人は，Ａ社に対し，市補助金相当額及び加算金の返還を請求できるのであるから，このことを根拠に財産処分承認申請を形式的なものであるとした原判決の判断は相当である。」

２．②（合意の有無について）

「被控訴人の控訴人に対する財産処分承認申請書には，破産等の手続においてＡ社に対して配当要求を行い，その配当額をもって返納するという記載があるが，前記のとおり，本件承認において県補助金相当額の返還の条件はなく，附款もないのであるから，上記記載が全く意味のない余事記載というのであればもちろん合意が成立する余地はなく，これを返還の申出と見ても，このような返済時期はおろか返済額すら定まっていない（０である可能性もある。）記載をもって，県補助金相当額の返還の合意があったと認めることはできない。」

＜若干のコメント＞

県の方が第１事件１審２審ともに敗訴となり，市に対して交付金の取り戻しを請求できないことになった。裁判所は，法律と各交付規則の条文の文言とその差異に着目し，その文理解釈で判断をしている面が大きい。「栃木県補助金等交付規則」によれば，栃木県と市の関係では，規則の定義によれば，市が補助事業者になり，Ａ社は間接補助事業者になる。県から市に補助金が出され，市の方からは，それをそのまま原資とするにせよ，市の補助金がＡ社に出されるため，県規則上は間接補助事業である。そうすると，補助金を出すときの条件，あるいは補助対象事業の変更についての承認は，規則上は主語が補助事業者等であり，間接補助事業者ではない。

Ａ社が施設を担保に供し，あるいはその担保権が実行されることについて，この栃木県規則の24条は適用されず，県の規則では，Ａ社の行為を直接に制約，掣肘するルールはないことになる。Ａ社の行為を対象に，市に補助金の返還を求める権利がないとされた。

形式的と言えば形式的であるが，積極評価することも可能である。なぜなら，条文からあまりかけ離れた解釈を採って，返還請求権を導き出すことには，法治主義の観点からすると問題が大きいからである。

返還にかかる附款ないし合意があったと法的に評価できるかどうかについても，事実認定をふまえて，否定する判断がなされている。ここでも，Ａ社の担保権設定とその実行にかかる県の承認手続に法的根拠がないことが判断の基礎になっている。

結果的には，１億9,000万円余を県が国に，自らの持ち出しで払ったということになるため，県当局は何故そういうことをしたのかということで，今度は県民から住民訴訟が提起された。ここでは，国による国庫補助金の返還義務が県にあるかどうかが争点であり，法の解釈問題としては，下記補助金適正化法22条本文の承認が，Ａ社の財産処分及び担保権の実行につき必要かどうかが問われた。

「補助事業者等は，補助事業等により取得し，又は効用の増加した政令で定める財産を，各省各庁の長の承認を受けないで，補助金等の交付の目的に反して使用し，譲渡し，交換し，貸し付け，又は担保に供してはならない」。

適法違法の判断のレベルでは，以下のように，１審２審ともに県の主張が斥けられている。その上で，１審は知事の過失を肯定，２審は否定と判断がわかれた。

＜第２事件１審説示から＞

（Ａ社の財産処分への法22条の適用）

「法22条は，補助事業者等が補助事業等により取得等した財産の処分について制限を課す規定であり，間接補助事業者等が間接補助事業等により取得等した財産の処分について直接に規律するものではない。また，法においては，補助金等は国が主体となって交付するものであり，間接補助金等は国以外の者が主体となって交付するものであるから，補助金等と間接補助金等は，上位，下位の関係にある用語ではなく，それぞれ独立した概念を規定する用語である。したがって，補助金等の交付を受ける主体である補助事業者等と間接補助金等の交付を受ける主体である間接補助事業者等についても，それぞれ独立した概念を規定する用語である。そうすると，法は，間接補助事業者等が間接補助事業等により取得等した財産の処分について制限を課すか否かについては直接に規律しておらず，むしろ，補助事業者等が間接補助金等を交付するに当たってどのように規律するかにこれを委ねているものと考えられる。

したがって，法22条は，間接補助事業者等がする財産の処分には適用されない。」

「間接補助事業者等であるＡ社がする財産の処分について法22条は適用されないのであるから，本件承認は法22条に基づくものとはいえない」。

（担保権実行の際の法22条の承認の必要性について）

「法22条は，補助事業等により取得し，又は効用の増加した財産を，補助金等の交付の目的に反して『担保に供』する場合は各省各庁の長の承認を受けることを求めている。文理解釈上，『担保に供』するとは，担保権を設定することを意味するというべきである。

また，同条は，補助事業者等が主体となって行う財産の処分を制限することにより補助目的の完全な達成を図ろうとするものであって，担保権者が主体となって行う行為である担保権の実行についてはその枠外にあるし，実質的にも，担保権実行のリスクは，担保権設定の際に既に織り込まれているというべきである」。

「本件承認は，既に根抵当権が設定された本件不動産について担保不動産競売手続が開始されたことを受け，担保権の実行により本件不動産の所有権が移転することについて法22条に基づいてしたとされている。しかし，アで述べたとおり，担保権の実行は，法22条の『担保に供』する場合に含まれない。

なお，本件において，県は，平成18年６月６日，本件不動産に担保権を設定するため，国に対し，国庫補助金交付決定変更の承認を求める申請をし，国は，同月８日，県に対し，当該変

更を承認している。したがって，国は，前記変更を承認した時点で，本件不動産にかかる担保権実行のリスクを承認しているというべきである」。

「担保権実行の際に法22条は適用されないのであるから，本件承認は法22条に基づくものとはいえない」。

（県による返還の法的根拠について）

「以上によれば，本件承認は，これを要するものと解すべき法令上の根拠がないから，法律上の根拠に基づいて法律関係を形成・消滅させる行政行為には当たらないし，本件承認に附款として付された国庫補助金の返還を条件とする部分についても，その効力を認めることはできない。

そうすると，国庫補助金相当額の返還については，そもそも法令に基づく支出原因が存在しない（地方自治法232条の２）こととなるのであるから，国庫補助金相当額の返還は当然に違法である」。

＜若干のコメント＞

法22条の解釈については，第１事件における県規則に関する解釈とほぼ同様，いわば入れ子構造になっており，国がＡ社による行為につき，直接に承認という形で関与できるのかというと，法も先ほど見た栃木県規則とほぼ同じ形の規定であり，国から見てもＡ社は間接補助事業者になるため，そもそも22条の財産の処分の制限の対象にならないという判断である。

国の出した補助金を原資として，間接補助事業者が行うことの適切さをどう確保するかについては，裁判所は，上記の説示では，それは国が直接に関与するのではなく，補助事業者である県や市の方で，交付や承認にあたり条件を付けるという法律上の仕組みであるとの趣旨を示している。法律が，補助事業者と，間接補助事業者を分けていることを起点に，そのようなスキームであるという一貫した解釈をしている。

担保権の実行については，間接補助事業者・補助事業者の区分以前の問題として，そもそも担保権の実行というのは，担保権者が行うことであるから，22条は適用にならず，しかも，担保権をつける際に，担保が実行されるというリスクも考えて承認しているはずであるから，担保権の実行の時に承認手続きを使うことは予定していないという判断を示している。県の立論及び農水省の従来の実務解釈は斥けられた。県規則・市規則についても文言と構造からすると，同じ帰結になる。

県の側は，この点に関する解釈も含め，国の側の要求に従わざるを得なかったとして，県知事の過失が無かった旨の主張をしたが，これも第１審は斥けている。第２審は，それを覆し原告の請求を棄却した。同判決は，県が，市から，Ａ社は補助金流用や他目的使用をしていないのに，Ａ社に返還義務があるのか等の疑問を提起されたにもかかわらず，県・市の返還義務について，県が再度の検討をせず，国の指示を当然の前提として返還を進めたと「評価されても

仕方が無い」としたものの，知事に過失はなかったとした。そこには,補助金をめぐる従来の国・県関係がよく表れているので，過失を否定した部分の説示を以下に掲げる。

（第２事件第２審の説示から）

「法22条に基づく財産処分の承認は，補助金の交付行政庁である各省各庁の長の判断に基づき行われる行政行為であり，農林水産省では，農林水産関係補助事業等について定める承認基準３条２項において，本件のように補助事業を中止する場合は，改めて財産処分の承認手続を要するものとして国庫納付を承認条件とし，これまでも農林水産省所管の間接補助事業における財産処分において同様の手続により行われてきた事実が認められることからすると，間接補助事業について法22条に基づく財産処分の承認手続が行われること自体は異例なものであったとは認められない。また，競売による売却にあたり法22条を適用することの可否については，明確な判例，学説はなく，農林水産省食料産業局長の平成25年６月６日衆議院総務委員会における答弁（乙19）にみられるように，農林水産省は，担保権者が担保権実行によって処分をする場合であっても，補助金で作った施設については，きっかけにかかわらず処分を伴うものについては法22条に基づく申請が必要であるとの認識であったと認められる。

そして，前記認定のとおり，関東農政局は，県に対し，再三にわたり，法17条の交付決定の取消しと法18条による補助金返還命令は返還額が多額になり，他の交付金事業にも影響があるなどと説明して，法22条による財産処分の承認申請をするよう迫ったこと，県農政部長が関東農政局長に対しＥの法的清算を見据えて納入告知書発布の延期願いを提出して猶予を求めたものの，関東農政局はこれに応ずることなく，国庫補助金相当額金の納付命令と納入告知書を発するに至ったこと，県は事前に顧問弁護士から国に納付をしない場合には法律違反を犯すことになるため市の返納に関わらず補助事業者の責務として返納しなければならない旨の助言を得た上で農村振興課長は国庫補助金相当額金の納付に至ったこと等の経過に鑑みれば，県の予算執行職員であった農村振興課長が，関東農政局の納付命令を拒否することは事実上困難であったと認められ，間接補助事業等であっても，また，担保権実行によって財産処分がされる場合であっても，法22条が適用されると認識し，補助金の返納に応じたことに無理からぬ面があることは否定できない」。

「本件承認及びこれに基づく国庫補助金相当額の返還は，法22条に基づくものとはいえず違法なものであったと認められるが，農林水産省所管の事業において，間接補助事業者に対する法22条の適用は異例なものではなく，担保権実行に係る法22条の適用については明確な判例や学説がなく農林水産省としては適用があるとの認識を有しており，予算執行職員であった農村振興課長が関東農政局による国庫補助金相当額の納付命令を拒否することは事実上困難であったと認められることなどの事情によれば，本件において，本件予算執行職員である農村振興課長を指揮監督すべき知事に過失があったということはできない」。

なお，上告がなされたが，最決平成29年６月27日は，上告不受理・上告棄却とした。

むすびにかえて－総括的コメント

過失の有無の判断によって，住民訴訟では県側は勝訴したものの，県の国に対する返還が違法であり，また県は市には返還を請求できないことが，２事件を通じての裁判所の判断である。今度は，県が，国に対して返還した補助金につき，不当利得返還請求を求めるという第３事件が既に提起されている（伴＝山口前掲11頁）。

ここまでのプロセスと各判決とを通じて，概括的なコメントを付すと以下の通りである。

訴訟にいたる前に，バイオマス事業が立ち行かなくなってから，国，県，市，Ａ社間で，種々の協議はなされている。国は国として，先の第２事件の過失にかかる説示にあるように，従来の実務解釈を盾に取る立場を主張する。分権改革後も，国の補助金に依存する面を中心に，県や市の事実上の立場は弱いから，国の法22条解釈に従ってしまったことが裁判所の事実認定で表れている。県の場合，特に，市との協議の中で，市から，Ａ社は他目的に補助金を使用したわけではなく，それぞれが全額返すのはおかしいということを指摘されたことに対し，国の解釈以外の，特段の説得をしているようにはうかがえない。

国側の法22条・17条の解釈運用も，問題ではあるが（もっとも，第１事件第２事件ともに，最高裁のこの点に関する解釈は示されていないから，この点について，今後両事件の裁判体とは，異なる解釈が示される可能性はある），農水省側に対して，県が非常に受け身で対応していることも，分権改革後の自治体の法政策としては，問題が大きい。

そして，事前の視点での法政策という面では，県や市が補助金交付するときに，リスク評価を的確に行うとともに，事業が立ち行かない場合に備えて，最低限，返還についての条件を付けておくべきである。

最後に，今後の自治体の再エネ事業支援について，御船町の事案も含め，過去の例を鏡にするとすれば，自治体には，（人的・物的リソースという点も含め）様々な規模の自治体があるのだから，再エネ事業に，あまり専門的知見・知識がない場合には，事業の現状，技術や事業者の評価等につき，情報共有をし，あるいは連携して取り組むなど工夫が不可欠である。連携のネットワークを作っていくという行動が，（国に対する補助金改革要求をなすためにも）必要になってくるのではないかと考えられる。

第一次分権改革から20年，今回取り上げた事件には，国から補助金が出るのだからこうしなければ，とか，出るのだからこれでいい，という，「住民にとっての再エネ事業支援の意義」とは遠いところに自治体実務の指向がとどまっていることが表れており，その問題性を強調せざるを得ない。

第　３　章

太陽光発電施設をめぐる地方自治体の条例対応
条例による調和の模索

東海大学准教授

内　藤　　悟

はじめに　問題の所在[1]

「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法」（平成23年法律230号，以下「再エネ特措法」という。）は2012年７月施行され，固定価格買取制度（以下「ＦＩＴ」という。）の下で，経済産業大臣の認可を受けた発電設備[2]の再生可能エネルギー[3]（以下「再エネ」という。）による発電量は，国においては第５次エネルギー基本計画で「主力電源化」が明記されるまで増大している[4]。これに対して地方自治体では，従前から地球温暖化対策として独自の再エネ利用推進策や直営発電所設置等を行い，根拠となる条例制定や行政計画策定は現在まで継続している[5]。しかし，一部の地域では，特に太陽光発電施設の周辺環境への影響から発電事業者と住民の紛争が生じており，関係する地方自治体においては，再エネ特措法施行前後の再エネ推進から一転して抑制を考慮した対応がなされるようになった。これらは，近時の自治体行政実務であり実態について整理，検討が十分になされていない。本稿では，太陽光発電施設の整備に係る条例対応について，地域空間管理の観点から現時点での現状と課題を検討する。

Ⅰ　ＦＩＴにおける太陽光発電の現状

資源エネルギー庁公表値[6]によれば，ＦＩＴ開始以来の経済産業大臣の認定及び認定事業者による実際の発電導入状況は，2017年９月末現在で認定分が電力9,248.2万kW，件数1,850,438件に対して，導入分が電力3,906.8万kW，件数1,604,783件である。このうち10kW以上の非住宅用太陽光発電は，件数はともに約30％程度であるが，電力では認定分の72％（6,634.8万kW），導入分の81％（3,173.2万kW）を占める。これまでのＦＩＴは，非住宅用太陽光発電に極めて偏っていること，さらに認定後の未導入分を考慮すると，国内全体では今後も相当量の太陽光発電の導入が想定されることが示されている。

---

[1] 本稿は，2016年１月22日に日本エネルギー法研究所で開催された再生可能エネルギーに関する法的問題検討班における拙報告の内容について，近時の条例制定状況を踏まえて一部を修正したものである。

[2] 当初は再生可能エネルギー発電設備を用いた発電を経済産業大臣が認定（旧６条２項），平成28年改正では，発電設備ごとに申請者が作成する再生可能エネルギー発電事業計画を経済産業大臣が認定（９条３項）。

[3] 太陽光，風力，水力，地熱，バイオマスが「再生可能エネルギー源」（再エネ特措法２条４項１号～５号）。

[4] http://www.enecho.meti.go.jp/category/others/basic_plan/pdf/180703.pdf。

[5] ＦＩＴ導入直後の自治体の条例対応について，拙稿「地方自治体の再生可能エネルギー政策 ： 条例制定を中心にして」　都市問題第106巻第５号（2015年）56-63頁参照。

[6] 資源エネルギー庁「固定価格買取制度情報公表用ウェブサイト」，
https://www.fit-portal.go.jp/PublicInfoSummary，2017年９月末時点が最新。

Ⅱ　地域空間における太陽光発電施設の実態

１．地方自治体が把握する再エネ施設をめぐる紛争

近時の全国の地方自治体に対するアンケート[7]では,「再生可能エネルギーの設置，運営をめぐるトラブルの発生」について「現在発生」を把握する市町村は，2012年40団体から2017年154団体に増加しており，新聞報道等における紛争報道の増大を裏付ける。このうち具体的内容（複数回答）は,「景観」(52.5%),「光害」(35.3%),「騒音」(30.7%),「土砂災害」(26.1%),「住環境の悪化」(25.4%),「低周波振動」(20.4%),「敷地内雑草の管理」(18.9%）と続く。

２．地域における太陽光発電施設の問題点

地方自治体が認識する太陽光発電等による紛争要因は，国，当該地域の住民においてもほぼ同様に認識されているが[8]，これには太陽光発電施設の周辺環境への負荷に関わる実体面と，周辺住民に対する情報公開及び手続面の問題点が併存している。

実体面では概ね次の５点があげられる。第一に，森林伐採である。ＦＩＴ初期には，工業団地内の空地，廃止施設の跡地（例として採石場，廃棄物最終処分場，ゴルフ場，滑走路，塩田等)，過去の開発計画が中断した未利用の雑種地等が施設用地として利用されてきたが，次第に住民の居住地周辺の里山と見做される林地の開発行為を伴う計画となり，パネル設置のため樹木が皆伐される。反対する住民は，森林生態系，動植物種への影響，里山環境の破壊を理由として樹林の保護を求めることになる。森林法における林地開発許可（10条の２)，保安林指定解除（26条１項，26条の２第１項）の対象となり，その処分の内容が問題となる。

第二に，土地造成である。パネルの架台設置の平場の確保，工事用・管理用道路敷設のため事業地の切土・盛土，皆伐後の抜根等の開発行為が必要となる。これらの工事中，工事後も一定規模の裸地が生じることから，荒天時の土砂の流出による公共用水域の水質汚濁（濁度，浮遊物)，事業地の下流部の河川，海域での利水（水道水源，沿岸漁業等）や観光（遊漁，ダイビング）への影響[9]，また，事業地の下流部に宅地等が存在する場合，新たな土地造成が土砂災害の原因となることが想定される。自然公園法，宅地造成等規制法，砂防法，土砂災害防止法等に基づく規制対象となり,その地域指定と処分が問題となる。

---

[7] 山下英俊ほか「地域における再生可能エネルギー利用の実態と課題 ： 第２回全国市区町村アンケートおよび都道府県アンケートの結果から」一橋経済学１１巻２号(2018年) 49-95頁，アンケートは2017年５月～７月実施，回答数，市区町村1383，都道府県47。本アンケートでは，再エネの種類ごとの区別はされていない。

[8] 国では環境省によるものとして,「太陽光発電事業の環境保全対策に関する自治体取組事例集」(2018年６月修正版）５頁参照。また，紛争地域の住民が，ウェブサイト・SNS等において対象となる施設計画への反対理由を掲示している例においても概ね共通した理由が示されている。

[9] 2018年３月28日，いとう漁協（伊東市）の組合員，ダイビング業者が，漁業行使権，環境権などに基づき伊東市八幡地区の森林に太陽光発電施設設置を進める合同会社に対して，建設差止めを求める仮処分を静岡地裁沼津支部に申立てた（2018年３月29日朝日新聞静岡版)。

第三に，太陽光パネル単体の問題である。太陽光パネルはＦＩＴの特定契約の期間20年間以上の維持管理（Ｏ＆Ｍ）が必要となるが，近年の気候変動等による洪水・土砂災害・強風等によりパネルが崩壊する事故が発生するなど，土地造成と相まってパネル自体が災害要因となる[10]。また，住環境への影響として，パネルの反射光熱により周辺住環境に被害が生じ訴訟案件[11]となっている。このほか，架台下部の雑草繁茂，併設されるパワーコンディショナーの騒音・振動等については既存の公害法制では対応されず，一部の地方自治体では認識される問題となっている。

第四に，使用済設備の問題である。既存の循環法制を前提としてパネル，架台等の廃棄，リサイクルについて既にガイドライン[12]は示されているが，特定契約終了時までの発電事業者の事業状況，施設撤去の実施，跡地整備等についての住民の懸念に対応するものではない。

第五に，景観への影響であり，上記のとおり地方自治体では最も認識され工事時から発電終了時まで関わる問題である。これには，従来の景観法の枠組み（景観計画，景観条例を含む）における，施設周辺の緑地景観の整備，パネルの高さ・色彩等についての規制内容の問題と，発電施設と周辺の観光地・景勝地・史跡や別荘地等との位置関係による景観への影響による発電施設の立地自体の問題がある[13]。

以上の規制の実体面に加えて，紛争地の住民が問題とする点が，事業計画に係る情報公開及び合意形成等に関わる手続面の問題である。再エネ特措法は平成28年改正においても，説明会開催，事業計画の公表等，また，住民との合意形成，紛争解決に特段の規定は導入されなかった。これらは産廃施設をはじめとするＮＩＭＢＹ問題に共通する問題点でもある。太陽光発電施設は，法律に基づく国策としての推進策の対象である一方で，一部の地域においては短期間のうちに嫌忌施設と同様の問題を生じるようになったことに留意する必要がある。

---

[10] 電気工作物に係る国の対応として，パネルが脱落・飛散した場合の事故報告の強化（電気関係報告規則改正2016年４月28日，2016年９月24日施行）のほか，JISC8955（2014）の，太陽電池アレイ用支持物の設計用荷重算出方法JISC8955（2017）への改定（2017年３月）を踏まえ，「電気設備の技術基準の解釈」46条２項が2018年10月１日改正された（20180824保局２号）。

[11] 横浜市の住宅地内の案件で，屋根に設置したパネルによる反射光は隣家の住人の受忍限度を超えるものではないとして損害賠償が認められなかった例として，東京高判平成25年３月13日判例時報2199号（2013年）23頁以下。また，メガソーラーに関する類似の事案で隣接する住民が2015年９月，神戸地裁姫路支部に提訴した案件は2017年11月30日原告住民の取り下げにより終結した（金子憲治「『メガソーラーの反射光で熱中症！？』、姫路訴訟のてん末」日経ＸＴＥＣＨＷｅｂサイト（2018年５月16日），http://tech.nikkeibp.co.jp/dm/atcl/feature/15/302961/051000081/?ST=msb-。

[12] 環境省リサイクル推進室「太陽光発電設備のリサイクル等の推進に向けたガイドライン（第一版）」（2016年３月）。

[13] 大分県由布市の案件で，景観を損なうことを理由とする太陽発電施設の建設差止めが認められなかった例として大分地判平成28年11月11日（最決平成29年10月19日）。

Ⅲ　再エネ特措法の改正　　事業計画認定制度の新設

ＦＩＴにより再エネによる発電量は増大したが，前述のとおり非住宅用太陽光への偏り，地域における紛争，さらに国民負担（電気料金に併せた賦課金回収）となる買取費用の増大，系統接続保留の問題等が明らかとなったことから，再エネ特措法は平成28年６月改正された[14]。この中で地方自治体に関係する改正点は，事業計画認定制度とその認定基準である。

認定の対象は，「再生可能エネルギー発電事業計画」（法９条１項）となり，経済産業大臣による認定の時期は，系統接続契約締結後となった[15]。さらに，認定基準として「発電事業が円滑かつ確実に実施されると見込まれるものであること」（法９条３項２号），「必要な関係法令（条例を含む。）の規定を遵守するものであること」（施行規則５条の２第３号）が示された。基準違反に対しては，経済産業大臣による指導及び助言（法12条），改善命令（法13条），認定取消（法15条）が設けられ，認定取消の基準として，認定された事業計画が法９条３項２号に適合しなくなったときが含まれる。このことから発電事業計画，認定事業者が関係する「条例」の規定に違反することは，事業計画認定の取消要件となると解される。また，認定された事業計画の記載事項の一部が公表される（法９条５項，規則７条１号～６号）[16]ことにより，地方自治体，住民は事後的に事業計画の一部を確認することは可能となった。

制定時には地方自治体に係る規定はなかった再エネ特措法は，改正後の認定基準により，経済産業大臣の認定を通じて地方自治体の条例と連結することとなった。また，法改正に伴い2017年３月「事業計画策定ガイドライン」が定められ，説明会開催等については努力規定とされている[17]。ただし，認定申請手続（一部は電子申請）や民間委託されている不適切案件情報提供フォーム[18]を介した情報収集等，再エネ特措法の執行において，個々の地方自治体によって異なる条例の執行につき，どのような場合が経済産業大臣による不利益処分の要件となるのか明確になっていない。

Ⅳ　太陽光発電施設に対する地方自治体の行政対応

以上のような，地域における太陽光発電施設の問題点，再エネ特措法の改正を踏まえて，地方自治体がどのような行政対応が可能となるかが問題となる。現状では，第一に条例制定，

---

[14] 「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法等の一部を改正する法律」（平成28年６月３日法律59号）により改正，平成29年４月１日施行。改正概要について，日高圭吾「法令解説再生可能エネルギー電気の固定価格買取制度の見直し」時の法令2031号（2017年）４頁以下参照。

[15] 施行規則5条の２第1号。

[16] 「事業計画認定情報公表用ウェブサイト」，https://www.fit-portal.go.jp/PublicInfo。

[17] ガイドライン事項を法律事項とすることについて国は否定する（2018年４月23日参院決算委員会，世耕経済産業大臣答弁）。

[18] 「再生可能エネルギー事業の不適切案件に関する情報提供フォーム」，https://reg26.smp.ne.jp/regist/is?SMPFORM=ojt-ncpiq-41a2188f7a01a0f9da12e9d00047b879。

第二に行政指導を前提とする要綱・指針・ガイドライン等の制定，第三に既存の法令に基づく処分の審査基準の改正を確認することができる。

このうち，現在，確認される再エネに関連する条例対応は，概ね次ぎのように整理される。第一に，法律により義務付けられるもので，地方自治法（昭和22年法律67号）によるものとして，公の施設である直営発電施設の管理（自治242条の２第１項），基金設置（自治241条８項），関連する審議会等の設置（自治202条の３第１項），その他，市町村税である固定資産税について発電施設の減免を規定する例がある。第二に，主として県条例で見られる再エネ特措法制定以前の地球温暖化対策として再エネ利用を規定する例である。第三に，再エネ特措法制定前後に制定が見られた，再エネ利用推進にかかる基本計画策定や当該地方自治体の独自政策を根拠づける例である。これらに対して第四に，再エネ発電施設に対する独自の抑制策を規定するもので，従前の土地利用，環境保全，景観に関する条例（規則，行政基準を含む）を改正する例と，新たに再エネ発電施設を対象とした手続等を定める例がある。

Ⅴ　調和を目的とする条例による対応

ここでは，太陽光発電施設を含む再エネ発電施設を対象とした手続等を定める独立条例を取り上げる。先がけは，（大分県）「由布市自然環境等と再生可能エネルギー発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成26年１月29日条例１号）である。以後，政策手法は変化しながらも近時の（静岡県）「下田市自然環境、景観等と再生可能エネルギー発電事業との調和に関する条例」（平成30年７月４日条例21号）等まで，条例の目的に再エネと自然環境，景観等との「調和」を規定し施設設置の抑制を図る条例（以下「調和型条例」という。）の制定は伝播してきた。再エネ特措法改正，非住宅用太陽光の調達価格の引下げ[19]に伴い，ＦＩＴ開始当初よりも発電事業者の収益確保には厳しい環境となっているが，新規の事業計画は続き，これを端緒とする条例制定は現在まで続いている。以下，後続する地方自治体による参照が見られる先行例を検討する。

１．群馬県高崎市「高崎市自然環境，景観等と再生可能エネルギー発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例32号）

高崎市条例は再エネ発電施設を対象とした条例の中では，初めて許可を規定した例である。

(1) 制定経過[20]

2014年10月頃，市西部の観音山丘陵地区住宅地直上の傾斜地で，太陽光パネル設置を目的

[19] 調達価格は，経済産業大臣が調達価格等算定委員会の意見を聴いた上で定める。非住宅用太陽光発電は2012年度40円/kWhから2018年度18円/kWhまで低下。法改正後2MW以上の太陽光発電は入札対象となる（2017年10月第１回，2018年８月第２回実施）。

[20] 高崎市開発指導課聴取(2015年10月)。

とした森林伐採がなされ，土砂災害のおそれから周辺住民が計画反対要望を市に伝える。伐採面積１ha未満で林地開発行為の知事許可（森林法10条の２）対象外であったが，風致地区（都市計画法８条１項７号）にあり，2014年11月高崎市長は「高崎市風致地区内における建築等の規制に関する条例」（平成25年条例23号）に基づく許可（２条）前の木竹伐採に対する停止命令（８条）の後，当該地に係る許可申請を許可しない旨を表明したところ発電事業者は撤退した[21]。この後，風致地区外においても事業計画のおそれがあること，再エネ特措法の手続に，市と認定事業者との調整の場がないことから，再エネ発電施設を対象とした独立条例が検討され,特に市長の意向で許可制の導入が図られ，2015年４月１日施行された。

(2) 手続

「自然環境，景観等との調和のとれた再生可能エネルギー発電設備の設置，美しい自然環境及び魅力ある景観の維持」（１条）を目的とする。特別保全地区（８条）が定められ[22]，事業について住民協議，事前協議を経た上で市長の許可制とする。事前手続は，届出（11条）→標識設置→近隣住民協議→事前協議（12条）→申請→審議会→許可（13条）である。以後，着手届出（19条）→完了届出→完了検査(20条)→事業完了となる。手続違反等に対しては，措置命令（22条）を前提とした公表（24条）を規定する。罰則は規定されない。

(3) 許可の基準等

処分基準は，事業計画要件（14条１項）と事業者要件（14条２項）からなる。事業計画要件（14条１項１号～10号）は，自然環境，景観，土砂崩れ・溢水，事業地造成，排水施設等，地形・地質，公共施設への影響，生活環境，発電設備の基準，市の行政計画が示され，他法令の基準・地域指定があるものはこれを借用する。景観については，再エネ発電施設を対象外とする高崎市景観条例（平成５年条例20号）は工作物等の届出制のところ，本条例は許可制をとり景観条例との関係では横出し上乗せ規制となる。

(4) 若干の検討

条文上の手続として，届出，事前協議，許可，公表等が規定されるが，概ね行政手続法に従う高崎市行政手続条例（平成11年条例３号）が規定する法形式とは異なり，それぞれの法的効果は一義的に明らかではない。行政運営の透明性の向上を目的とする行政手続条例の趣旨からすれば整理されるべきである。また，個別法の地域指定，処分との関係においては，各法に基づく行政手続は省略されることなく，条例の目的規定の解釈によるが，本条例による

---

[21] 風致地区における太陽光発電施設に対する自治体対応は，静岡県熱海市の例がある。2017年10月風致地区条例等審査基準（告示）改正により，太陽光発電施設が含まれる工作物について，建築物と同等に幅と高さの基準を設けている。熱海市は過去のリゾートマンション等の開発計画の経過から比較的広域の風致地区が指定され，2015年権限移譲後，市条例により対応していた（熱海市まちづくり課聴取）。

[22] 市内で３地区（観音山丘陵地区，榛名山，箕郷梅林地区）を指定。観音山丘陵地区は，全域が宅地造成工事規制区域（宅地造成等規制法３条）に合致する。

許可と二重規制になるおそれがあるものと考えられる。

(5) 周辺地域の地方自治体の対応

群馬県では太田市（2015年９月），前橋市（2016年９月），栃木県では栃木市（2016年９月），足利市（2017年３月），鹿沼市（2017年９月），日光市（2017年12月）等，近接した地方自治体では高崎市条例の許可制が伝播している。このうち，「太田市環境，景観等と太陽光発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例46号）は，許可制（13条），許可の基準等（14条）は高崎市条例の規定に準じ，特別保全地区（８条）指定は，個別法の地域指定（風致地区，土砂災害警戒区域，地区計画）を借用している。太田市条例では，平野部の住宅地周辺の太陽光パネルからの雨水排水規制の必要性が立法事実の一つとされ，地区計画（都計法12条の５）の５地区（良好な住宅地，良好な住環境，良好な住宅団地，良好な救急医療の拠点としての市街地形成を目指す地区）を対象とすることが特徴である[23]。

２．静岡県富士宮市「富士宮市富士山景観等と再生可能エネルギー発電設備設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例31号）

富士宮市条例は，従前からの景観政策・土地利用調整政策に太陽光発電施設の抑制策を接続した例である。

(1) 制定経過[24]

ＦＩＴ開始後，国立公園の公園区域内にある朝霧高原を中心に太陽光発電施設が急増したが，国交省通知[25]により建築基準法・都市計画法に基づく市による規制は困難であった。これに対して，2012年，市独自の抑制策の必要性から，市域の約75%にあたる「抑制区域」での再エネ発電施設（太陽光はモジュール面積1,000㎡超）設置を抑制する行政指導を規定する要綱を策定。抑制区域は，富士宮市景観計画に定める「富士山等景観保全地域」を借用する。さらに，富士山景観条例施行規則（平成21年規則27号）を改正し，「工作物」（条例12条１号）に太陽光発電施設を追加し景観形成基準も改正した。当初，要綱に基づく行政指導と景観条例に基づく届出制を併用したが，発電事業者に対する行政指導の効果に限界があったことから事前協議を含む条例制定に至った。

(2) 手続等

「富士山の景観，豊かな自然環境及び安全安心な生活環境の保全と形成と再生可能エネルギー源の利用と調和」（１条）を目的とし，対象事業は従前の要綱の対象と同じである。手続

---

[23] 事前協議による行政指導の段階でスクリーンし，審査に至るものは原則不許可を予定しない事実上の届出制とする運用のようである（太田市建築指導課聴取）。

[24] 富士宮市地域政策推進室聴取（2015年10月）。

[25] 太陽光発電施設については，建築基準法の工作物から除外（建築基準法施行令の一部を改正する政令，平成23年３月25日閣議決定），開発許可（都計法29条）は不要（「太陽光発電施設の付属施設に係る開発許可制度上の取扱いについて」平成24年６月８日国土交通省通知）とされた。

は，説明会→届出→同意（９条）として，「事業区域の全部又は一部が抑制区域に位置するとき原則市長は同意しない」（10条）。これらに従わない場合「指導，助言，勧告」（12条）を経て公表（13条）する。罰則は規定されていない。「抑制区域」（７条）は，条例制定前から市独自の土地利用調整制度である「富士宮市土地利用事業の適性化に関する指導要綱」（1991年）に基づく「富士宮市土地利用構想図」の４地域区分（①自然保全地域，②環境緑地地域，③防災水資源保全地域，④農業地域）及び市景観計画に定める「富士山景観重点地区」を対象とする。市は，本条例による届出後の同意制については，罰則なしの公表にとどまり財産権侵害はなく都計法等関係法令に抵触しない行政指導とみなしている。

(3) 周辺地域の市町村，県の対応

富士山周辺の地方自治体は，市町村段階では，市独自の土地利用調整制度に基づく規制的行政指導（静岡県富士市），景観形成団体として景観形成基準への適合を図るもの（静岡県裾野市），要綱に基づく届出制（山梨県富士河口湖町，山中湖村，忍野村）など，条例制定前の富士宮市の対応に共通する。県段階では，静岡県[26]が抑制策に消極的であった一方，山梨県は後述する富士山北麓世界遺産景観保全地区について事実上の許可制とするとともに，「山梨県太陽光発電施設の適正導入ガイドライン」（2015年11月）を制定し，合意形成，維持管理，パネル撤去・廃棄の基準やゾーニング案（「立地を避けるべきエリア」，「立地に慎重な検討が必要なエリア」）等，市町村における共通手続のほか個別の地域案を示している。

３．兵庫県赤穂市「赤穂市自然環境等と再生可能エネルギー発電施設設置事業との調和に関する条例」（平成27年条例48号）

(1) 制定経過

2015年３月に明らかとなった市内御崎地区の太陽光発電計画について，当時の発電事業者が，国立公園普通地域での開発行為の届出（自然公園法33条），第２種風致地区で「説明会の開催等の地元の意思形成に努めること」を条件とする赤穂市長の許可（赤穂市風致地区内における建築等の規制に関する条例２条）の後に，計画地周辺の自治会と協議を行ったが，事業計画地の一部が「山腹崩壊地区」[27]にあり周辺住民の反対運動が生じたことを契機として，市では事前手続の整備の必要性が認識されたことから，これに特化した条例制定に至った

[26] 静岡県は，従前から県の再エネ推進策の実施，太陽光発電施設誘致に積極的な市町村への配慮などから，県自然環境保全条例，県環境影響評価条例における太陽光発電施設の対象は規模要件等で限定的であった。しかし，伊東市八幡浜地区における計画をめぐる住民と発電事業者の紛争で，林地開発許可（森林法10条の２）に係る知事権限の執行が問題となり，市町アンケートの結果35市町中31市町が何らかの規制を求めたことから（2018年４月27日毎日新聞），環境影響評価条例の対象事業に太陽光発電所を加え，従来の「工業団地の造成」として土地造成面積50ha以上から，太陽光発電設置事業として敷地面積50ha以上か森林伐採区域20ha以上について環境影響評価が必須（第１種事業）となった。

[27] 林野庁調査要領による県調査により公表され，地域指定に伴う行為規制はない。

（2015年12月10日公布，当該地は条例対象外）[28]。

(2) 手続

「自然環境，歴史ある景観及び安全安心な生活環境の保全及び形成と急速に普及が進む発電事業に係る再生可能エネルギー源の利用との調和」（１条）を目的とする。太陽光（出力50kW以上）の発電施設（７条）につき，事業を行わないように協力を求める「抑制区域」[29]を，既存法令による地域指定を借用して市長が指定する。事業者は着工60日前までに市長に届出，協議（９条）を行わなければならない。また，協議に先立ち住民への説明会（10条）を開催する。市長は審議会への諮問を経て審査（11条）を行い必要に応じて意見を付し協議終了通知（12条）を発する。条例上の手続は，説明会開催→届出→協議→審査→協議終了通知である。市長は，必要があると認めるとき事業者に対して指導または助言を行うことができ，協議等を行わなかった事業者に勧告（17条）を行い，従わない場合，弁明の機会を与えて公表（18条）する。罰則は規定されない。

市は，再エネ特措法に基づく国の再エネ推進策に対して，条例による規制的手法（許可）の導入は不適法であるとの判断から届出制と行政指導に留めている[30]。赤穂市も行政手続条例（平成９年条例２号）の形式からは異なる行為形式を規定する。

Ⅵ　個別政策領域における対応

これまでの再エネ施設を特定する調和型条例に対し，従来の個別政策領域の法律・条例に基づく地方自治体の対応が確認される。

１．自然環境保全政策

県段階では，富士山の世界遺産登録（2013年６月26日）に対応して山梨県は自然環境保全条例（昭和46年条例38号）を改正（2014年２月）し，自然環境保全地区（５条）に「世界遺産景観保全地区」を追加して「富士山北麓世界遺産景観保全地区」を指定した。地区内で大規模太陽光発電設備（電池モジュール総面積1万㎡超）の新築，改築又は増築をしようとする者は，自然環境保全協定（23条）をあらかじめ知事と締結してから知事に届け出なければならない（16条）。手続は，事前協議→市町村意見・審議会意見→協定締結→届出となる。協定締

---

[28] 発端となった御崎地区の事業計画地は，過去の宅地造成後長期間放置されていた雑種地。計画当初の発電事業者による，市風致条例及び県総合治水条例違反となる土地造成，隣地境界確定に住民の立会が得られないこと等を理由として，裸地のまま中断されていたが，発電事業者変更後に工事再開（2018年９月８日赤穂民報）。

[29] 規則別表で規定する関係法令等による地域指定を借用。土砂災害警戒区域・特別警戒区域（土砂災害防止対策推進法），急傾斜地崩壊危険区域（急傾斜地災害防止法），国立公園（自然公園法），風致地区（都市計画法），市街地景観形成地区・文化歴史的景観保全区域（赤穂市都市景観の形成に関する条例）。

[30] 赤穂市環境課聴取（2018年３月）。

結の可否に審査基準が示されている。

市町村段階では，長野県佐久市は，佐久市自然環境保全条例（平成18年条例16号）による自然保全地区（２条）の許可制（８条）につき，条例施行規則改正（2015年２月）により太陽光発電施設（設置面積500㎡超）を対象施設に追加した。罰則も規定される。合わせて許可・指導指針（告示）改正により，許可申請２週間前までの住民との事前協議を求める。条例対象地域外では佐久市開発指導要綱の改正により「1,000㎡以上の土地に太陽光発電施設を設置し土地の区画形質変更を伴うもの」について，住民・利害関係等との協議を経て，市長との事前協議を求める。佐久市は，太陽光発電施設を特別に対象とする条例等は必要ないと判断しているが[31],同様に自然公園法,県自然環境保全条例による土地利用規制が及ばない地域で,環境保全・緑地保全等を目的とする条例による太陽光発電施設への対応については，多数の市町村の実例が確認される[32]。

２．環境影響評価

太陽光発電施設の中で大規模事業に対しては条例に基づく環境影響評価の対象となる例がある。これまで太陽光発電施設設置については，未利用地の利用など環境影響に関わらない場合もあることから環境影響評価法（平成９年法律81号）の対象外とされてきた。これに対して地方自治体の環境影響評価条例は，法対象以外の開発事業に対して環境影響の回避・低減等の事前の環境配慮を求める制度として法に準じた手続を規定してきたが，近時，太陽光発電事業を対象とする例がある。一方，明確に対象としないとする例[33]もあり，地方自治体の再エネ政策の中で環境影響評価導入の可否について判断は分かれている。

条例による太陽光発電施設の環境影響評価は，①条例の対象事業とするもの，②「電気工作物の新設」等に含めて対象とするもの，③開発行為，工業団地の造成等，面開発の一種と

---

[31] 佐久市公園緑地課聴取（2015年12月）。また，担当者による解説について，佐久市環境部環境政策課・建設部公園緑地課「再生可能エネルギーの普及と条例等による太陽光発電施設の規制」職研2015年２月号（2015年）29頁以下参照。

[32] 個別条例による市町村の対応の包括的実態調査，都道府県による管内市町村に係る調査結果は限定されている。例として，吉田幸二「事業用太陽光発電施設等に対する地方自治体の条例等の制定状況の調査報告」ＮＰＯ法人太陽光発電所ネットワークWebサイト（2017年５月31日），
http://www.greenenergy.jp/wordpress/wp-content/uploads/2015/08/PVlocal-regulation.pdf。
長野県は，太陽光発電施設に対して県レベルで統一的な抑制策を示さないが，県内市町村の対応状況を調査した上で，「太陽光発電を適正に推進するための市町村対応マニュアル」（2017年）を作成し，モデル市町村条例案を示している。このほか，特徴的な例として，札幌市緑の保全と創出に関する条例（平成13年条例６号）は，太陽光発電事業の建設について，工作物の建築，宅地造成，樹木伐採に該当して許可制（13条）として，事業地内で一定量の緑地確保を図る。

[33] 岡山県は，環境影響条例施行規則（平成11年規則25号）を改正し，工場立地法２条３項に規定する製造業等に係る工場又は事業場から，電気供給業に属する発電所で太陽光を電気に変換するものを除いている。理由として，環境影響評価法が対象外としていること，県の太陽光発電推進政策をあげる。「メガソーラーの環境影響評価制度の対象からの除外について」，
http://www.pref.okayama.jp/uploaded/life/393220_2315323_misc.pdf。

するものの３類型がある[34]。この中で，長野県（平成10年条例12号），大分県（平成11年条例11号）は，条例及び施行規則改正により，太陽光発電所を対象事業とする[35]。評価項目は，それぞれの環境影響評価技術指針により，環境要素の区分と影響要因の区分[36]に応じて選定されるが，対象事業として特定される①の例が最も詳細の区分となる。また，環境影響評価条例では，太陽光発電に限らず，環境影響評価法が備える横断条項（法33条）は必ずしも規定されていない。条例に基づく環境影響評価が制度上，当該地方自治体の他法令の処分に連結するものではなく，さらに，処分庁が異なる行政主体（都道府県，国）にあれば当然には反映されない。当該地方自治体としては，評価結果を意思形成に反映させる枠組みを別途設ける必要がある。

３．景観政策

太陽光発電施設に対して景観条例のみによる対応は市町村では比較的確認される。景観法の枠組みでは，景観行政団体である地方自治体が，景観条例施行規則等を改正して工作物の類型に新たに太陽光発電施設を加える例，山形県景観条例（平成19年条例69号）のように「その他の工作物」に該当させる例がある。これにより届出制の対象とし，景観計画を改正し太陽光施設を対象とする景観形成基準を策定して適合を図る。また，地域が特定される例として，山梨県世界遺産富士山の保全に係る景観配慮の手続に関する条例(平成27年条例第46号)がある。山梨県は，富士山及び周辺区域で景観に影響を与える可能性のある一定規模以上の事業の実施に，景観評価を義務付け（６条１項），知事の意見を踏まえた事業評価書について他法令の許可等を要する場合の配慮（条例15条）等，環境影響評価法に類似した手法を導入しており，太陽光発電施設の新築及び増築の事業も本条例の対象とされている（条例施行規則３条７号)。

Ⅶ　条例手法についての検討

１．抑制手法の形式と地方自治体の意図

調和型条例の第一の対応は，同意，協議終了通知等を伴う届出と制裁としての公表である。再エネ特措法による国の再エネ推進策に対して地方自治体が太陽光発電施設を禁止する規制はできない，財産権侵害とならない，要綱による行政指導よりも根拠が明確である等を理由として，事業者に対する規制的行政指導と，住民との調整を含む行政指導を条例化する。第二の対応は許可制である。嚆矢である高崎市は，あらかじめ許可制導入を決定して条例化し

---

[34] 環境省前掲注(７)参照。本事例集では，都道府県の他，市も含む。

[35] 長野県条例（2015年改正）は，敷地面積50ha以上(第１種事業)，森林の区域等における敷地面積20ha以上（第２種事業)，大分県条例改正（2017年改正）は，事業面積20ha以上を第１種事業（第２種なし）とする。

[36] 工事による影響と存在・供用による影響。

た経緯があるが罰則はなく許可制としての規律は明確ではない[37]。許可基準は他法令の地域指定，許可基準を借用することにより，条例上の独自の手続により発電施設に対する市長の一元的審査の体制を整備した意図は確認できるが，各法令の趣旨目的によっては二重規制のおそれは残る。

これに対して，既存の条例改正による対応は，法的しくみは自然環境保全条例の許可制，条例に基づく環境影響評価の実施，景観条例に基づく届出等，行政手続は明確であるが，個別条例の目的，審査等の法的しくみを超えるものではない。これらの地方自治体は，前述の佐久市のように太陽光発電施設に特化した法的しくみを規定しない。太陽光発電施設を，調和型条例による新たな一元的審査の対象とするか，既存条例の対象とするか， 条例に係る地方自治体の立法政策については，当該自治体における認定件数，首長の意向，担当部局・法制部局の意向，参照した近隣自治体の状況等の影響が考えられるが，抑制手法としての効果の差異は明確ではない。

２．太陽光発電施設をめぐる協議

調和型条例の特徴として協議手続の整備がある。第一に，発電事業者と行政の協議であり，条例上の手続きとして，事前協議（高崎市），審査における協議（赤穂市）等を規定する。ここでは発電事業者は調和型条例に関する手続と並行して，個別法令による手続を別個に行う必要があり，本条例において申請手続のワンストップ化が図られるものではない[38]。一方で，行政内部においては，発電事業者と行政の協議に対して関係法令の部局による内部協議が行われ，太陽光発電施設に関する情報，連絡調整の一元化は図られることになる。第二に，住民その他の多様な主体と発電事業者の協議であり，発電事業者による説明会開催等が規定される。紛争予防のための住民への情報提供といえるが，合意形成さらには紛争調整までを目的とするものではなく，これら協議手法の条例化による情報共有が地方自治体による抑制策として考えられている[39]。

---

[37] 条例，要綱等に基づく行為について，独立条例，要綱に基づくもので行政罰の規定がないものについて処分性のない行政指導とされる。①静岡県知事が，静岡県の内部規則として定められた静岡県土地利用事業の適正化に関する指導要綱（昭和49年告示1209号）10条の規定に基づいてされた，土地利用事業に関する計画についての事前協議の申出を拒否した措置は，抗告訴訟の対象となる行政処分には当らないとされた（静岡地判昭和63年５月27日（行集39巻５・６号359頁））。一方，②山梨県ゴルフ場等造成事業の適性化に関する条例（昭和44年条例40号）に基づく業者の事前協議の申出に対して県知事がした事業に同意しない旨の通知は，同意が法令上の規制手続に先行するものであり違反行為に刑事罰が科されることから行政処分にあたるとされた例（甲府地判平成９年９月30日（判例自治177号69頁））がある。

[38] 市町長権限と都道府県知事権限で分かれることはある。

[39] 国法上は，再エネ特措法の申請等に係る情報を市町村が確認できるデータベースの整備に留まる。

３．個別法・条例等との連結

再エネ条例による手続に対して既存の個別法・条例による手続は残りこれらは独立している。形式上許可制を導入した高崎市条例や太田市条例は，条例上の許可基準を備えるが，独自の基準ではなく既存の法律・条例による地域指定や許可基準を借用する部分が含まれる。これらに基づく処分が再エネ条例の処分に連動するが前述のとおり二重規制ともいえ，新たな許可制を導入する立法事実は明確ではない。一方で，再エネ特措法については，法改正により条例と経済産業大臣による認可（処分），取消し（不利益処分）の連結は条文上明確にはなった。しかしながら，太陽光発電施設を特定する条例において，条例の規定に違反することと，行政指導に対する不服従の区分が不明確な規定もあり，当該地方自治体が自らの条例の運用と再エネ特措法の連結を確認する必要がある。地方自治体が自らの条例の実効性を曖昧にして，再エネ特措法に基づく経済産業大臣の不利益処分に期待する運用は妥当ではない。

Ⅷ　「調和」の意図

１．調和型条例に見る地方自治体の総合性

地方自治法は，1999年改正で「地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うもの」（１条の２第１項）が付加され，地方自治における総合性の法律上の根拠となっている。総合性の具体的な側面として，特に土地利用・まちづくり政策に係る領域では，①地方自治体が創設した複数の制度を結合させる制度連携性，②目的に対して各種手続を結合させる手続秩序性，③法令と条例を条例上の規定・運用により結合させる一体的運用性，④計画実現性，が指摘されている[40]。これに従えば，調和型条例は①，②，③の総合性を内包するものと考えられる。また，総合性の側面を①主体，②目的・理念，③時間，④空間，⑤権限，⑥計画の６点とする視点[41]からは，調和型条例における，再エネ利用，自然環境・生活環境保全，景観保全，防災等の複数目的の調和は，②目的・理念の視点から総合性を示すものといえるが，個別法の目的・理念を融合して地方自治体内で再エネに関する新たな総合性を示すものとはなっていない。①主体，⑤権限の側面については，申請手続，審査の一元化には至らず，地方自治体内部での連絡調整，情報共有に留まっている。条例により種々の協議手法が導入されても，縦割りの個別法に係る手続，行政実務は残される。これらに対して再エネに係る手続・審査の一元化は可能となるのか，なお検討は必要である。

これまで見たように，調和型条例は抑制手法として位置づけられてきたことから，当該地方自治体の再エネ推進策は条例上には位置づけられていないが，今後太陽光発電施設に係る条例対応では，再エネ政策に権限を有する組織，行政計画策定等計画的手法の導入も視野に入れ，地方自治体の再エネ政策の総合化を図るべきである。この中では発電事業者の説明会

---

[40] 内海麻利『まちづくり条例の実態と理論』（第一法規，2010年）301頁。
[41] 北村喜宣『分権改革と条例』（弘文堂，2004年）34頁。

の対象に止まらない地域の再エネ政策における住民の役割も再考される必要がある。

２．その他の法律からの示唆　　行政計画，協議会

法律条文中における「調和」は，異なる公益の調整，行政計画の計画間調整を意味するものが多いが，調和型条例と同趣旨と考えられるものは「農林漁業の健全な発展と調和のとれた再生可能エネルギー電気の発電の促進に関する法律」（平成25年法律50号，農山漁村再生可能エネルギー法）である。本法は，再エネ特措法以後，再エネ資源が農山漁村に豊富に存在することから，農林漁業の健全な発展と調和のとれた再エネ電気の発電を促進するための措置を講ずるとする（１条)。基本方針（４条）を主務大臣が策定し，これに基づき市町村が地域の関係者による協議会（６条）を設け基本計画を策定（５条）する。基本計画には設備整備計画区域を定め，この区域内で発電施設の整備を行おうとする者は，設備整備計画を作成し市町村に認定を申請し，関係法令の許可権者の同意を得た上で市町村は認定を行う（７条)。認定を受けると施設整備者によってなされる個別の許認可申請について許認可が一括してなされたとみなされる（９条～15条，許認可手続のワンストップ化)。さらに個別の設備整備計画が認定されると，当該市町村の所有権移転等促進計画によって土地利用権原を取得できる(16～18条)。

しかしながら，現時点では基本計画策定市町村44（2017年12月末）[42]，個別の設備整備計画の認定数はさらに少数に留まると見られ，本法施行後の政策評価は明らかではないが，基本理念（２条）では，調和を図るものとして地域の関係者の相互の連携（１項)，農林漁業の利用との調整（２項）が示され，これに対する手法として協議会による組織的対応，基本計画策定等の計画的手法の導入，申請手続の一元化を図る手続的手法が示されている。また，主務大臣が規定する基本方針（４条）では，自然環境の保全との調和等，配慮すべき重要事項について規定される（２項６号)。

これらの規定はこれまでの調和型条例では必ずしも確認されず，今後の条例に規定する手法として検討されるべきである。例として，（長野県）木曽町地域の健全な発展と調和のとれた再生可能エネルギー事業の促進に関する条例（平成28年条例20号）では，条例に根拠をもつ「協議会」（町長又は職員，発電事業者，住民，識見を有する者等による）を組織（10条）し，町長は勧告に従わなかった場合の事実を町長の他の許可等の審査において配慮することができる（17条１項）とする横断条項に類する規定をもつ。また，町長以外の処分権者に対しては配慮を要請することができる（17条２項)。調和型条例に基づく勧告に従わないことが

[42] 農林水産省「基本計画作成の取組状況について」，
http://www.maff.go.jp/j/shokusan/renewable/energy/kihon_keikaku.html#torikumi。農林水産省は基本計画を策定した個別市町村名，設備整備計画の有無を公表しない（農林水産省食料産業局再生可能エネルギーグループ聴取)。再エネ条例（調和型以外も含む）制定市町村が本法の枠組みを利用しているかは不明。

個別法の処分において考慮事項となりえるのか一律に明らかではないが，条例に基づく町長の意思を他法令の執行に連結させる意図があり，組織的対応としての「協議会」設置と運用（町環境基本計画に位置づける町環境協議会が兼務）も含めて，独自条例の執行において地方自治体の総合性を意図したものと評価できる[43]。

Ⅸ　むすびとして

太陽光発電施設については，国策として推進すべき対象と位置付けられても，具体の施設が設置される地域空間においては，推進の一方で抑制の対象ともなる。この推進と抑制の調和が地方自治体により調和型条例の制定・運用を通じて模索されている。一方で，再エネ特措法の規定は，経済産業省所管の経済行政法として権限は改正後も国（経済産業大臣）にあるが，国でなければできない総量規制等の調整がなされるわけではない。従来の電気事業者による大規模，集中型の発電施設に比して小規模・分散型となる再エネ発電施設の地域性に応じて，法律上の権限の地方自治体への移譲が図られるべきである。権限移譲とこれに対応する太陽光発電施設に係る総合的な条例により，地域空間管理の観点から一義的には地方自治体により太陽光発電施設の設置が管理されることが望まれる。

[43] 木曽町は農山漁村再生可能エネルギー法における基本計画を策定していない。なお，地方自治体の総合性について，拙稿「自治体行政実務から見た総合性に関する一考察」東海法学 54，55頁以下も参照。

第　４　章

家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光と受忍限度

横浜国立大学教授

宮　澤　俊　昭

Ⅰ　はじめに

太陽光発電をめぐっては，事業者による大規模な太陽光発電設備の設置をめぐる紛争に加えて，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの設置をめぐっても紛争が生じている。本稿は，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐって行われた裁判例[1]を検討することを通じて，現状の問題点を析出し，さらには，平穏生活権をめぐる議論へも示唆を得ることを目的とする。

以下，Ⅱにおいて，本稿で取り扱う家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの設置をめぐる紛争（以下「本件紛争」という。）の事案の概要と裁判所の判断を，Ⅲにおいて関連する裁判例を，Ⅳにおいて関連する学説の議論を，それぞれ概観したうえで，Ⅳにおいて考察を行う。

Ⅱ　事案の概要と裁判所の判断

１．前提となる事実

平成20年４月14日，Y1は，Xが所有し居住する甲建物の南東側に，２階建ての乙建物を新築した。乙建物の屋根上には，太陽光発電用ソーラーパネル（A社製）が，南東側に７枚，北西側に12枚，それぞれ設置された（以下「本件パネル」という。）。これら本件パネルは，建物・構築物の設計，施工等を目的とする会社であるY2が設置工事を請け負い，完成させたものである。

乙建物が完成する前の平成20年３月17日，Xは，電話で本件パネルの反射光についての説明をY1に対して電話で求めた。同月20日に，Y1とY2の担当者が甲建物を訪問したが曇天であったため反射光を確認できなかった。そこで，同月26日に改めてY2の担当者がA社の担当者とともに甲建物を訪問し，本件パネルの反射光が甲建物に差し込む状況を確認した。

Xは，本件パネルに太陽光が反射して，建物の所有権を円満に利用することができなくなったとして，Y1に対し，所有権に基づく妨害排除請求として本件パネルの撤去を求めるとともに，Y1とY2に対し，不法行為に基づく損害賠償を請求した。

２．裁判所の判断

(1) 第一審判決（横浜地判平成24年４月18日平成22年（ワ）第5215号）

ａ．認定された事実

本件パネルによる反射光は，太陽の位置により，甲建物に差し込む場所，時間，程度が異なるものの，ほぼ１年中に渡り，甲建物の１階の３部屋，２階の３部屋，１階と２階を結ぶ階段，２階のベランダに差し込む。１日のうち反射光が差し込む時間は，午前８時45分頃から午後０時55分頃までであり，部屋ごと差し込む時間は異なるものの，短い部屋（…）で30

[1] 第一審判決：横浜地判平成24年４月18日平成22年（ワ）第5215号，控訴審判決：東京高判平成25年３月13日判例時報2199号（2013年）33頁（確定）。

分位から１時間位，長い部屋（…）で２時間半から３時間位である。反射光の程度は，通常の輝度と比較すると最大4000倍を超える輝度となる（甲14）。

Xは，反射光が強いときには，南側を見ることができなかったり，２階のベランダに洗濯物を干す際にはサングラスをする必要がある。また，２階の部屋で洋裁等をすることが困難な場合がある。

ｂ．裁判所の判断

次のような理由が示されて，Y1に対する本件パネルの北側の12枚の撤去を求める妨害排除請求と，Y1とY2に対する共同不法行為に基づく損害賠償請求（11万円）が認められた。

(a) 本件パネルの反射光とXの受忍限度

本件パネルの北側12枚のパネルに太陽光が反射し，その反射光が甲建物に差し込むこと，その頻度及び程度も曇天でない限り，ほぼ毎日，一定時間継続して生じていること，そのため，Xにおいて，甲建物内でも洋裁等の作業ができなかったり，ベランダに洗濯物を干す際にサングラスの着用が必要となるなどの状態であることからして，本件パネルによる甲建物の所有権の円満な利用が妨害されており，その程度はXの受忍限度を超えるものと認めることできる。

(b) Y1・Y2の責任について

Y1は，Y2に注文し，本件パネルを設置したものであり，これにより，反射光が甲建物に差し込み，Xの建物所有権の円満な行使を妨害し，Xの日常生活の平穏を害したものと認めることができる。よって，Y1は，Xに対し，建物所有権に基づく妨害排除請求権として本件パネルのうち，北側12枚の撤去義務を負うとともに，不法行為に基づく損害賠償債務の責任を負う。

Y2は，Y1から注文を受け，本件パネルを設置したものであるところ，住宅建築の専門業者として，北側に隣接して建物が立っている乙建物の北西側に太陽光発電パネルを設置すれば，その北西側敷地に隣接する住宅に反射光被害が及ぶことを予測することが可能であったにもかかわらず，Y1の注文に従い，本件工事を行い，本件パネルの反射光が甲建物に差し込むことにより，Xらの日常生活の平穏を害し，精神的苦痛を生じさせたものと認めることができる。…。

よって，Y2は，Ｙ１とともに，不法行為に基づく損害賠償債務の責任を負う。

(2) 控訴審判決（東京高判平成25年３月13日判例時報2199号23頁）

Y1は控訴せず，Y2のみ控訴した。また，本件パネルの北側の12枚は，平成24年8月下旬に撤去された。

控訴審では，次のような理由が示され，Xの請求が棄却された。

ａ．認定された事実

(a) 眩しさの強度について

Xは，甲14に基づき，本件パネルの反射時には通常の晴天時の風景のまぶしさの4000倍以上

のまぶしさとなると主張する。

しかしながら，…，甲14は，写真用の露出計に黒色マジックで着色したガラス製フィルターをはめて光量を測定した結果を記載したものであると認められるところ，…，写真用の露出計は，写真撮影の際の適切な露出時間や絞りを決めるために撮影対象の明るさを測定する機器であり，フィルム感度を加味した指標を示すものであって，当該対象物体の発する光の物理量を測定するためのものではないことが認められる。

また，黒色マジックで着色したフィルターの均質性や当該フィルターを使用した場合と使用しない場合において表示されるＥＶ値が常に５段階の差が生じることについて客観的なデータ等が提出されておらず，これだけでは，本件パネルの反射光が通常の晴天時の風景の4000倍以上のまぶしさがあると認定することは困難である。

(b) 屋根材との比較について

…，まぶしさの単位である輝度（…）を直接測定する機械である輝度計を用いて，屋外の陽の当たる場所で本件パネルと陶器瓦，スレート瓦，その他の屋根材，サッシ類等を並べて，約２ｍの距離から輝度測定をしたところ，いずれの場合にも，本件パネルの方が輝度が低かったことが認められる。

しかし，…，ソーラーパネルの正反射する場合の反射率（特異的に高い反射率が測定される角度の反射率）は，一般に用いられている屋根材の中でも比較的まぶしいとされる白ガルバニウム鋼板と比べて若干高い程度であることが認められ，相当程度のまぶしさを感じるものではあることは否定できない。

さらに，…，前記露出計の測定の結果，午前８時30分の時点において，本件パネル部分のＥＶ測定値が屋根部分の測定値の４段階ないし５段階上を示したことが認められ，これは本件パネル部分が屋根部分の明るさの16倍ないし32倍であることを示すものである（もっとも，他の時間帯においては比較測定がされておらず，これだけでは両者のまぶしさを比較する資料としては不十分である。）。

また，太陽光パネルメーカーの中には，そのホームページにおいて「北面への設置は，発電量が少ないこと及び近隣（北側）への反射光被害が懸念されるため，設置をおやめ下さい」と記載しているメーカーもあり，これは，太陽光パネルの反射光のまぶしさが屋根による反射光のまぶしさに比べてより被害が大きいことをうかがわせるものである。

以上の証拠を総合すると，本件パネルによる反射光が，太陽光の入射角度によっては，相当まぶしいものであることはうかがわれるものの，その強度が屋根材と比べてどの程度のものであるかについて，これを明らかにする証拠はないといわざるを得ない。他にこの点を明らかにする証拠はない。

(c) 反射光が差し込む時間について

…，本件パネルの反射光が甲建物に照射される時間は，春分の日において，２階部分にの

み午前９時から午前11時頃まで2時間程度であり，秋分の日において，２階部分の一部にのみ午前９時頃から午前10時頃までの１時間程度であり，冬至の日において，１階部分の一部にのみ午前10時15分頃から午前10時45分頃までの30分程度であり，夏至の日においては０分であることが認められるのであり，窓の位置や，反射光の差し込む角度，反射光の照射する範囲等を考慮すると，実質的に甲建物に反射光が差し込んでいると評価できる時間はこれよりも更に相当短くなると考えられる。

(d) まぶしさの回避措置等について

Xは，カーテンをひいても本件パネルの反射光を避けることはできないと主張する。

しかしながら，…，レースのカーテンによっても相当程度透過を防げることができ，厚手のカーテンによればほぼ透過を妨げることができることが認められる。また，本件パネルによる反射光が甲建物に差し込むのは，窓その他の開口部を通じてであるし，直進する光の性質上，反射光を直視しない限り，継続的に反射光の被害を受けることはなく，回避は容易であるということができる。

ｂ．裁判所の判断

本件パネルの反射光は，それが相当まぶしく感じられる場合が生じ得るものであるから，その設置に当たっては，北側の隣接家屋である甲建物とそこに居住するXへの配慮が求められるというべきではある。しかしながら，そのまぶしさの強度は，一般に用いられている屋根材と比べてどの程度強いかは明らかではなく，また，反射光が甲建物に差し込む時間は比較的短く，まぶしさを回避する措置を採ることが容易であるということができるのであるから，これらを総合すると，本件パネルの反射光によるXの被害は，それが受忍限度を超えるものであると直ちに認めることはできない。そして，原判決後に本件パネルが撤去されていることも併せて考慮すると，Y2による賠償を命ずべき損害がXに生じたとまではいえないと解するのが相当である。

Ⅲ　関連する学説・判例

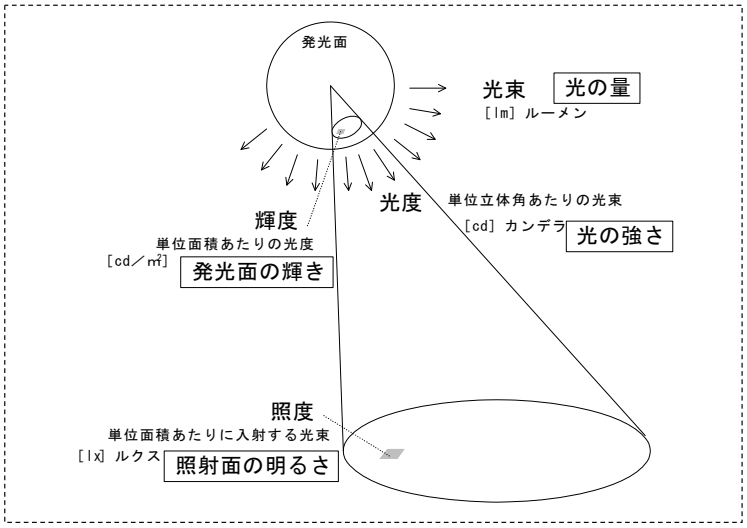
１．関連用語

(1) 輝度（きど）

輝度とは，「発光面上，受光面上，又は光の伝搬経路の断面上のある点における，その点を含む微小面を通り，ある方向へ向かう光束の，その方向に垂直な面への単位正射影面積当たり，単位立体角当たりの割合」とされ，単位はカンデラ毎平方メートル[cd/m2]である[2]。光源からある方向に向かう光束の単位立体角当たりの割合である光度（単位：カンデラ[cd]）は，ある程度の大きさを持つ光源に対して求めることができないため，単位面積当たりの光度を

[2] 環境省「光害対策ガイドライン（平成18年12月改訂版）」（以下，「光害対策ガイドライン改訂版」という。）50頁。

求めるようにしたものが輝度である[3]。



図Ｃ　光束、光度、輝度、照度の関係

（「光害対策ガイドライン改訂版」13頁より抜粋）

(2) ＥＶ（Exposure Value）値

ＥＶ値とは，Exposure Valueの略語であり，露出量を意味する[4]。ＥＶ値は，Ｆ値[5]とシャッター速度を組み合わせた値で，光量を通過させる能力を示す。

ＥＶ値は，シャッター速度の１（１秒）とＦ値の１（Ｆ１）をそれぞれ０とし，ＥＶ０を基準とする。どちらかが１ステップ上がるごとにＥＶ値は１ずつ増える。下記の表中のＥＶの値が同じになるＦ値とシャッター速度の組み合わせは，同じ露光量となる関係を示しており，その組み合わせは複数存在する。シャッター速度は２倍で１ＥＶ，Ｆ値は２倍で２ＥＶ変化する。

ＥＶ値を１変化させることを「１段」ということがある。光量の増減が２倍，または1/2倍変化するなどのように段階的に決められている場合，慣例的に，その変化を「○段」という。

---

[3]「基礎事項解説」一般社団法人照明学会Webサイト，
https://www.ieij.or.jp/what/yougo.html（最終閲覧日：2018年５月31日）。

[4] 以下，ＥＶ値について，大和田良ほか『写真の教科書―写真を本格的に学びたい人のための基礎と演習』（インプレス，2016年）93頁参照。

[5] Ｆ値とは，レンズの絞り値を示す数値で，焦点距離に対する有効口径の比で表される。撮影時は必要に応じてＦ値を調節（レンズの開口の開きを変化させる）して像面の明るさをコントロールするので，Ｆ値は像面の明るさを表す数値として用いられる。大和田ほか・前掲注（４）83頁参照。

（ＩＳＯ100の場合）

EV値		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	F値＼シャッター速度	1秒	1/2秒	1/4秒	1/8秒	1/15秒	1/30秒	1/60秒	1/125秒	1/250秒	1/500秒
0	F1	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
1	F1.4	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
2	F2	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
3	F2.8	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
4	F4	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
5	F5.6	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
6	F8	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
7	F11	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
8	F16	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
9	F22	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18

（出典：大和田良ほか『写真の教科書―写真を本格的に学びたい人のための基礎と演習』（インプレス，2016年）93頁。）

(3) グレア

グレアとは，「視野の中に他の部分より著しく輝度（明るさの度合）の高い物体（光源など）の存在によって不快感や見え難さを生じる視覚現象」である[6]。視野の中に不適当な輝度分布があるか，輝度の範囲が広すぎるか，又は，過度の輝度対比があるために，視野内の細部や物体を見る能力の減少もしくは不快感のどちらか，又は両方を生じさせる視覚の条件または状態を意味する[7]。視野内の細部や物体を見る能力の減少を生じさせるグレアを「視機能低下グレア」，不快感を生じさせるグレアを「不快グレア」と呼ぶことがある。

２．関連法令・ガイドライン

家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光に直接の目的とする規制は，2018年５月現在，さだめられてない。以下では，照明による「光害（ひかりがい）」を対象とするガイドライン，照明についてのＪＩＳ規格[8]，及び太陽光発電施設を既存建築物の屋上に設置する場合の建築基準法の取り扱いについての通知について概観する。

(1) 光害対策ガイドライン

環境省は，平成10年３月に，「光害対策ガイドライン[9]」を公表し，その改訂版[10]を平成18年12月に公表した。

このガイドラインでは，「光害」を，「良好な『光環境』の形成が，人工光の不適切あるいは

[6] 光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）50頁。
[7] 光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）13頁。
[8] JIS Z9110:2010
[9] 環境省　http://www.env.go.jp/air/life/hikari_g/index.html（最終閲覧日：2018年５月31日）。
[10] 光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）参照。

配慮に欠けた使用や運用，漏れ光によって阻害されている状況，又はそれによる悪影響」と定義している[11]。そして，この定義のもと，同ガイドラインは，良好な光環境[12]の形成を目的として，屋外照明設備や広告物照明などの人工照明設備のあり方を示している。

(2) 照明についてのＪＩＳ規格

ＪＩＳ Z9110:2010は，「照明基準総則」と題されている規格である。この規格は，人々の諸活動が，安全，容易，かつ，快適に行えるような視環境を作り出すための分野ごとの個別の照明基準を包括し，それらに含まれていない分野の照明基準を加えて規定したものとされ，主に人工照明を対象としたものとされる[13]。

この規格においては，照明設計基準が提示された上で[14]，人の活動に関する基本な照明要件と，個々の作用もしくは活動，又は競技の内容についての照明要件が，それぞれ表として明示されている[15]。照明設計基準においては，照度，不快グレア，光色及び演色について，それぞれ基準が設けられている。このうち，不快グレアについては，単純に輝度を基準とするのではなく，一定の評価式に基づいて算出される数値を基礎として判定される[16]。

(3) 太陽光発電設備と建築基準法

既存建物の屋根に太陽光発電設備を設置しようとする場合の建築基準法の適用関係については，平成24年７月４日，それを明確化するために，「既存建築物の屋上に太陽電池発電設備を設置する際の建築基準法の取扱いについて[17]」が通知された。

この通知において，建築物の屋上に当該建築物に電気を供給するために設置する太陽電池発電設備は，建築基準法２条３号に規定する建築設備に該当するものとされ，太陽電池発電設備の設置後の建築物は，当該太陽電池発電設備を含む建築物として，建築基準関係規定に適合する必要があるものとされている。

また，建築物の屋上に取り付ける架台の上に設置する太陽電池発電設備のうち，太陽電池発電設備自体のメンテナンスを除いて架台下の空間に人が立ち入らないものであって，かつ，架台下の空間を居住等の屋内的用途に供しないものについては，建築基準法２条５号に規定する主要構造部に該当しないものとされ，また，既存建築物の屋上に架台を取り付け，その上に太陽電池発電設備を設置する行為は，建築基準法２条13号に規定する増築には該当しな

---

[11] 光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）１頁。なお，「漏れ光」とは，照明機器から照射される光で，その目的とする照明対象範囲外に照射される光を意味する（光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）２頁）。

[12] 「光環境」とは，人工的な光放射のみならず自然界に存在する光放射を含む「光放射の存在している環境」を意味する（光害対策ガイドライン改訂版・前掲注（２）３頁）。

[13] ＪＩＳ Z9110:2010・１頁。

[14] ＪＩＳ Z9110:2010・２頁以下。

[15] ＪＩＳ Z9110:2010・７頁以下。

[16] ＪＩＳ Z9110:2010・４頁以下。

[17] 平成24年７月４日国住指第1152号国土交通省住宅局建築指導課長通知（技術的助言）。

いため，建築基準法87条の２に規定する場合を除いて，当該行為に当たって建築確認は不要であるとされる。

３．関連裁判例

(1) 被侵害利益の性質に関連して

ａ．最判昭和47年６月27日最高裁判所民事判例集26巻５号1067頁

（事案）

X所有建物（甲建物）は，Y所有建物（乙建物）の北側に隣接している。Yは，乙建物の２階部分等を増築する工事を行なった。この増築工事は，建築基準法に違反していることから，東京都知事はYに対して工事施工停止命令，違反建築物除去命令を出したが，Yはこれを無視して工事を完成させた。

Xは，日照通風に恵まれた快適な生活を営む権利の侵害，土地家屋の価格が著しく低下するという財産権の侵害などを理由とする不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。

（判旨）

「居宅の日照，通風は，快適で健康な生活に必要な生活利益であり，それが他人の土地の上方空間を横切ってもたらされるものであっても，法的な保護の対象にならないものではなく，加害者が権利の濫用にわたる行為により日照，通風を妨害したような場合には，被害者のために，不法行為に基づく損害賠償の請求を認めるのが相当である。もとより，所論のように，日照，通風の妨害は，従来与えられていた日光や風を妨害者の土地利用の結果さえぎったという消極的な性質のものであるから，騒音，煤煙，臭気等の放散，流入による積極的な生活妨害とはその性質を異にするものである。しかし，日照，通風の妨害も，土地の利用権者がその利用地に建物を建築してみずから日照，通風を享受する反面において，従来，隣人が享受していた日照，通風をさえぎるものであって，土地利用権の行使が隣人に生活妨害を与えるという点においては，騒音の放散等と大差がなく，被害者の保護に差異を認める理由はないというべきである。」

ｂ．東京地判平成４年１月28日判例タイムズ808号206頁

（事案）

X所有の甲建物は，Y所有の乙建物の北隣に建てられている。甲建物の居間などの窓は，乙建物と向かい合った状態にある。また乙建物の便所からの下水を排水するため，乙建物の北側壁面には排水パイプが設置されている。Xは，乙建物の窓から覗かれているという不安感，及び排水パイプの騒音などを理由として，乙建物の窓をはめ殺しの曇りガラスにすること，排水パイプの撤去などを求めて訴えを提起した

（判旨）

「一般に，居住のために建物を所有する者は，その所有権及び人格権の一内容として，健康

で快適な生活関係を確保し，平穏に居住する権利を有するものということができる。しかしながら，他人が隣地に建物を立てて生活することが認められる限り，これによって生活環境がある程度侵害を受けることは避けられないというべきである。したがって，近隣者間において社会生活を円満に継続するためには，居住生活の過程で不可避的に生ずる法益侵害を互いに受忍することが必要であり，そのような社会的受忍の限度を超えた生活侵害のみが，違法なものとして，不法行為による差止請求や損害賠償の対象となるものと解するのが相当である。」

(2) 受忍限度判断に関連して

ａ．前掲最判昭和47年６月27日

（事案）

前述(1) a 参照。

（判旨）

「南側家屋の建築が北側家屋の日照，通風を妨げた場合は，もとより，それだけでただちに不法行為が成立するものではない。しかし，すべて権利の行使は，その態様ないし結果において，社会観念上妥当と認められる範囲内でのみこれをなすことを要するのであって，権利者の行為が社会的妥当性を欠き，これによって生じた損害が，社会生活上一般的に被害者において忍容するを相当とする程度を越えたと認められるときは，その権利の行使は，社会観念上妥当な範囲を逸脱したものというべく，いわゆる権利の濫用にわたるものであって，違法性を帯び不法行為の責任を生ぜしめるものといわなければならない。」

ｂ．最判昭和56年12月26日最高裁判所民事判例集35巻10号1369頁

（事案）

Xらは，近隣にある大阪国際空港に離着陸する航空機の騒音，排気ガス，振動による被害を理由として，空港の設置管理者たるY（国）に対して，同空港の供用差止めと損害賠償を求めて訴えを提起した（大阪国際空港事件)。

（判旨）

「侵害行為の態様と侵害の程度，被侵害利益の性質と内容，侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか，侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況，その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容，効果等の事情をも考慮し，これらを総合的に考察してこれを決すべきものである」

ｃ．最判平成７年７月７日最高裁判所民事判例集49巻７号2599頁

（事案）

国道43号線，兵庫県道高速神戸西宮線及び同大阪西宮線（以下「本件道路」という。）の供用に伴い自動車から発せられる騒音，排気ガス等により聴覚障害，呼吸器疾患等の身体的被害を被っているとして，その近隣に居住するXらが，Y（国）らに対して，本件道路の供用の差

止めと損害賠償を求めて訴えを提起した。(以下，本稿に関わる差止めに関する判断のみを取り扱う。)

（判旨）

「原審は，その認定に係る騒音等がほぼ一日中沿道の生活空間に流入するという侵害行為により，そこに居住する上告人らは，騒音により睡眠妨害，会話，電話による通話，家族の団らん，テレビ・ラジオの聴取等に対する妨害及びこれらの悪循環による精神的苦痛を受け，また，本件道路端から二〇メートル以内に居住する上告人らは，排気ガス中の浮遊粒子状物質により洗濯物の汚れを始め有形無形の負荷を受けているが，他方，本件道路が主として産業物資流通のための地域間交通に相当の寄与をしており，自動車保有台数の増加と貨物及び旅客輸送における自動車輸送の分担率の上昇に伴い，その寄与の程度は高まっているなどの事実を適法に確定した上，本件道路の近隣に居住する上告人らが現に受け，将来も受ける蓋然性の高い被害の内容が日常生活における妨害にとどまるのに対し，本件道路がその沿道の住民や企業に対してのみならず，地域間交通や産業経済活動に対してその内容及び量においてかけがえのない多大な便益を提供しているなどの事情を考慮して，上告人らの求める差止めを認容すべき違法性があるとはいえないと判断したものということができる。

道路等の施設の周辺住民からその供用の差止めが求められた場合に差止請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素は，周辺住民から損害の賠償が求められた場合に賠償請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素とほぼ共通するのであるが，施設の供用の差止めと金銭による賠償という請求内容の相違に対応して，違法性の判断において各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかにはおのずから相違があるから，右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とはいえない。」

(3) ビルの反射光公害を巡る紛争

＊大阪地判昭和61年３月20日判例時報1193号126頁

（事案）

Xは，A所有建物（以下「甲建物」という。）の一部を貸借し，呉服店（以下「原告店舗」という。）を経営している。甲建物の北側に，道路を挟んでY所有建物（以下「被告建物」という。）が建てられた。被告建物の外壁は赤褐色レンガ色のタイルを使用しており，そのため，晴天の日は，南側外壁のタイル及び窓ガラスによる反射光線のために原告店舗内が赤味を帯びて見え，呉服商品の色柄が変化して見える等営業に支障が出るようになった。そこでXは，Yらに対し右反射光発生防止の対策を求めたが，Yは被告建物の外壁に対策を施すことには消極的であり，防止対策についてはこれ以上話合う必要はないという態度であった。Xの相談を受けた大阪市建築局監察課（後に総合計画局建築指導部監察課となる；以下「監察課」と記

述）が被告建物を調査したところ，右容積率，建ぺい率，道路斜線制限に関する建築基準法上の規定に違反していたため，その是正指導に乗り出し，同時に，前記反射光の被害が右違反とも関連していると考え，Yに対し右反射光防止のための指導も行なったところ，Yは右反射防止の一方法として，被告建物2階南側外壁の一部等に木製フレームを設置した。しかし，この方法には，反射光防止の効果はなかった。その後もYに対する是正指導がなされたが，Yはこれに応じなかった。監察課は，建築基準法９条１項に基づいて違反建築物について是正命令を出した。しかし，Yは，被告建物について何らの改善もしなかった。

そこで，Xは，Yに対し，Aの所有権に基づく妨害排除請求権を賃借権に基づいて代位行使して被告建物につき壁面塗装等の対策工事を行うことを求めたうえで，不法行為による損害賠償を求めて訴えを提起した。（以下，本稿に関わる差止めに関する判断のみを取り扱う。）

（判旨）

「建物所有者が，自ら又は第三者として，建物を呉服店舗として利用し営業を行うことは所有権行使の一態様であり，右店舗としての利用が，他の建築物等からの反射光により妨害を受け，その妨害の程度が著しく受忍限度を越えているときは，建物所有権の円満な行使を侵害するものとして，その侵害行為の是正あるいは予防を求めることができると解すべきである。」

「(一）被告建物の南側外壁の赤味を帯びた反射光が原告店舗に影響を及ぼしており，（二）原告店舗の正面テントも，反射光防止のために生地を厚手のものに取替えたうえ，晴天の日には朝の開店時から夕方まで使用せざるを得ない状態であり，外から店内が見えなくなって顧客獲得上も不利な状況でありテント使用時においても，店内が赤味を帯びる時があり商品選択や色合わせに支障が生じ，予定の売上が取消になったりするなど，原告店舗営業上相当深刻な被害というべきである。（三）原告店舗の方で右反射光を防止する方法としては，店舗北側を反射光が入らないような構造にすることが考えられるが，そうすると，テント使用時と同様に外から店内が見えなくなり，店舗営業上不利であり，しかも北側からの反射光が入らないと同時に自然光も遮られてしまうようになって，原告店舗利用上の機能を相当減ずることになる。

他方，（四）被告建物は，容積率，建ぺい率，道路斜線制限について建築基準法の規定に違反しており，右規定に適合するような建て方であれば，反射光による原告店舗の被害も多少緩和されると考えられるところ，被告は大阪市の是正措置の命令にも一切応じない。（五）被告建物南側外壁に反射光防止策を施すとすると，防止効果，工事費用等の点で本件工事が最も優れた方法といえる。本件工事は被告建物の構造に損傷を加えたり，新たな工作物を構築したりするものではなく，建物利用上の機能を損うものではない。（六）なお，本件工事により外壁の色が多少変化することについて…，本件工事によって被告建物の経済的又は機能的損失が生じるとしても，それは前記（三）で検討した原告店舗の場合と比較して，はるかに

少ないものと考えられる。

以上の通り，被告建物の反射光による原告店舗の被害の種類及び内容，右被害防止に関する被告と原告及び大阪市との交渉経緯，本件工事を行った場合の効果及び被告建物に与える影響等を総合すると，被告建物の反射光により原告店舗で原告が蒙る被害の程度は，いわゆる受忍限度を著しく超えているものといわざるを得ず，原告は原告店舗所有者に代位して被告建物所有者の被告に対し，侵害行為の排除及び予防のため本件工事を行うよう請求することができるものというべきである。」

４．関連する学説

(1) 積極的侵害と消極的侵害の区別

差止めをめぐる議論においては，日本の学説・裁判例の分析と比較法的考察を基礎として，土地の境界を超えて侵害を及ぼす「積極的侵害」（騒音，振動，悪臭等）と「消極的侵害」（日照妨害，眺望侵害等）を異なる類型として扱い，後者については純粋な権利侵害と捉えることは困難であるとする見解が有力に主張されている[18]。

この見解においては，①日照などの享受は当然に物権に内在するものではなく，被害者となった者は，偶々近隣に高層建築のないところに早くから居住していたために従来日照などの利益を受けていたにすぎないと考えられること，②少なくとも日照等の享受が排他性を有するものとは思われないこと，③この種の被害のほとんどが単なる不快感や軽度の精神的被害であり，不快と感ずるか否かも各人の好みに応じて大きく異なるため，保護される限度を確定するためには加害者の主観的態様や土地利用の先後関係も含めた種々のファクターを考慮する必要があり，騒音・悪臭などの比較的軽度の積極的侵害以上に利益衡量の必要が高く，利益内容が明確でないこと，④加害者と被害者との間にこの種の被害についての互換性がかなり存在すること等が，具体的な根拠として示されている[19]。

(2) 平穏生活権

ａ．平穏生活権が論じられる場面

平穏生活権は，現在，様々な場面で用いられる法律構成となっている。吉村良一は，平穏生活権が不法行為に基づく損害賠償訴訟や差止訴訟で用いられるケースについて，次のような場面に整理をしている[20]。

まず，プライバシー侵害のケースが挙げられる。「宴のあと」事件[21]において，「私生活特に精神的平穏」の侵害を不法行為として認めて以降，近年では，住所などがみだりに公表され

---

[18] 大塚直「人格権に基づく差止請求」民商法雑誌116巻4・5号（1997年）29頁。
[19] 大塚・前掲注(18)29-30頁。
[20] 以下ａにおいて紹介する平穏生活権が登場するケースの整理については，吉村良一「『平穏生活権』の意義」『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社，2016年，初出・2011年)273頁以下参照。
[21] 東京地判昭和39年９月28日判例時報385号12頁（請求一部認容)。

ないことによる「私生活の平穏」の利益が，裁判上，保護される利益として扱われている[22]。差止めの根拠としての「平穏生活権」に初めて言及したのは，騒音被害をめぐる横田基地騒音訴訟控訴審判決[23]であるとされる。その後，暴力団事務所の使用禁止をめぐる裁判[24]，廃棄物処分場の設置・操業の差止めをめぐる裁判[25]，遺伝子組換え等の実験を行う施設の差止めをめぐる裁判[26]，葬儀場・火葬場をめぐる裁判[27]，建物による圧迫感をめぐる裁判[28]等において，平穏生活権を根拠とした差止め・損害賠償が争われている。

ｂ．平穏生活権と人格権の関係

平穏生活権については，原告の「合理的な不安・恐怖感」を摘出することによって，通常の人格権よりも手前に因果関係の帰着点を持ってくることを可能とする法律構成であるとする見解が大塚直によって示されている[29]。この見解においては，まず，因果関係を前倒しにするためには，生命・健康侵害に対する「合理的な不安・恐怖感」がある場合に限定されるべきとする。また，ここにいう「合理的な不安・恐怖感」とは，リスクを確定する必要はないが，科学的にどの程度の範囲のリスクかを鑑定等を用いて分析することにより，科学的に見て合理的な不安・恐怖が問題となる状況か否かを裁判所が判断することを意味するものとされる。このような考え方は，危険やリスクを確定することを要請する従来の考え方（具体的危険の要求）とは異なる一方，通常人の感覚を基準とする不安・恐怖感を問題とする考え方とも異なるものとされる。

以上のような生命・身体・健康と結びついた平穏生活権については，因果関係の前倒し機能と絶対権類似の保護の拡大機能があるものとされる。このような機能を持つ生命・身体・健康と結びついた平穏生活権に加えて，これとは別の類型として，「主観的利益をすくい上げ

---

[22] 神戸地尼崎支決平成９年２月12日判例時報1604号127頁（申立一部認容），東京地判平成９年６月23日判例時報1618号97頁（請求一部認容），東京地判平成10年11月30日判例時報1686号68頁（請求一部認容）。

[23] 東京高判昭和62年７月15日判例時報1245号３頁（請求棄却）。

[24] 静岡地浜松支決昭和62年10月９日判例時報1254号45頁（申立一部認容），秋田地決平成３年４月18日判例時報1395号130頁（申立認容），大阪高判平成５年３月25日判例時報1469号87頁（控訴棄却（原審請求認容））。

[25] 仙台地決平成４年２月28日判例時報1429号109頁（申立一部認容），熊本地決平成７年10月31日判例時報1569号101頁（申立一部認容），福岡地田川支決平成10年３月26日判例時報1662号131頁（申立一部認容）。

[26] 水戸地土浦支判平成５年６月15日判例時報1467号３頁（請求棄却）。

[27] 水戸地判平成２年７月31日判例時報1368号110頁（請求棄却），京都地判平成10年12月18日判例タイムズ1053号154頁（請求棄却），京都地判平成20年9月16日平成18年（ワ）1266号（請求認容；ただし，上告審（最判平成22年６月２日判例時報2089号74頁）は請求棄却）。

[28] 名古屋高判平成18年７月５日（未公刊；吉村・前掲注(20)241頁以下参照（請求棄却））。

[29] 以下，大塚直の見解については，大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法律時報82巻11号118頁（2010年），同「環境民事差止訴訟の現代的課題」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造―民法・環境法学の最前線』（有斐閣，2012年）548頁以下参照。

るものとしての平穏生活権（利益）」を観念できるとする吉村良一の見解が示されている[30]。このような平穏生活権の理解を通じて，多様な主観的利益を不法行為や場合によれば差止めによる保護の対象としてすくい上げる（そのような主観的な利益の要保護性を検討する場の設定）が可能となる。しかし，このような意味での平穏生活権を認めるためには，①問題となっている利益が法的に保護に値するかどうかや，そもそもそのような利益が存在し侵害されているかどうかについて，利益の客観的側面に加えて，当該紛争における個別事情を含めた利益衡量，②問題となる利益が存在し侵害されていると認められた場合において受忍限度を超えているか否かを判断するための利益衡量，という二つの意味での利益衡量が必要不可欠となるとされる。

ｃ．平穏生活権と財産権との関係

2011年３月に発生した福島第一原発事故による被害を包括的に把握する概念として「包括的生活利益としての平穏生活権」が有力に主張されており[31]，これに対する支持は広まっている[32]。しかし，その具体的内容について，居住用不動産等の財産の利用を含めた概念として把握するか否かについては，これを肯定する見解[33]がある一方で，前述(2)で概観したように，従来の議論における平穏生活権は，健康・生命に不確実性を伴うリスクがある場合に用いられる概念であるとして，居住用不動産の利用等を平穏生活権の範疇に含めることに否定的な見解[34]も示されている。

Ⅳ　家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争の考察

１．紛争の特徴―日照権紛争との違い

前述Ⅲ３(1)ａ，同(2)ａに見た判例は，いわゆる日照権紛争をめぐる判例である。この日照権紛争は，本稿で対象としている家庭用太陽光発電用ソーラーパネルをめぐる紛争とは，太陽光をめぐる近隣関係における紛争であるという点では共通している。

しかし，日照権紛争は，自らの所有建物に入り込む（はずの）太陽光が，遮蔽されることについての紛争であったのに対し，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争は，自らの所有建物に入り込むはずのない光が，隣地の太陽光発電パネルによって入り込んでくることをめぐる紛争である。

---

[30] 以下，吉村良一の見解については，吉村・前掲注(20)287頁以下参照。

[31] 淡路剛久「『包括的生活利益』の侵害と損害」淡路ほか編『福島原発事故賠償の研究』（日本評論社，2015年）11頁。

[32] 潮見佳男「福島原発賠償に関する中間指針などを踏まえた損害賠償法理の構築」淡路ほか編・前掲注(28)107頁以下，吉村・前掲注(20)290頁等。

[33] 潮見佳男「原子力損害賠償とわが国の不法行為法」別冊ＮＢＬ150号　原子力損害賠償の現状と課題（商事法務，2015年）82頁。

[34] 大塚直ほか「福島事故賠償の在り方を踏まえた原子力損害賠償制度の課題」別冊ＮＢＬ150号　原子力損害賠償の現状と課題〔大塚発言〕（2014年２月）92頁。

この違いは，前述Ⅲ４(1)にみた積極的侵害と消極的侵害の区別に照らせば，日照権紛争は消極的侵害と捉えられるが，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争は積極的侵害と捉えられる，というかたちで整理することができる。

２．事実認定のレベルでの検討―第一審判決と控訴審判決の比較から

本件紛争に対して，第一審判決（前述Ⅱ２(1)参照）は，Xの妨害排除請求と損害賠償請求をいずれも肯定したのに対して，控訴審判決（前述Ⅱ２(2)参照）では，これが否定されている。このような判断の違いをもたらした理由の一つが事実認定である。第一審判決においては，太陽光発電パネルの反射光の程度を，通常の輝度と比較して最大で4000倍を超えるものと認定している（前述Ⅱ２(1) a 参照)。これに対して，控訴審判決は，本件パネルの反射光が通常の晴天時の風景のまぶしさの4000倍以上のまぶしさがあると認定するのは困難であるとした（前述Ⅱ２(2) a (a)参照)。

このような違いが生じた理由は，その測定方法にあると考えられる。第一審判決において通常の4000倍の輝度を認定した根拠となった甲第14号証について，控訴審判決では，写真用の露出計に黒マジックで着色したガラス製フィルターをはめて光量を測定した結果であることを示した上で，写真用の露出計は，写真撮影の際の適切な露出時間・絞りを決めるための明るさを測定する機器であり，フィルム感度を加味した指標を示すものであって，当該対象物体の発する光の物理量を測定するための機器ではないことを示している。

たしかに，写真撮影の際に用いられるＥＶ値が，レンズ絞り値とシャッター速度の組み合わせで得られる光の量である(前述Ⅲ１(2)参照)ことにも見られる通り，写真用の露出計は，写真の仕上がりを目的とした測定値であり，その測定値をそのまま人間の感覚を表すものとすることはできないというべきであろう。

とはいえ，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光について妨害排除請求や損害賠償請求がなされた場合に，まぶしさをどのように測定し，認定するのか，ということは難しい問題である。この点については，照明に関して，輝度とは別に，グレア（不快グレア）という概念（前述Ⅲ１(3)参照）を用いて基準が策定されている（前述Ⅲ２(2)参照）ことが参考となる。家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争が多発するようであれば，反射光の測定について，照明における基準も参考にしながら，自然科学的な見地からの測定方法・基準の明確にするためのガイドラインの作成なども検討する必要があると考えられる。

３．適用される規範のレベルでの検討

(1) 受忍限度判断の具体的な考慮要素

第一審判決，控訴審判決のいずれにおいても，受忍限度判断において，反射光が甲建物に及ぼす影響のみを考慮している。

一般的な受忍限度判断においては，侵害行為の態様，侵害の程度，被侵害利益の性質と内容等を考慮する（前述Ⅲ３(2)ｂ参照)。これは，ビルの外壁の反射光が問題となった裁判例においても同様の諸事情を考慮し，結論を示している（前述Ⅲ３(3)参照)。また，差止請求（妨害排除請求）の事案と，損害賠償請求の事案とで，考慮する要素は共通するとしても，その違法性の判断において各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかについては相違があるものとされる（前述Ⅲ３(2)ｃ参照)。

これらの一般的な受忍限度判断の枠組みとの比較からすれば，本件紛争の第一審判決，控訴審判決のいずれもが，侵害の程度のみを考慮していると評価しうる点は，問題があると言わざるをえない。受忍限度判断を行うのであれば，侵害行為の態様，被侵害利益の性質と内容などについても考慮を行う必要があろう。しかし，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光については，このいずれについてもその内容が十分に明らかにされていない点なることが，第一審判決，控訴審判決においてこれらが十分に考慮されなかった理由の一つとなっているとも考えられる。以下，それぞれについて考察を加える。

(2) 家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの利用の意義―「日照」の持つ意味の変化

本件紛争において問題となっている家庭用太陽光発電用ソーラーパネルは，太陽光を利用して電気を発生させる装置であり，発生させた電気は，自家消費される場合もあれば，売電される場合もある。自家消費される場合についても，他の発電方法によって発生した電気を購入しなくてもよくなるという意味において，経済的な利益を観念することができる。

従来の日照をめぐる議論においては，日照は，健康で快適な生活に必要となる生活利益として，一種の人格的利益として把握されてきた[35]。しかし，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの普及により，日照については，財産権的利益としての把握も必要となってきたといいうる。家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争においては，侵害行為が，建物に設置した発電設備を通じた日照の財産権的利用によるものであることを考慮する必要があろう。

(3) 被侵害利益としての平穏生活権の性質―人格権的把握と財産権的把握

本件紛争において，第一審判決では，反射光が甲建物に差し込むことによって，Xの建物所有権の円満な行使を妨害し，Xの日常生活の平穏を害したものとして，Y1に対して，所有権に基づく妨害排除請求権と，不法行為に基づく損害賠償請求権が(不法行為が)Xに認められた。また，Y2に関しては，Xの日常生活の平穏を害し，精神的苦痛を生じさせたものとして，損害賠償責任が認められた。このような法的構成のなかで，所有権に基づく妨害排除請求権と精神的苦痛に対する損害賠償請求権の関係をどのように考えればよいのだろうか。この問題は，受忍限度判断の枠組みにも影響を与える。

---

[35] 最判昭和47年６月27日最高裁判所民事判例集26巻５号1067頁（前述Ⅲ３(1)ａ参照)。

前述(2)でも検討した通り，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルについては，日照の財産権的利用と考えることができる。そうすると，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルの反射光をめぐる紛争は，家庭用太陽光発電用ソーラーパネルを設置した建物の利用と，反射光が差し込む建物の利用との間での，すなわち，隣接する建物所有権間での，あるいは建物の敷地所有権間での相隣関係類似の関係と把握することができる。他方，日常生活の平穏を害されたことによる精神的苦痛に基づく損害賠償請求権は，人格権的な把握の仕方であるといえる。受忍限度判断も，この構成に沿った形で行われることになろう。

このように，Xの被侵害利益をどのように構成するのかによって，受忍限度判断の枠組みも変わりうるといえる。建物所有権の侵害と，人格的利益の侵害は確かに両立しうるものではある。しかし，少なくとも本件紛争においては，いずれも「平穏な生活を送る」という視点から法的に構成された利益である。この点から見れば，本件紛争は，平穏生活権について，その人格権的側面のみならず，所有権（財産権）的側面も有する権利であると理解をして，その全体を統合した形で法的構成・効果を論じていく必要性を示すものであるといえるのではないか。下級審裁判例においては，以前から，平穏生活権について，所有権的に把握するものも存在していること（前述Ⅲ３(1)ｂ参照）も，この必要性を裏打ちするものといえよう。前述の通り，平穏生活権の財産権的把握については，福島第一原発事故による被害を把握するための議論として議論がなされている（前述Ⅲ４(2)ｃ参照)。平穏生活権は，そのような特異な大規模災害のない状態での「平穏な生活」を論じるものである。そうであるからこそ，日常的紛争における平穏生活権の分析こそが，そのような議論の基礎とされるべきであろう。

第　５　章

バイオマス発電燃料の「廃棄物」該当性について

慶應義塾大学准教授

青　木　淳　一

Ⅰ　はじめに

バイオマスは，法令上，「動植物に由来する有機物であってエネルギー源として利用することができるもの（原油，石油ガス，可燃性天然ガス及び石炭並びにこれらから製造される製品を除く。）」と定義されている（電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法（以下，「再エネ特措法」という。）２条４項５号）。バイオマス発電は，このような生物由来のバイオマスを「直接燃焼」や「ガス化」するなどして発電するものである。その意味では火力発電の特徴を有しており[1]，地熱や水力と並んで，出力が安定した電源に位置付けられている。

表１　バイオマスの種類

	乾燥系	湿潤系	その他
木質系	林地残材 製材廃材		
農業・畜産・水産系	農業残渣（稲わら，トウモロコシ残渣，もみ殻，麦わら，バガス） 家畜排泄物（鶏ふん）	家畜排泄物 （牛豚ふん尿）	糖・でんぷん 甘藷 菜種 パーム油（やし）
建築廃材系	建築廃材		
食品産業系		食品加工廃棄物 水産加工残渣	
製紙工場系			黒液・廃材 セルロース（古紙）
生活系		下水汚泥，し尿 厨芥ごみ	産業食用油

資料出所：資源エネルギー庁「企業のためのバイオマス導入A to Z」[2]

もっとも，バイオマスになりうる具体的なものは，表１に見られるとおり，人びとの経済活動，日常生活において排出された不要物，ゴミである。そのため，これらが廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という。）上の「廃棄物」に該当する場合は，同法の規制に服し，直接燃焼するなどエネルギー源として利用するとしても，廃棄物の処分に関する諸規制が課せられることとなる。

生活環境の保全，公衆衛生の向上のためには，廃棄物を適正に処理することが不可欠である（廃棄物処理法１条）。他方，かつては不要物，ゴミとされたものが，バイオマスというエネルギー源にもなりうる。エネルギー源の多様化，農山漁村や過疎地の活性化という観点で

[1] 火力発電にあたるという特徴は，火力発電と同等の早い段階で出力制御の対象にされることにもなる。バイオマス発電に対する出力制御については，化石燃料混焼発電，バイオマス専焼発電，地域型バイオマス発電の順に出力制御の対象となりうるとするルールが整備されている（再エネ特措法施行規則６条）。

[2] http://www.enecho.meti.go.jp/about/pamphlet/new_energy/pdf/baiomasu.pdf（最終閲覧日：2018年５月25日）。

は，バイオマス発電に寄せられる期待は大きい[3]。バイオマス発電に係る規制のリスクを軽減するためには，バイオマスと廃棄物処理法の適用関係を明確にすることが求められる。この問題について，国は，廃棄物該当性の判断に係る解釈を調整することで対応した。

本稿は，廃棄物概念をめぐる行政解釈の変遷，判例の動向を整理する。その上で，バイオマス発電の普及拡大に資するために国が行った，バイオマス発電燃料の廃棄物該当性に関する判断基準の見直しの状況を紹介することとしたい。

Ⅱ　「廃棄物」概念をめぐる行政解釈，判例の動向

１．行政解釈

法令上，「廃棄物」は「ごみ，粗大ごみ，燃え殻，汚泥，ふん尿，廃油，廃酸，廃アルカリ，動物の死体その他の汚物又は不要物であって，固形状又は液状のもの（放射性物質及びこれによって汚染された物を除く。)」と定義される（廃棄物処理法２条１項）[4]。

この「廃棄物」の定義に関する行政解釈は，清掃法[5]に代わり廃棄物処理法が施行された当時において，「ごみ，粗大ごみ，汚泥，廃油，ふん尿その他の汚物又はその排出実態等からみて客観的に不要物として把握することができるもの」[6]であり，「客観的に汚物又は不要物として観念できる物であって，占有者の意思の有無によって廃棄物又は有用物となるものではない」[7]という，いわゆる「客観説」であった。

しかし，客観説によると，「廃棄物と認定されたもの」を再生利用して「廃棄物ではないもの」にすることができなくなる，という問題が生じる[8]。そこで，国は解釈を改め，「廃棄物とは，占有者が自ら利用し，又は他人に有償で売却することができないために不要になった物をいい，これらに該当するか否かは，占有者の意思，その性状等を総合的に勘案すべきものであって，排出された時点で客観的に廃棄物として観念できるものではない」[9]という，いわゆる「総合判断説」を提示した。

総合判断説に対して，実務の見解は概ね肯定的である。ただし，「単に占有者がある物につきこれをごみ，廃品ではないとの認識を有していたとしても，それのみで廃棄物ではなくなるとすれば，法的安定性を欠き，生活環境の保全及び公衆衛生の向上という本法の目的を全

---

[3] バイオマス活用推進基本法（平成21年法律第52号），農林漁業の健全な発展と調和のとれた再生可能エネルギー電気の発電の促進に関する法律（平成25年法律第81号）等。
[4] この規定は，平成４年法律第105号による改正で漢字表記の修正があった以外，制定当時から変わらない。
[5] 昭和29年法律第72号。廃棄物処理法の施行に伴い，昭和46年９月24日廃止。
[6] 昭和46年10月16日環整第43号，厚生省環境衛生局長通知。
[7] 昭和46年10月25日環整第45号，厚生省環境整備局環境整備課長通知。
[8] 大塚直「廃棄物の定義（１)」法学教室316号（2007年）40頁。
[9] 昭和52年３月26日環計第37号，厚生省環境整備局水道環境部計画課長通知。

うすることができないので相当でない」[10]とか，「廃棄物に当たるか否かは占有者の意思のみによって決するとすることも，本法の目的が生活環境の保全及び公衆衛生の向上にあることからして適当でない」[11]というように，「占有者の意思」を慎重に解する姿勢が見られた[12]。

２．判例の動向

次いで，廃棄物概念に対する司法判断の動向を検証しておきたい[13]。

【１】　最判昭和56年１月27日最高裁判所刑事判例集35巻１号１頁（廃タイヤ野積み事件）

この事件では，無許可のまま廃タイヤの運搬事業を行った被告人の行為に関して，廃タイヤは廃棄物処理法14条１項ただし書にいう「もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物」に当たるか，という争点について，次のように判示された（下線は本稿筆者）。

「廃棄物の処理及び清掃に関する法律14条1項ただし書にいう『もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物』とは，その物の性質及び技術水準等に照らし再生利用されるのが通常である産業廃棄物をいう と解するのが相当である。……本件自動車の廃タイヤは，本件当時，一般に再生利用されることが少なく，通常，専門の廃棄物処理業者に対し有料で処理の委託がなされていたものであるというのであるから，たとえ，被告人がこれを再生利用の目的で収集，運搬したとしても，これが右にいう『もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物』にあたらないことは明らか」である。

ここでは，「もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物」は客観的に定まる，という姿勢が見られるところであり，廃タイヤの再生利用例が少なく，通常は処理料金の徴収があるという実態に着目している。

【２】　最判平成11年３月10日最高裁判所刑事判例集53巻３号339頁（おから事件）

「おから事件」とも称されるこの事件の争点は，無許可のまま豆腐製造業者から処理料金を徴して「おから」を収集・運搬し，自社工場において熱処理し乾燥させていた被告人の行為に関して，「おから」は廃棄物処理法上の「産業廃棄物」に当たるかどうかであった。最高裁は以下のように判示している（下線は本稿筆者）。

---

[10]平野龍一ほか編『注解特別刑法第３巻公害編Ⅱ』〔土本武司執筆部分〕（青林書院，1985年）4-5頁。
[11]伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第７巻』〔古田佑紀執筆部分〕（立花書房，1987年）232頁。
[12] 占有者の意思を重視する傾向が豊島事件などの不法投棄事件を惹き起こすことになったと指摘される。阿部泰隆「廃棄物処理法の改正と残された法的課題（一）」自治研究69巻６号（1993年）３頁。
[13] なお，廃棄物概念を争点とする訴訟は多いが，すべてを網羅するものではない。ここでは，廃棄物概念を形成する重要な判例のほか，バイオマスをテーマとする本稿の趣旨に関連するものを選択している。

「産業廃棄物について定めた廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令（平成５政令第385号による改正前のもの）２条４号にいう『不要物』[14]とは，自ら利用し又は他人に有償で譲渡することができないために事業者にとって不要になった物をいい，これに該当するか否かは，その物の性状，排出の状況，通常の取扱い形態，取引価値の有無及び事業者の意思等を総合的に勘案して決するのが相当である。……，おからは，豆腐製造業者によって大量に排出されているが，非常に腐敗しやすく，本件当時，食用などとして有償で取り引きされて利用されるわずかな量を除き，大部分は，無償で牧畜業者等に引き渡され，あるいは，有料で廃棄物処理業者にその処理が委託されており，被告人は，豆腐製造業者から収集，運搬して処分していた本件おからについて処理料金を徴していたというのであるから，本件おからが同号にいう『不要物』に当たり，前記法律〔廃棄物処理法〕２条４項にいう『産業廃棄物』に該当する」。

行政解釈が採用する総合判断説を基本的に追認するものであるが[15]，最高裁はおからに「取引価値」があるかどうかを重視している。この点で，占有者の意思よりも，客観的事実に着目する姿勢が見られる。これ以降，廃棄物概念に関する判例として，この判示は踏襲されることとなる。

【３】　東京高判平成20年４月24日判例タイムズ1294号307頁
【４】　東京高判平成20年５月19日判例タイムズ1294号307頁

家屋解体業等を営む各被告人が解体工事により生じた「木くず」を選別し，再生利用としてチップ製造を行う同一の相手方に対して無償で処分を委託したところ，各被告人の行為が廃棄物処理法違反であるとする略式命令が確定したが，他方で，相手方については無罪判決が言い渡され確定したことから，各被告人から再審が申し立てられた。この２つの事件は，再審事件の控訴審判決である。当該「木くず」が廃棄物処理法上の「産業廃棄物」に当たるかが争点であった。控訴審判決はいずれも，結論として産業廃棄物該当性を肯定している。【３】事件の判旨は次のとおりである（下線は本稿筆者）。

「廃棄物処理法が廃棄物の処理業を許可制にしているのは，廃棄物が不要であるが故に占有者の自由な処分に任せるとぞんざいに扱われるおそれがあり，生活環境の保全及び公衆衛生の向上に支障が生じる可能性を有することから，その一連の過程を行政の監視の下

[14] 「食料品製造業，医薬品製造業又は香料製造業において原料として使用した動物又は植物に係る固形状の不要物」と規定されている。
[15] 秋吉淳一郎「本件判批」法曹時報53巻11号（2001年）228頁。

に置くことによって廃棄物の不法な投棄・処分を防止するためである。したがって，当該物件について市場での価値が存在しないとすれば，それがぞんざいに扱われて不法に投棄等がされる危険性は高まるから，取引価値を有するというのは，重要なメルクマールであり，それは，原則として搬入業者（処分委託業者）が受入業者（処分業者）に対して有償で譲渡できるような場合であることを要するものというべきである。もっとも，有償譲渡できるか否かは，その時の市況によって左右されることもあり，これを絶対的な基準として，通常は有償で譲渡することが可能であるのに，市況等の変動によりたまたま無償で譲り渡しがされたような場合をとらえて直ちに取引価値を欠くものということはできないが，一般的に有償譲渡であるか否かは，それが有用物であるか否かを判定する合理的かつ明確な基準というべきである。」

「しかしながら，上記のように有償譲渡が行われず，その意味では取引価値のない物であったとしても，関係法令に照らし，再生利用を含む循環的な資源の有効利用が促進されるべきことは明らかといってよく，それに対する社会的な要請，期待感も大きい。これに取り組む企業が廃棄物処分業の許可を得た上で再生利用を行うことができることは当然としても，これに伴う各種規制等が循環的な資源の有効利用の促進に際して負担となることも否定できないところであり，当該物件の廃棄物該当性を考えるに当たって，以上のような観点から，当該物件の再生利用に関連する一連の経済活動の中で，各事業者にとって，一定の価値があるかどうかという点を，取引価値の判断の一要素として加えることは許されるべきものと考えられる。しかし，このように判断の一要素として加えるとしても，そのためには，単に受入業者により再生利用が行われるというだけではなく，その再生利用が製造事業として確立したものであり継続して行われていて，当該物件がもはやぞんざいに扱われて不法に投棄等がされる危険性がなく，廃棄物処理法の規制を及ぼす必要がないというような場合でなければならない。そして，そのような場合には，再生利用目的があることは廃棄物該当性を否定する事情として考慮することができるものと解すべきである。」

上記判旨には，前記平成11年最判（おから事件）に見られる「取引価値の有無」を重視することを基本にしつつ，一定の条件の下では，（占有者による）再生利用の目的に着目できることが指摘されている。生活環境を保全し，公衆衛生を向上させるという廃棄物処理法の目的と調和がとれることが前提であり，主観的要素であるところの再生利用目的という占有者の意思は，当該物件をめぐる状況として，その再生利用が製造事業として確立・継続し，不法投棄の危険がないという客観的事実の裏付けが必要であることに留意するものである[16]。同様

[16] 西村淑子「【３】事件判批」環境法判例百選〔第２版〕（2011年）151頁。

の考え方を示す【４】事件の判旨は，さらに，「社会的には，再生（リサイクル）と言い張って不適切な処理を行っている業者が後を絶たない実態もあることを考えると，その判断は，相当に慎重でなければならない」とも述べているところである。

【５】　徳島地判平成19年12月21日裁判所ウェブサイト

この事件では，木製品製造業者が自社工場内で発生した「木くず」の一部をボイラー形式の設備で燃焼して蒸気を発生させ，同工場内のプレス施設や乾燥施設の熱源として利用する場合に関して，当該「木くず」は廃棄物処理法上の「廃棄物」に当たるかどうかが争点となった。「木くず」燃焼設備が産業廃棄物処理施設としての要件に適合していないことを理由とする同設備の改善・使用停止命令，設置許可取消処分の取消しを求めた行政訴訟である。裁判所の判示は次のとおりである（下線は本稿筆者）。

「廃棄物処理法２条にいう『廃棄物』とは，自ら利用し又は他人に有償で譲渡することができないために事業者にとって不要になった物をいい，廃棄物に該当するか否かは，①その物の性状，②排出の状況，③通常の取扱い形態，④取引価値の有無及び⑤事業者の意思等を総合的に勘案して決するべきものと解される（……）。」

「このような『廃棄物』該当性の判断において，上記①ないし⑤の判断要素を具体的に検討するに当たっては,『物の性状』につき,当該物が利用用途に要求される品質を満足し，かつ飛散，流出，悪臭の発生等の生活環境保全上の支障が発生するおそれのないものであるか否か,『排出の状況』につき，当該物の排出が需要に沿った計画的なものであり，排出前に適切な保管や品質管理がなされているものであるか否かなどの観点を踏まえるべきである。また,『通常の取扱い形態』及び『取引価値の有無』については，排出業者が自ら利用する場合以外の場合には，製品としての市場が形成されており，廃棄物として処理されている事例が通常は認められないものであるか否か，当該物が占有者と相手方の間で有償譲渡がなされており，当該取引に客観的合理性があるものと認められるか否かなどの観点を踏まえるべきであるが，排出業者が自ら利用する場合には，必ずしも他人への有償譲渡の実績や市場の形成等を前提にすることなく，通常の取扱い及び個別の用途に対する利用価値などの観点を踏まえるべきである。さらに,『事業者の意思』については，客観的要素から社会通念上合理的に認定し得る事業者の意思として，適切に利用し若しくは他者に有償譲渡する意思が認められる，又は放置・処分の意思が認められないものであるか否かなどの観点を踏まえるべきであり，以上の観点を踏まえ，総合考慮して『廃棄物』該当性を判断すべきものと解する。」

「本件木くずの性状（判断要素①）」「本件木くずは本件ボイラーの燃料として利用されるべき品質を備えているものと推認され」る。「収集から燃焼までのすべての過程において，

本件木くずが飛散あるいは流出すると認められず，……大量投入等による爆発的燃焼が発生する危険性についてもにわかに認められない。……悪臭等の発生があるものと認めるに足りる証拠もない。」

「本件木くずの排出の状況（判断要素②）」「本件設備が，本件木くず……を燃焼に供するために設計・設置されたこと（……）に照らせば，本件木くずの排出については，有効活用できる物として，これが常時発生することを前提に，その需要が織り込まれているものと評価できる。……本件木くずの排出の状況は，需要に沿った計画的なものであり，排出前に適切な保管や品質管理がなされているものといえる。」

「木くずに関する『通常の取扱い形態』（判断要素③）」「木くず一般は，廃棄物処理法施行令にも挙げられる典型的な産業廃棄物（同施行令２条２号）であり，市場において広く取引されているような実態は認められない。」「しかし，本件は，排出事業者である原告が自ら利用する場合であり，必ずしも，有償譲渡の実績や市場の形成が必要であるとはいえない。そして，地球温暖化の防止や循環型社会の形成等の観点から，……『バイオマス』……の有効活用が注目されていること（……），各都道府県における『自社の木くずを燃料として使用する場合』の廃棄物処理法上の取扱いについて，『廃棄物』に該当しないとするものが７県，場合により『廃棄物』としないとするものが16道県あり（……），……自社の製造工程で発生した木くずを燃料とするボイラーについて廃棄物処理法上の規制が課せられていない実例が複数あること（……），木粉が燃料として取引対象となっている事例があり（……），原告も本件木くずを燃料として他社に売却するための商談を進めていること（……）などを勘案すると，排出事業者が自ら木くずを燃料として利用することも，木くずの通常の取扱い形態の１つに当たるものと解される。」

「木くずの取引価値の有無（判断要素④）」「本件は排出事業者である原告が自ら利用する場合であり，個別の用途に対する利用価値の観点から判断すべきである。……自社の製造工程で発生した木くずを燃料とするボイラーについて廃棄物処理法上の規制が課せられていない実例が複数あり，また，このようなボイラーが市販されており（……），少なくとも，木くずは，本件木くずのように排出事業者が自ら燃料として利用する場合にはその利用価値を肯定できるものである。」

「客観的要素から認められる原告の意思（判断要素⑤）」「原告において，本件木くずを本件ボイラーで燃焼させることにより，その処理を外部委託した場合に発生すべき廃棄物処理費用が軽減できることを認識していたであろうことは否定できないが，これが直ちに本件木くずを処分する意思を構成するものとは認められない。……本件ボイラーは木くずそのものを燃料としているものであり，実際に本件工場の熱源として利用されていること……，木くずを燃料とすることが可能なボイラーが製品として販売されており，本件ボイラーも……既製品を利用したものであると認められること（……）などを考慮すれば，原

告において，本件木くずを適切に利用する意思を有していたものと推認される。」

この事件の判旨は，前記平成11年最判（おから事件）に示された廃棄物該当性の判断要素一つひとつに丁寧にあてはめているところが注目に値する。すなわち，(1) 木くずの「物の性状」については，適正管理ができていること，悪臭等の発生もないことを評価し，(2) 木くずの「排出の状況」については，計画的な需給に基づく適切な保管ができていることを評価し，(3) 木くずに関する「通常の取扱い形態」については，バイオマスの有効活用の観点から，木くずを燃料として利用する可能性があること，燃料利用を非規制とする事例があることなどを重視し，(4) 木くずの「取引価値の有無」については，排出事業者が燃料として自己利用する場合の価値を肯定し，(5)「事業者の意思」については，客観的要素から木くずを燃料として適切に利用する原告の意思を推認している。エネルギー源としての「木くず」の利用実態を考慮に入れた事例判断として，妥当であると思われる。

Ⅲ　バイオマス発電の普及促進と「廃棄物」概念

以上に見てきたように，行政解釈において採用された総合判断説は，全体として司法においても一定の支持を得ている。しかし，事柄の性質上，個別具体的な事例判断にならざるを得ないから，総合判断の対象となる各要素の具体性は明確でない部分も多く，それらの要素の「重み付け」も一様になりにくい。それでも，バイオマス発電燃料の特性に応じた基準の具体化・明確化は，規制リスクを軽減し，バイオマス発電の普及促進に資する。

バイオマス発電の場合，資源が広域に分散し，収集コストが増大しやすい，という特徴がある。そのため，発電燃料となるバイオマスが有償譲渡されたものであったとしても，排出側の運送費等の負担がそれを上回る，いわゆる「逆有償」が起こりうる。

一般論として，排出側が「運送費」及び「処理費」を負担する場合や，排出側負担の「運送費」が処理側負担の「買取費用」よりも大きい場合など，排出側が支払う金額が多いときが「逆有償」であり，この場合は廃棄物処理法の規制の対象となる。それに対して，排出側負担の「運送費」が処理側負担の「買取費用」よりも小さい場合や，処理側が「運送費」及び「処理費」を負担する場合など，処理側が支払う金額が多いときは，廃棄物処理法の規制の対象外となる。

バイオマス発電燃料に関する「逆有償」の問題について，国は，次のとおりの解釈を示した[17]。

１　産業廃棄物の占有者（排出事業者等）がその産業廃棄物を，再生利用又は電気，熱若

[17] 平成25年３月29日環廃産発第130329111号，環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部産業廃棄物課長通知。

しくはガスのエネルギー源として利用するために有償で譲り受ける者へ引渡す場合においては，引渡し側が輸送費を負担し，当該輸送費が売却代金を上回る場合等当該産業廃棄物の引渡しに係る事業全体において引渡し側に経済的損失が生じている場合であっても，少なくとも，再生利用又はエネルギー源として利用するために有償で譲り受ける者が占有者となった時点以降については，廃棄物に該当しないと判断しても差し支えないこと。

２　上記１の場合において廃棄物に該当しないと判断するに当たっては，有償譲渡を偽装した脱法的な行為を防止するため，……次の点にも留意する必要があること。

(1)　再生利用にあっては，再生利用をするために有償で譲り受ける者による当該再生利用が製造事業として確立・継続しており，売却実績がある製品の原材料の一部として利用するものであること。

(2)　エネルギー源としての利用にあっては，エネルギー源として利用するために有償で譲り受ける者による当該利用が，発電事業，熱供給事業又はガス供給事業として確立・継続しており，売却実績がある電気，熱又はガスのエネルギー源の一部として利用するものであること。

(3)　再生利用又はエネルギー源として利用するための技術を有する者が限られている，又は事業活動全体としては系列会社との取引を行うことが利益となる等の理由により遠隔地に輸送する等，譲渡先の選定に合理的な理由が認められること。

「逆有償」であっても，①再生利用またはエネルギー源として利用する目的で，②有償譲渡されたものは，廃棄物に該当しないと判断することができる。これにより，遠隔地のため輸送コストが掛かるようなバイオマス発電燃料の広域利用が可能となる。なお，廃棄物処理法の目的との整合性を図ることも重要であるから，再生利用またはエネルギー源としての適正な利用実態があることなどに留意すべきことにも言及されている。

その後，これまでに議論を踏まえて，バイオマス発電燃料の廃棄物該当性に関する判断基準は，次のとおり具体化・明確化されるに至った[18]。

バイオマス発電燃料が廃棄物処理法第２条に規定する廃棄物に該当するか否かは，①その物の性状，②排出の状況，③通常の取扱い形態，④取引価値の有無及び⑤占有者の意思等を総合的に勘案して判断すべきものである。

具体的な判断に当たっては，廃棄物の疑いのある燃料については以下のような各種判断要素の基準に基づいて検討すること。

[18] 平成25年６月28日環廃対発第1306281号，環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部産業廃棄物課長通知。

① 燃料の性状

当該燃料を使用する発電施設において要求される品質を満足し，かつ飛散，流出，悪臭の発生等の生活環境の保全上の支障が発生するおそれのないものであること。

② 排出の状況

当該燃料の生産及び出荷が需要に沿った計画的なものであり，適切な保管や品質管理がなされていること。

③ 通常の取扱い形態

燃料としての市場が形成されており，廃棄物として処理されている事例が通常は認められないこと。

④ 取引価値の有無

占有者と取引の相手方の間で有償譲渡がなされており，なおかつ客観的に見て当該取引に経済的合理性があること。

（実際の判断に当たっては，名目を問わず処理料金に相当する金品の受領がないこと，譲渡価格が競合する燃料や運送費等の諸経費を勘案しても双方にとって営利活動として合理的な額であること，有償譲渡の相手方以外の者に対する有償譲渡の実績があること等の確認が必要であること。なお，運搬費が有償譲渡の価格を上回ることのみをもってただちに取引価値が無いと判断されるものではないこと。）

⑤ 占有者の意思

客観的要素から社会通念上合理的に認定し得る占有者の意思として，適切に利用し若しくは他人に有償譲渡する意思が認められること，又は放置若しくは処分の意思が認められないこと。

（したがって，単に占有者において自ら利用し，又は他人に有償で譲渡することができるものであると認識しているか否かは廃棄物に該当するか否かを判断する際の決定的な要素となるものではなく，上記①から④までの各種判断要素の基準に照らし，適切な利用を行おうとする意思があるとは判断されない場合，又は主として廃棄物の脱法的な処理を目的としたものと判断される場合には，占有者の主張する意思の内容によらず，廃棄物に該当するものと判断されること。）

総合判断説に立つことが前提であるから，「占有者の意思」も判断要素の一つに挙げられるが，他の判断要素に比して，補助的な位置付けとしており，また，客観的に認定されるべきものであるとしている。これからは，客観性を担保しうる適正な品質管理，需給の計画性，取引価値が判断のポイントとなると思われる。

Ⅳ　むすびにかえて

国は，廃棄物由来のバイオマスに関する調査を実施しており，それによると，廃棄物該当性について地方公共団体が対応した相談事例は，表２のようなものがある。

表２　地方公共団体が対応した廃棄物該当性に関する相談事例

	品目		利用方法	判断要素
有価物と判断した事例	木くず		直接燃焼	適正な品質・需給管理，有価購入
	動物のふん尿		直接燃焼	燃料として別法人製造，有価購入
	動植物性残さ		直接燃焼	有価購入
	その他・混合物		メタン発酵	適正な品質・需給管理，有価購入
廃棄物と判断した事例	木くず		直接燃焼	処理料金の徴収
			燃料化	処理料金の徴収
	動物のふん尿		燃料化	他社の廃棄物
	汚泥		直接燃焼	単純乾燥（悪臭），同性状の汚泥は産廃
	一般廃棄物	木くず	直接燃焼	処理料金の徴収
			燃料化	処理料金の徴収
		動植物性残さ	メタン発酵	同性状の残さは廃棄物，有価購入
		汚泥	メタン発酵	自治体事業で発生，有価購入せず
未判断事例	動物のふん尿		直接燃焼	
	その他・混合物		直接燃焼	

資料出所：環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部産業廃棄物課「平成24年度バイオマス発電燃料等に関する廃棄物該当性の判断事例集」（平成25年３月）[19]

「有価物と判断した事例」（廃棄物と判断されなかった事例）では，やはり，客観性を担保しうる要素として，適正な品質管理がされ，需給の計画性があり，有償譲渡である点が特に評価されていると言える。「廃棄物と判断した事例」では，処理料金が徴収されていたり，品質管理が不適正であったりするなどの事情が見受けられる。バイオマス発電燃料の廃棄物該当性に関する判断基準の具体化・明確化は，今後，実務において有効に機能するものと思われる。

バイオマス発電は，資源が広域に分散する傾向にあり，収集コストが増大しやすい。木質

[19] 表２は，国の調査において収集された相談の経緯が明らかな事例27件について整理したものである（なお，同調査では，相談の経緯が不明な事例43件も掲載されている）。「判断要素」項目は，判断事例集に掲げられた一覧から本稿筆者が適宜まとめたものである。

バイオマスの場合，原価構成に占める燃料費の割合が７割近くに達し，燃料費のうち運搬コストが約半分を占めるという[20]。そのため，事業の集約化，効率利用による燃料代の削減と，自家発電や熱利用の促進が，バイオマス発電の導入量拡大に向けた課題であると指摘されている[21]。廃棄物由来のバイオマスであれば，これが「逆有償」の原因となりうるが，バイオマス発電燃料の廃棄物該当性に関する判断基準の見直しによって，一定の交通整理が図られたところである。資源の広域利用による効率的な事業展開が可能となるだろう。

最後に，固定価格買取制度（ＦＩＴ）におけるバイオマス発電の取扱いについて見ておきたい。直近の調達価格・調達期間は表３のとおりである。

表３　バイオマス発電の調達価格・調達期間（2018年度以降）

<table>
<tr><th colspan="2" rowspan="2">調達区分</th><th colspan="3">1kWhあたり調達価格</th><th rowspan="2">調達期間</th></tr>
<tr><th>2018年度</th><th>2019年度</th><th>2020年度</th></tr>
<tr><td colspan="2">メタン発酵ガス（バイオマス由来）</td><td colspan="3">39円＋税</td><td rowspan="8">20年間</td></tr>
<tr><td rowspan="2">間伐材等由来の木質バイオマス</td><td>2000kW以上</td><td colspan="3">32円＋税</td></tr>
<tr><td>2000kW未満</td><td colspan="3">40円＋税</td></tr>
<tr><td rowspan="2">一般木質バイオマス・農産物の収穫に伴って生じるバイオマス固体燃料</td><td>10000kW以上</td><td>入札制度により決定</td><td>―</td><td>―</td></tr>
<tr><td>10000kW未満</td><td colspan="3">24円＋税</td></tr>
<tr><td colspan="2">農産物の収穫に伴って生じるバイオマス液体燃料</td><td>入札制度により決定</td><td>―</td><td>―</td></tr>
<tr><td colspan="2">建設資材廃棄物</td><td colspan="3">13円＋税</td></tr>
<tr><td colspan="2">一般廃棄物・その他バイオマス</td><td colspan="3">17円＋税</td></tr>
</table>

資料出所：資源エネルギー庁「再生可能エネルギー固定価格買取制度ガイドブック2018年度版」[22]

バイオマス発電に関しては，事業規模の小さい事例が多いことに配慮し，2015年度から，固定価格買取制度（ＦＩＴ）における調達価格区分に2,000kW未満の小規模木質バイオマスが加わった。小規模木質バイオマス発電を別区分化した背景には，（１）間伐材等の新規需要が創出されることにより，地域の雇用が増大するなど地域活性化に寄与できること，（２）従来想定されていた（比較的大きい）事業規模に見合う原料を収集できる地域は限られていることが指摘されている[23]。他方で，十分なＦＩＴ認定件数があり，潜在的なコスト低下が見込まれるとして，10,000kW以上の一般木材等バイオマス（バイオマス液体燃料以外）とバイオマ

[20] 総合資源エネルギー調査会省エネルギー・新エネルギー分科会新エネルギー小委員会(第３回)資料３「バイオマス発電事業の持続的な普及に向けて」(2014年９月10日) 12頁，
http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/shoene_shinene/shin_ene/pdf/003_03_00.pdf。
[21] 総合資源エネルギー調査会省エネルギー・新エネルギー分科会新エネルギー小委員会(第１回)資料３「再生可能エネルギーを巡る現状と課題」87頁，
http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/shoene_shinene/shin_ene/pdf/001_03_00.pdf。
[22] http://www.enecho.meti.go.jp/category/saving_and_new/saiene/data/kaitori/2018_fit.pdf（最終閲覧日：2018年５月25日)。
[23] 調達価格等算定委員会「平成27年度調達価格及び調達期間に関する意見」(平成27年２月24日)26頁。

ス液体燃料については，入札制度に移行することとなった[24]。

[24] 調達価格等算定委員会「平成30年度以降の調達価格等に関する意見」（平成30年２月７日）43頁以下。

第　６　章

小水力発電の法的課題
―普通河川管理条例に関する課題を中心に―

神奈川大学教授

三　浦　大　介

Ⅰ　はじめに

わが国においては，特に日露戦争後から戦後復興期にかけて水力発電に係る電源開発が増大し，それまでの治水を中心とした旧河川法が廃止され，新たに昭和 39 年，利水対策をも視野に入れた新河川法が制定された[1]。

だがその頃から，火力発電のシェアが水力発電を抜き，発電における水力需要は低下の一途を辿っていったが，近年，太陽光，風力等とともに，水力発電は「再生可能エネルギー」として再評価されるに至っている。

再生可能エネルギーは，第４次エネルギー基本計画において「導入を最大限加速する」とされているが，以下はその中の「水力」に関する記述である。

「水力発電は，渇水の問題を除き，安定供給性に優れたエネルギー源としての役割を果たしており，引き続き重要な役割を担うものである。

このうち，一般水力（流れ込み式）については，運転コストが低く，ベースロード電源として，また，揚水式については，発電量の調整が容易であり，ピーク電源としての役割を担っている。

一般水力については，これまでも相当程度進めてきた大規模水力の開発に加え，現在，発電利用されていない既存ダムへの発電設備の設置や，既に発電利用されている既存ダムの発電設備のリプレースなどによる出力増強等，既存ダムについても関係者間で連携をして有効利用を促進する。

また，未開発地点が多い中小水力についても，高コスト構造等の事業環境の課題を踏まえつつ，地域の分散型エネルギー需給構造の基礎を担うエネルギー源としても活用していくことが期待される。」

以上のように，水力はもはや電源の主力にはならないとしても，ベースロード電源として位置づけられ，その重要性はなお認識されているのと同時に，地域分散型電源としての中小水力発電開発が期待されている。従来の大規模ないし大量の電源開発との対比において，再生可能エネルギー等による，環境への負荷の少ない多様な電源開発へ関心が寄せられるなか，中小水力の導入ポテンシャルは，特に水資源の豊かなわが国では小さくないはずである[2]。その推進に向けた諸分野からの多角的な研究が必要である。

本稿では，わが国で縦横に走る河川による小水力発電に係る法制度の論点，特に河川法上の流水占用許可制度に関する現代的論点を指摘した上で，河川の上流域にあたる山間地の渓

---

[1] 河川法研究会編『河川法解説［改訂版］』（大成出版，2006年）6-9頁参照。なお，旧河川法制定以降の経緯については同書４頁以下に詳しい。

[2] 伊藤康は，複数機関による推計では小水力発電のポテンシャルは小さく見積もられているが，それは過小評価ではないかと疑問を呈している（伊藤康「小水力発電の現状・意義と普及のための制度面での課題」科学技術動向研究129号（2012年）11-12頁参照）。

流河川を利用した小水力発電に着目し，その法的課題を論じていく[3]。

小水力発電促進の意義について論じた伊藤康は，小水力発電の導入ポテンシャルは太陽光や風力と比較して小さいといわれているが，それについては，「流水量や落差等の賦存量が，太陽光や風力に比較すれば，ある程度正確に見積もることが可能であることの裏返しという面もある。すなわち，小水力は技術的・経済的な面で相対的に低いリスクで開発できる再生可能エネルギー発電であり，優先して開発すべき再生可能エネルギー電源であると言える」[4]と主張する。このように導入に係るコスト面での優位性が指摘されており，向後の開発促進が期待されるところであるが，そうした中，その開発に係る法的な課題を適示することは必要な作業であると考える。

さらに伊藤は，小水力発電の適地である中山間地域に位置した小さなコミュニティである市町村では，小水力発電が電力需要のかなりの部分を賄うことができることを指摘している[5]。本研究が渓流河川の電源開発に着目する理由は，こうた中山間地コミュニティにおける電力自給の利点に加え，後に述べるように，渓流発電事業の地域振興的側面に着目したことによる。

なお，前記エネルギー基本計画では「中小水力発電」として括っているが，本稿では以上のことから，中小水力発電のうち出力 1,000 キロワット以下の小水力発電[6]を検討の対象とする。

Ⅱ　小水力発電事業と河川法

１．小水力発電の種類

水力発電は，水流の力を利用してタービンを回すことで発電するものであり，高低差によって水力を得るのが基本である。

小水力発電の特徴は，既存の施設を利活用して行うことが可能な点にあり，農業用水，既設水力発電所放流水，工業用水，各種ダム施設，上水道施設，下水処理施設等を利用することで発電が得られる。これら既存施設の流水や施設の高低差を利用できれば，発電システムの設置コストを抑えることができるのである[7]。

---

[3] 本稿の内容については，三浦大介「小水力の利用と管理―地域社会の持続に向けて」日本エネルギー法研究所月報249号（2017年）1-3頁において概要を示している。

[4] 伊藤・前掲注(２)13頁。

[5] 伊藤・前掲注(２)13-14頁参照。

[6] いかなる規模の水力発電を，小水力発電と呼ぶかについては，明確でない。出力との関係では，10,000キロワット以下を「小水力発電」と定義するものもあるが，本稿では，新エネルギー利用等の促進に関する特別措置法２条及び同法施行令１条９号で，出力1,000キロワット以下の水力発電を同法の適用対象としていることを受け，これを小水力発電として位置付けることとする（これについては全国小水力利用推進協議会のwebページ，(http://j-water.org/about/index.html#about01) を参照)。

[7] 小水力発電の種類等につき，全国小水力利用推進協議会の前掲注(６)webページを参照。

こうした方法のほか，河川の流水を導管で取水して直接に利用することももちろん可能であり，特に小水力の場合，高低差の大きい山間地の河川は適地といえ，その活用が期待されているところである。

２．河川管理制度改正の概要

国土交通省は小水力発電の水利使用手続につき，これまで簡素化・円滑化を図ってきた。

農業用水や既設ダムの使用水を利用する発電を「従属発電」と呼び，「通常の水力発電」と区別した上で，平成 17 年に，かかる従属発電に関する申請書類（申請書の添付図書）の簡素化を行った。具体的には，従属発電の水利使用許可申請に必要な書類を「水力発電計画の概要」，「発電に使用する水量の根拠」のみとし，「通常の水力発電」の際に必要とされるその他の申請書類（「河川流量の確認資料」，「発電のための取水が可能かどうかの計算書」，「治水・利水・環境への対策」，「発電施設の構造計算書，設計図」，「関係河川使用者の同意書」）の提出を不要とした。既存施設の流水を利用する限りにおいては，すでに当該既存施設の水利許可発給に関し把握できている情報について，あえて提出する必要はないとの判断であろう。

平成 23 年には，一級河川の知事管理区間における「従属発電」につき，水利使用許可の権限を国土交通大臣から都道府県知事又は指定都市の長へ権限を移譲し，さらに同年，総合特別区域法における「地域活性化総合特別区域計画」に記載された従属発電について，国土交通大臣の認可等を不要とし，水利使用許可の標準処理期間につき，国土交通大臣が行うものとして 10 ヶ月，地方整備局長等が行うものとして５ヶ月とされていたのを，１ヶ月に短縮した。

また平成 25 年，一級河川指定区間での「通常の水力発電」について，1,000 キロワット未満の小水力発電につき関係行政機関との協議等を不要とし，水利使用許可の権限を国土交通大臣から都道府県知事又は指定都市の長へ移譲した。そして同年，同じく通常の水力発電について，非かんがい期等における小水力発電に係る水利使用手続を簡素化した。

さらに同年，大きな改革を行っている。これまでは「従属発電」であっても，水利使用について許可の対象とされてきたが，これを登録制に切り替えた。すでに許可を受けている農業用水等を利用する従属発電については，河川流量に新たな影響を及ぼすものではないとの理由によるものである。これにより，一定の要件を充たしていれば登録となり，関係行政機関との協議等ないし関係河川使用者の同意が不要となった。登録制の手続簡素化は，従属元の水利使用許可の審査時に，取水による河川環境や下流での利水に及ぼす影響を確認していることによるものである[8]。

---

[8] 以上につき，国土交通省のwebページ，
（http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/shigenkentou/dai01/pdf/s06.pdf#search=%27%E5%9B%BD%E5%9C%9F%E4%BA%A4%E9%80%9A%E7%9C%81+%E5%B0%8F%E6%B0%B4%E5%8A%9B%E7%99%BA%E9%9B%BB%E

これら一連の改革を行うため，政令を改正したほか，従属発電の登録制導入については河川法改正を行っている。小水力発電による河川の利活用について，河川法を所管する国土交通省の積極的姿勢を窺うことができよう。

ところで，国土交通省の従属発電に係る改革については，主要には農業用水を念頭に置いたもののように思われる。平成 25 年 12 月 11 日には，特に慣行水利権に係る小水力発電の水利使用手続の簡素化についての周知を図っている。その内容は，期別の取水量が明確であり従属関係が確認できる慣行水利権に係る小水力発電は登録制の対象となるが，かかる場合の取水量調査を簡素化するものである[9]。慣行水利権とは，河川流水の取水に関する慣習法的権利であり，農業用水の取水はこの慣行水利権に基づくものが多い。慣行水利権のある農業用水での小水力発電をあえてとりあげているのでは，わが国にあまた存在する農業用水を利用した小水力発電のポテンシャルが相対的に高いと考えられるからであろう。慣行水利権と小水力発電に関する問題については後述する。

３．河川法23条の流水占用許可制度

①流水占用許可の許可基準

「水利使用」には，河川法上，河川流水の占用許可が必要となる。すなわち，河川の流水を特定目的のために占用する場合には，河川法 23 条に定める「流水占用許可」の対象となるのである（なお河川法において「水利使用」とは，「流水の占用又は第二十六条第一項に規定する工作物で流水の占用のためのものの新築若しくは改築をいう」(23 条の２）とあり、流水占用に係る工作物の設置等の行為をも含む[10])。

さて，23 条は「河川の流水を占用しようとする者は，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。」と定め，河川流水の占用を河川管理者の許可にかからしめている。

河川流水は農業，発電，鉱工業，上水道，養殖，消雪等多様な用途に供されており，国民生活や産業に欠くことのできない存在[11]であるといわれてきた。ただし，河川管理者はいかなる場合に，いかなる条件の下で占用許可を与えることができるか，あるいはいかなる場合に許可を与えてはならないのかについては，河川法や河川法施行令等付属法規に明記されていない。いわゆる「白地規定」であり，許可運営にあたり河川管理者の裁量権が観念される制度である。

3%81%AE%E6%B0%B4%E5%88%A9%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%89%8B%E7%B6%9A%27）を参照。なおこの資料は，平成26年度より開始された「資源としての河川利用の高度化に関する検討会」での配付資料である。筆者はこの検討会に参加し，多くの知見を得ることができた。

[9] 前掲注（７）の資料を参照。

[10] なお，河川法令研究会編『よくわかる河川法[第２次改訂版]』（ぎょうせい，2012年）78頁も参照。

[11] 河川法令研究会編・前掲注(10)76頁。

もっとも，法規の形式ではないが，許可をするかどうかの際に判断の基準となる「審査基準（行政手続法５条関係）」が国土交通省により策定されている。それは以下の通りである。

（ア）水利使用の目的及び事業内容が，国民経済の発展及び国民生活の向上に寄与し，公共の福祉の増進に資するものであること。　（イ）申請者の事業計画が妥当であるとともに，関係法令の許可，申請者の当該事業を遂行するための能力及び信用など，水利使用の実行の確実性が確保されていること。　（ウ）河川の流況等に照らし，河川の適正な利用及び流水の正常な機能の維持に支障を与えることなく安定的に当該水利使用の許可に係る取水を行えるものであること。　（エ）流水の占用のためのダム，堰，水門等の工作物の新築等が河川法第 26 条第１項（工作物の新築等の許可）の審査基準を満たしているなど，当該水利使用により治水上その他の公益上の支障を生じるおそれがないこと。　（オ）新規の場合は，新たな水源措置が講じられていること（慣行水利権を法定化する場合及び取水量と同量を河川に放流する場合を除く）。

ここでは特に，上記（ウ）の審査基準をとりあげたい。これは，河川法の平成９年改正で注目された，「河川環境の整備と保全」が目的規定に挿入されたことと大いに関連する事項であり，今後小水力発電が推進されるにあたって重要な考慮事項となるものと考えられる。というのも，発電のために流水を取水し，発電後，下流域に使用した流水を放流することになるが，取水地点から放流地点までの区間は流水が減少することになる。こうした区間を「減水区間」と呼んでいるが，当該区間における生態系への影響が懸念されるので，河川環境の保全の観点から，この審査基準の適正な運用が望まれるわけである。

②河川法の法目的の変遷

この審査基準の意義を追究するため，河川法の法目的の変遷を概観したい。

河川法は明治 29 年に制定された。制定当初においては治水中心の規定であったことはよく知られている。制定当初は目的規定を持たず，１条では「此ノ法律ニ於テ河川ト称スルハ主務大臣ニ於テ公共ノ利害ニ重大ノ関係アリト認定シタル河川ヲ謂フ」とされ，河川法適用河川に関する定めが置かれているに過ぎない。ただこの規定で重要なのは，河川法は全国のあまねく河川を適用対象とした法律ではないことを宣言した点にある。つまり制定当初の１条により，「法定外河川」の存在が明確にされたのである。この法定外河川に関する問題については後に検討する。

さて，河川法は河川工事の費用負担等，治水に関する規定を中心に構成された法律であったが，工業用水の需要が増加し，水力発電の電源開発が進むと，利水に係る規定を充実させる必要が生じ，昭和 39 年に明治 29 年河川法を廃止し，全面的にリニューアルするかたちで新たに河川法を定めた。そのため明治河川法を「旧河川法」，昭和 39 年法を「新河川法」と呼ぶことがある。

この新河川法は目的規定を１条に定め，「この法律は，河川について，洪水，高潮等による

災害の発生が防止され，河川が適正に利用され，及び流水の正常な機能が維持されるようにこれを総合的に管理することにより，国土の保全と開発に寄与し，もつて公共の安全を保持し，かつ，公共の福祉を増進することを目的とする。」とし，治水に加え，河川の適正利用の確保等，利水対策も図る法律であることを明らかにした（もっとも，旧河川法においても利水に係る規定は置かれていたが，重点はあくまでも治水対策であった)。

その後，平成８年 12 月４日の河川審議会提言「社会経済の変化を踏まえた今後の河川制度のあり方について」は，河川制度を取り巻く状況が大きく変化してきており，河川の役割につき，従来の治水・利水だけでなく，「うるおいのある水辺空間や多様な生物の生息・生育環境として捉えられるようになっている」と述べるに至った[12]。この背景には，治水対策に傾くあまりに三面コンクリート張りの水路と化し，生き物の棲み処であることを失った川を生みだしてきたという事実がある。

この提言を受けて，平成９年に河川法改正が行われた。改正法では１条の目的規定が以下のように改正された。

「この法律は，河川について，洪水，高潮等による災害の発生が防止され，河川が適正に利用され，流水の正常な機能が維持され，及び河川環境の整備と保全がされるようにこれを総合的に管理することにより，国土の保全と開発に寄与し，もって公共の安全を保持し，かつ，公共の福祉を増進することを目的とする。」

このように，従来の治水・利水に加えられた「河川環境の整備と保全」は，まさに法改正の契機となった重要な法概念であって，河川環境保全は，河川管理において相応の重要性を持った考慮事項になったといえるのである。

③治水・利水・環境保全の三要素

しかし，環境保全が目的規定に書き上げられたからといって，具体の河川管理制度，例えば流水占用許可の基準としてそれが法律上明記されたわけではない。また，河川法の実務系解説書は，「『河川環境の整備と保全』は，河川の総合的管理の一内容として追加されたものであり，河川環境だけを特別に重視すべきという趣旨ではない。河川の管理は，治水，利水及び環境の総合的な河川管理が確保されるように適正に行うべきである」としている。

改正法上の河川環境保全に関するかかる把握は，特段誤ったものではない。環境保全絶対の原則が打ち立てられたわけではないし，その意味で個別規定に係る判断基準として条文上明記されていないのも理解できる。

他方で，上記解説書は以下のように続けている。「実際には，環境の目的と治水，利水目的が相反する場合もあるが，その場合には，それぞれの目的を対立的に捉えるのではなく，総

[12] 国土交通省のwebページ，
(https://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/past_shinngikai/shinngikai/shingi/to9612s.html)を参照。

合的な河川管理が行えるよう，個別の河川の河川環境の状況や治水安全度等をふまえ，地域の意向を反映しつつ，ケースバイケースで判断していくべきである。」[13]

まず確認されるべきは，環境保全は治水・利水に劣後するものではないということである。さらに，これらの目的がバッティングした場合には，まさに「ケースバイケース」の考慮が必要となることは理解できるが，こうした複数の考慮要素が並立している場合であっても，実質的な判断に際しては，法の趣旨に照らしていずれかの要素に重みづけをしなければ適切な結論は得られないはずである。その際に確認しておくべき事項として，平成９年改正は，過去の治水・利水対策偏重の河川管理に対する「反省の上に立って」行われたものだということである。

治水については，長年にわたりコンクリートを使用してきたのであって，工事においては，これまでの技法を踏襲すればよいだけのはなしであろう。しかし，コンクリートを使用せず，自然の岩石や木材を使用して工事を行う「近自然工法（「多自然型工法」とも呼ばれている）」がすでに 90 年代から導入されている。近自然工法は，河川の全線にわたって用いることはできないようだが，部分的であるにせよ，長年にわたり培われた，安定した技術によるコンクリートによる工法を採用せず，あえてこの工法を持ち込むのは，できうる限り環境面に配慮しようという理念の現れといえる。また，これは砂防に関する事項であるが，砂防ダムの建設にあっては，従来の「クローズ堰堤」（遮蔽するタイプのダム）だけでなく，近年では「スリット堰堤」（ダムの面に隙間を開け，平常時には隙間から流水・土砂を下流に流し，また生物の往来も確保するダム）が導入されている。

近自然工法にせよスリット堰堤にせよ，これらは治水と環境保全の「調和」を試みるものであるが，こうした施策の展開は，環境保全への「一定の重みづけ」によってはじめて実現するものといえる。

一方，利水において環境保全は，既存の水利使用権や新規の流水占用の申請に対し，これを制約する要素として登場する。利水と環境保全をフラットな概念として位置づけようとする場合，新規の水利使用申請に対しては，両者の調和を意識して判断を下しやすいが，とりわけ既存の水利使用についてはそれが既得権として観念されることで，実質的に環境保全はこれに劣後するものとして把握される可能性があろう。こうした制約がある中で，それでも時に河川環境保全への配慮から，水利使用に一定の制限を加えなければならない場合を想定すると，相応に軸足を環境保全に置くことで，はじめて適切な判断が得られるものといえる。

わが国における河川管理工法の歴史と河川利用に係る諸権利の存在を前に，管理目的に新たに挿入された河川環境保全を実現させるためには，環境配慮を意識的に捉えることで，はじめて「三要素の調和」を図ることができるものと考えられる。

---

[13] 以上につき，河川法研究会編・前掲注（１）24頁。

④取水量と河川環境保全

さて，上記審査基準（ウ）の「流水の正常な機能の維持に支障を与えることなく……」というところの「流水の正常な機能の維持」とは何であろうか。これは，河川法１条（「流水の正常な機能が維持されるようこれを管理すること」）にも見られるので，河川法上重要な概念と考えられる。

それでは河川における流水の「正常な機能」とは何か。１条のそれについて先の解説書では，「河川は，本来自然に存在し，無目的なものである。しかしこれを社会的存在として認識するとき，公共用物，すなわち，行政主体が公衆の共同使用のために供している有体物として観念され，従って目的を持った存在となり，一定の機能を果たすことが要求される。河川の流水についても当然その正常な機能が想定されるのである」と述べている[14]。

近代法制である河川法が導入される以前から，農業用水や舟運等，河川は公衆に利用されてきたのであって，その点で河川は古より公共用物としての性質を持っていたし，社会的存在であり続けてきた。河川法が制定された後もしばし同様で，その意味での伝統的な河川流水の「正常な機能」とは，農業用水や舟運等といった，同じく伝統的な河川の目的に照らした機能，言い換えれば，これら目的を確保する機能を果たすことが求められてきたということになろう。

しかし近年では，前記河川審議会答申に見られるように，河川の役割に変化が生じ，多様な生物の生息の場としてこれを保全する必要性が社会的に認知され，これが河川の目的として把握されるに至った現在では，「流水の正常な機能」には，かかる生物多様性ないし生態系の保全を確保する機能を含んでいるものと解すべきである。この点，先の解説書も１条の「流水の正常な機能が維持されるようこれを管理すること」につき，「各種廃水の稀釈浄化，塩害の防止，河道の維持，河口の埋塞防止，既得水利の取水又は舟運のための水位の保持，水生動植物の生存繁殖等の河川の流水が本来有する機能が維持されるよう必要な工事を施し，規制を行うことを意味する」[15]とし，生物の環境への配慮を書いている。

したがって，流水占用許可基準（ウ）の判断においては，河川流水機能維持における伝統的な考慮要素に加え，改正法の趣旨である河川環境保全の機能を損なわないことに一定の重みづけをする必要がある。

これに関連する概念として，「河川維持流量」なるものがある。これは，「河川の適正な利用及び河川の流水の正常な機能を維持できる最低限の流量」を指すもので，新たな流水占用許可が申請された際には，河川の流量から河川維持流量を控除し，さらに既存の水利用に係る流量を控除したうえで，残余の流量が新規申請者の希望する取水量を充足するものである

[14] 河川法研究会編・前掲注（１）22頁。
[15] 河川法研究会編・前掲注（１）22頁。

か否かを審査するものとされている[16]。（ウ）においてはかかる判断も行われることをここで付言しておく。

４．慣行水利権との関係と問題点

河川流水を上流で取水して利用し，利用後に下流に戻すのが流水占用の基本であるとして，その区間の河川流量は減少する。河川管理者は，この減水区間において，河川流水の正常な機能に支障を生じない範囲，すなわち河川維持流量を維持するかたちでの取水を認めるということになる。その際の考慮事項に関しては上述の通りであるが，問題は慣行水利権の存在である。新規の流水占用許可に比し，慣行水利権については管理上の制約が多い。

慣行水利権とは，旧河川法が流水占用許可の制度を創設したものの，同法制定以前より，農業用水等として河川流水の取水実態のあるものについては，河川法施行規程 11 条１項で「河川法若ハ之ニ基キテ発スル命令ニ依リ行政庁ノ許可ヲ受クヘキ事項ニシテ其ノ施行ノ際ニ現存スルモノハ河川法若ハ之ニ基キテ発スル命令ニ依リ許可受ケタルモノト看做ス」とし，許可を与えたものとみなす，いわゆる「みなし水利権」として扱われたものである。なお，新河川法においても，付属の河川法施行法 20 条１項にて「……新法の施行前に旧法又はこれに基づく命令の規定によつてした処分（河川法施行規程第十一条一項の規定により，旧法又はこれに基づく命令の規定による許可を受けたものとみなされるものを含む。），手続その他の行為は，新法の適用については，新法中これらの規定に相当する規定がある場合においては，新法の規定によつてしたものとみなす。……」，さらに 87 条で「一級河川，二級河川，河川区域，河川保全区域，河川予定地，河川保全立体区域又は河川予定立体区域の指定の際現に権原に基づき，この法律の規定により許可若しくは登録を要する行為を行つている者又はこの法律の規定によりその設置について許可を要する工作物を設置している者は，従前と同様の条件により，当該行為又は工作物の設置についてこの法律の規定による許可又は登録を受けたものとみなす。……」とし，旧法に引き続きみなし水利権として慣行水利権を承認した。

もっとも裁判例によると，河川法の上記規定以前に流水使用の慣行が慣習法たる慣行水利権として確立するためには，「その流水の使用が正当で侵害すべからざるものとして社会的に承認されること」を要し，なによりもまず「事実的な流水利用が長期に亘つて反復継続されることが必要」と解されている。そして「水利用の正当性に対する社会的承認を獲得すること」こそ，「慣習を法的規範として成立せしめるゆえん」であるとされている[17]。

さらに慣行水利権の性質について，これを公権と解するか，あるいは私権と解するかについては学説上対立があるが，同じく裁判例では，「私権説をとるにしても私権たる水利権が公共的規律をも同時に受けるという公権私権の重畳性が指摘さるべきである。……即ち右慣行

[16] 河川法研究会編・前掲注（１）146-147頁。
[17] 山形地判昭和63年12月26日訟務月報35巻６号991頁。

水利権を目してその本質私権であると解する説をとるもその内容は必要水量に対する用益権であり，絶対無制限な独占排他的のものということはできない」[18]とされる。もっとも水利権は，必要水量の範囲内での使用において排他的独占的支配が認められるものであり，その点で流水の自由使用とは区別されなければならない[19]。

河川にはこうした慣行水利権と許可水利権（流水占用許可を得て取得する水利権）が並存するのであるが，両者の間では河川管理上の差異が大きい。

許可水利権については，河川法 23 条に基づく流水占用許可申請が必要であることはもとより，審査においては前記の審査基準に基づき利水・治水・環境面から審査に付され，同時に取水量（単位水量×受益面積）についても明確にしなければならない。許可期間は概ね 10 年で，許可水利権者は取水量を把握し，これを河川管理者に報告することが許可の条件として義務付けられている。さらには許可更新時または許可内容に変更が生じた際には許可の維持について見直しがなされる可能性がある。

他方で慣行水利権については，河川法上は許可を受けたものとみなされ，88条で必要な事項を河川管理者に対し届出を行う義務がある。その内容は，河川法施行令48条２項各号に規定されており，「流水の占用に係る河川の名称」（１号），流水を占用している者の氏名及び住所（２号），「流水の占用の目的」（３号），「占用している流水の量」（４号），「流水の占用の条件」（５号），「取水口又は放水口の位置その他の流水の占用の場所」（６号），「流水の占用のための施設」（７号），「流水の占用に係る事業の概要その他参考となるべき事項」（８号）となっている。もっとも４号の取水量については，具体的な数値で表されていない届出も多いといわれている。

いずれにせよ慣行水利権については当該届出のみが義務とされているだけで，しかも未届のものが多いともいわれており，かつ許可水利権者に対して求められる取水量の把握と報告義務はなく，当然に審査の機会もなければ許可期間や許可見直しの機会もない。現に利用秩序が存在し，持続的な流水使用の実態があり，上記の制約を課さなくとも適切な水利権の行使がなされていることが慣行水利権存立の要素であるとしても，取水量の報告義務がないなど，河川管理者として取水実態を把握することが困難であるという点では，河川管理上のブラックボックスになっているともいえる。

Ⅲ　渓流発電と地域振興

江戸時代に農村集落における農業水利の秩序が整っていたわが国では，許可水利権に対し

---

[18] 東京高判昭和35年10月14日最高裁判所民事判例集16巻４号778頁。

[19] 徳島地判昭和52年10月７日判例時報864号38頁。なお，慣行水利権の法的性質についてはわが国で重厚な研究業績があるのは周知のところであるが，本稿ではこれらに触れる余裕はないので，いずれ別稿にて検討したい。

て，圧倒的に慣行水利権の件数が多い。農業用水を利用する従属発電については，適地はそれこそ全国にあり，そのポテンシャルは高いといえるが，農業用水の多くは慣行水利権に基づく取水によるものなので，小水力発電事業者は当該水利権者と交渉しなければならない。同意が得られれば，前述の手続の簡素化により登録申請のみで事業を開始できる。だが，慣行水利権者が施行令に基づく上記届出を行っていない場合，登録申請に先立ち当該届出の必要が生じる。慣行水利権はこの届出のないものが多く，従属発電の登録申請を契機に，河川管理者としては未届慣行水利権による取水状況の把握を努めたいところであろう[20]。

しかし，慣行水利権は河川法制定よりはるか以前から取水実態があるという歴史的背景を有しており，新たに届出の義務の生じる従属発電につき，発電事業者が慣行水利権者から同意を得ることが困難なケースも推察される。

その点，既存のダム施設を利用して行う小水力発電は，河川法（砂防ダムについては砂防法）の所管省である国土交通省が小水力発電の推進政策を掲げているだけに，比較的導入しやすいものと思われるが，「渓流発電」の適所は，水利権者の同意や既存施設の有無に係わりなく，全国の山間地のいたるところにあるので，そうした観点から導入ポテンシャルは相応に高いものと思われる。また，基本的に渓流河川は中山間地域に流れており，発電事業による地域振興が（既存施設の有無や場所を問わず）期待できる。

筆者が調査を行った高知小水力利用推進協議会（現一般社団法人小水力協議会）は，中山間地の農山村集落が主体となる小水力発電事業を推進してきた。多くの中山間地域では，過疎化による人口減少と高齢化の課題を抱えているが，同協議会はこうした地域課題の解決策を提案している。すなわち，発電した電気を全量売電し，それを資金として放置林の間伐の促進や自伐の支援，魚道の修復，集落管理道路の補修，寺社の修復，草刈等を行う。こうした限界集落と呼ばれる地域の課題を解決するための事業として小水力発電を位置づけ，地域社会の持続を企図している。

このような取組みは，再生可能エネルギー開発に新しい意義をもたらすものといえよう。再生可能エネルギーをテーマとする「地域資源の地産地消」についてはこれまでも議論されてきたところであるが，個人や組合等の団体による産業にエネルギーを利用するものや，あるいは売電による収益を個別の産業経営の資金とするものが多いように思われる。同協議会が推進するのは，売電収益を中山間地域における生活に必要な事業の維持に投下するというものである。このような持続可能な「地域社会」の構築に役立つ小水力発電はそれ自体，当該地域全体において特別な公共的事業としての地位を得ることになるであろうし，同様の取

[20] 以上の慣行水利権と河川法の問題につき，国土交通省（資源としての河川利用の高度化に関する検討会）のwebページ，
(http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/shigenkentou/dai01/pdf/s05.pdf)及び
(http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/shigenkentou/dai04/pdf/s03.pdf#search=%27%E6%85%A3%E8%A1%8C%E6%B0%B4%E5%88%A9%E6%A8%A9+%E6%9C%AA%E5%B1%8A%27)を参照。

組みが各地の中山間地域でも検討されるべきである。

このような観点から，本報告では渓流小水力発電に着目したのであるが，以下，渓流発電をテーマに，これに付随する法的課題を取りあげ検討を進めていく。

Ⅳ　河川法適用河川と普通河川

河川の上流部にあたる，山間地を流れる渓流は，いわゆる「普通河川」であることが多い。普通河川とは，河川法の適用を受けない河川であり，その管理のあり方についての問題が指摘されてきたところである。

重要な点は，普通河川の管理権の所在である。河川法適用河川については，一級河川，二級河川、準用河川についてそれぞれ管理者が定められているが，普通河川については実定管理法に根拠を求めることができない。河川法のような公物管理法が適用されない公共用物を法定外公共用物と呼ぶが，法定外公共用物は国有財産であるとの理解から，法定外公共用物たる普通河川も所有権は国にあり，第一次的管理権は国にあるとの理解が有力であった。他方，実際の管理業務は市町村が担っており，「普通河川管理条例」を制定し，当該条例に基づいて管理する市町村もあり，その管理権の正当性について疑問視されてきたのである。

ここで「管理権」についてやや詳しく説明すると，公共用物に対する管理の内容種別として，大きくは「公物管理（機能管理）」と「財産管理」がある。このほか「公物警察」をあげることができる。公物警察の概念そのものについてはさまざまな議論があるので，さしあたりここでは取り扱わない。

公物管理は，公物の効用を増進させるためになされる管理を指し，公物管理法（河川法はここでいうところの公物管理法である）はこれを規律する法であるのに対し，財産管理とは，公物の財産的側面に着目した管理作用であって，国有財産法などはこれを定める財産管理法として位置づけられる。

普通河川の公物管理を市町村が行っていることについて，市町村が国有財産という「他人の物」の管理を行うためには法令上の根拠が必要なはずで，それがない状況下において，市町村が慣行として普通河川を管理してきたと解されている[21]。

このような状況を改めるため，平成 11 年地方分権改革の折に，法定外公共用物である普通河川と里道（公物管理法である「道路法」適用外の道路）について国から市町村に無償譲与されることになった[22]。これによって，公物管理は市町村が担い，他方で財産管理権は所有者である国にある（実際の管理は都道府県知事に委任された「機関委任事務」であった）とい

[21] 塩野宏『行政組織法の諸問題』（有斐閣，1991年）239-240頁参照。

[22] 譲与を行う際に国有財産特別措置法５条１項が改正され，当該譲与に係る根拠規定が置かれた。詳しくは，建設省財産管理研究会編『地方分権と法定外公共用物』（ぎょうせい，1999年）30頁以下を参照のこと。

う状況を改め，公物管理・財産管理ともに市町村の自治事務として位置付けることになったのである。

Ⅴ　普通河川管理の条例パターンと問題点

国から譲与を受ける以前，普通河川については上記の通り「普通河川管理条例」を定めてこれを管理する市町村があった。他方で，こうした条例を定めることなく管理する市町村もあり，対応がまちまちであった。譲与を契機として従来の条例を改正し，あるいは新たに制定するなどした市町村もあるが，その条例パターンは多様である。

普通河川の管理条例について研究した荏原明則は，条例名称としては①法定外公共物管理条例，②水路管理条例，③普通河川管理条例の三種が用いられていることが多いと指摘している[23]。ここではまず，普通河川管理条例について概観する。

１．普通河川管理条例

譲与以前の昭和期から普通河川管理条例の名称で定めている市町村も多いが，譲与後にこの名称で制定した市町村もある。もともと「普通河川の公物管理は市町村が担う」という慣行があり，その点で公物管理法である河川法の適用を受けない河川の「公物管理」を市町村が条例を定めて行うという認識の下に制定されたものと考えられる。それゆえ，内容も普通河川の機能維持管理を中心とするものが多く，目的規定からしても公物管理法の様相を呈している。

例えば，江東区普通河川管理条例（昭和 56 年 10 月 9 日条例第 42 号）の１条（目的）は，「この条例は，普通河川の管理について必要な事項を定め，その利用の適正化並びに親水及び防災機能の維持を図り，河川環境の向上に寄与し，もって公共の福祉を増進することを目的とする。」とし，利用・防災・環境の三要素を特に目的として掲げている点が特徴的である。もっとも，すべての普通河川が適用対象となるのではなく，区長が指定したものが対象となる（２条）。

また，利用に係る規定として占用ないし使用の許可制度が定められ，江東区条例では９条で，「①流水の使用，②河川区域内の土地の使用，③河川区域内の土地における工作物の新築，改築または除却，④これらのほか，普通河川の流水の方向，清潔，流量，幅員または深浅等につき，普通河川管理上支障を及ぼすおそれのある行為」，以上を許可の対象としている。

このほかに，「禁止行為」，「工事」，原状回復命令その他の「監督処分」，「占用料（ないし使用料）」徴収に係る規定等で構成されている条例が多い。

---

[23] 以上につき荏原明則「普通河川の利用と管理の法的課題」法と政治62巻２号（2011年）11-12頁参照。なお，荏原論文は普通河川に係る管理条例の分析を行っており，本稿の立場からも興味深い内容であり，有用である。

２．法定外公共物管理条例

法定外公共物管理条例の名称を持つ条例は譲与後に，普通河川のほか里道等についても同一条例で管理するために制定されたものが多いようである。法定外公共物という語をあえて採用したのは，河川と道路といった色合いの異なる物を同一に管理することに由来するのであろう。

ちなみに大和市法定外公共物管理条例の逐条解説には，目的規定の解説として，「公共物のひとつである法定外公共物（都市計画法，道路法，河川法，下水道法等で特別に定めのない公共物）の管理及び使用について必要な事項を定めているものです」とある[24]。いわゆる「公共物」とは，実務上用いられる用語で，講学上の語としてこれに当たるのは公物の一種である「公共用物」であり，一般公衆の用に供される有体物一般を指す。

規定内容としても，普通河川管理条例と同様のものもあり，その限りでは公物管理条例の要素が見出されるが，規定ぶりは市町村によってまちまちである[25]。

---

[24] 大和市のwebページ，
(http://www.city.yamato.lg.jp/web/content/000028263.pdf#search=%27%E6%B3%95%E5%AE%9A%E5%A4%96%E5%85%AC%E5%85%B1%E7%89%A9%E7%AE%A1%E7%90%86%E6%9D%A1%E4%BE%8B%27)を参照。

[25] 荏原・前掲注(23)論文（12頁）では，法定外公共物管理条例のパターンは，「財産管理的側面からの規定を中心として構成されている」と分析する。例えば，行為禁止規定として①法定外公共物を損傷し，又は汚損すること，②法定外公共物に土石，竹木等の物件を堆積し，ごみ，ふん尿，鳥獣の死体その他の汚物又は廃棄物を捨てること，③法定外公共物の構造又は機能に支障を及ぼすおそれのある行為をすること（篠山市法定外公共物の管理に関する条例（平成16年条例第19号）３条）とあるのは，「凡そ財産としての公共物への損壊行為ということもできる」と指摘する（12－13頁）。もっとも，普通河川管理条例でも同様の規定が置かれているものもあり（川越市普通河川管理条例４条，江東区条例８条），また，河川法も23条から28条まで規定する特定の行為について許可の対象とし，29条においてはこれらを除くほか，「河川の流水の方向，清潔，流量，幅員又は深浅等について，河川管理上支障を及ぼすおそれのある行為については，政令で，これを禁止し，若しくは制限し，又は河川管理者の許可を受けさせることができる。」と定めている。そして河川法施行令16条の４において，①河川の損傷，②河川区域内の土地において，船舶その他の河川管理者が指定したもの，土石，その他ごみ，ふん尿，鳥獣の死体その他の汚物又は廃物の廃棄または放置，③河川管理施設を保全するため必要があると認めて河川管理者が指定した河川区域内の土地の区域および動植物の生息地又は生育地として特に保全する必要があると認めて河川管理者が指定した河川区域内の土地の区域への自動車その他の河川管理者が指定したものを入れること，以上を禁止行為として定めている。また，海岸法８条の２第１項，37条の６第１項には，施設の損傷・汚損，海岸の汚損，物件の放置を禁止している。以上のように，伝統的な公物管理法にもこうした財産管理的側面からの規制が含まれており，必ずしもこうした規定が財産管理の特徴を表すものとはいえないように思われる。この点，荏原も指摘する通り，これらの行為は財産としての公共物への損壊行為であると同時に，「その機能に障害をもたらす行為もふくむ」（13頁）のであって，同一の禁止対象行為が，財産的価値の損失をもたらすものであると同時に，機能の喪失を招来する面も併有していることはよくある。したがってこれらの禁止行為は，財産管理と公物管理の両面を有していると把握できる。同様に，財産管理法である国有財産法や地方自治法の公有財産に関する規定の中に，使用（又は収益）許可（国有財産法18条６項，地方自治法238条の４第７項）の定めがある。いずれも行政財産（公物）に関する規定であり，行政財産を使用する際には管理者から当該許可を受けなければならず，この制度は国公有財産の「運用」という，財産管理の一形態として位置付けられる。しかしこの制度は，公物管理法においては占用許可等の許可制度として存在しており，むしろ公物の利用調整機能を果たす，公物管理の中心的仕組みであるともいえる。

３．法定外公共用財産管理条例

名称として，法定外公共用財産管理条例を冠するものもある。内容・構成はさまざまであり，法定外公共物管理条例と同様のものも見られ、里道等も含むものが多いようであるが，「産出物」や「生産物」という語を，当該公共用財産から生じる土砂，砂利，竹木等を指すものとして用い，その点で財産管理的な色彩が見られるものもある（例えば南房総市法定外公共用財産管理条例（平成 18 年３月 20 日条例第 201 号），阿波市法定外公共用財産管理条例（平成 17 年４月１日条例第 167 号））。

４．水路管理条例

水路管理条例の名称で普通河川一般を管理する市町村条例として，西宮市水路管理条例（昭和 43 年３月 29 日条例第 47 号）がある。この条例は，「水路の洪水等の災害を防止し，流水の適正な利用を確保するため，水路の管理について必要な事項を定め，もつて公共の福祉に寄与することを目的とする」（１条）ものであり，この条例において「水路」とは，「敷地の市有に属する河川法……の適用または準用されない河川，公共の用に供される用排水路で規則で定めるものおよび水路管理施設をいう。」（２条）としており，内容も普通河川管理条例と大きく変わるものではない。また，千葉市法定外水路条例（平成 17 年３月 22 日条例第 18 号）も，水路という名称を持ちながら，河川一般（普通河川）を対象としている（ただし市長が指定したものに限る）。

ところで，「公共溝渠管理条例」の名称を持つものもあり，普通河川一般をも対象とするもの（中野区公共溝渠管理条例（昭和 51 年３月 30 日条例第 27 号），あるいは江東区公共溝渠管理条例（昭和 28 年６月 29 日条例第 10 号））のように「この条例において『公共溝渠』とは，溝渠及び堤塘，護岸，土揚敷その他これに附属して一体をなす施設（以下堤塘以下を『附属物』という。）であって一般公共の用に供せられているものの総称をいう。」とし，水路の類型に含まれる溝渠に関する管理条例を，普通河川管理条例とは別立てで定めているケースもある。なお，中野区条例では，公共溝渠の台帳の調製・保管を定めており，財産管理の要素がある[26]。

５．管理条例の問題点

以上見てきたように，管理条例に用いられる名称ごとの分類はできるとしても，名称分類ごとに内容も明確に類型化できるというわけではない。内容が区々なのは，制定した市町村ごとの，従前からの普通河川管理の実態を反映しているものと考えられる。普通河川の浚渫作業等の日常的管理は地域住民が行うなど，河川法適用河川とは異なる管理実態のある市町

[26] 荏原・前掲注(23)論文は，「公共溝渠管理条例」の名称は東京都に多く見られると指摘する（15頁参照）。

村も多いので，そうした背景を考慮しなければならないであろうし，また，譲与後に，普通河川を里道と併せて一般の管理条例の下で管理するように条例を改廃制定した自治体もある。ちなみに，「法律と条例の関係」は地方自治法学・自治体法学において重要課題であり，判例では河川法と普通河川管理条例との関係が争われた高知市普通河川管理条例事件最高裁判決[27]が有名である。その高知市では譲与を契機に，普通河川管理条例を廃止し，新たに法定外公共物管理条例を定め，里道も含めて管理する体制を採用したとされている[28]。

もっとも本稿は，普通河川の管理条例の分類整理を目的とするものではないので，差し当たり小水力発電の事業を普通河川たる渓流河川で行う場合に問題となる諸点について以下に指摘する。

①条例上の流水占用許可制度の不備

条例の中には，「流水占用許可」に係る明確な制度が見出せないものも多い。

先の江東区条例には「使用許可」という名称で，「河川区域内において次の各号に掲げる行為をしようとする者は，区長の許可を受けなければならない。」（９条１項）とし，「普通河川の流水を使用すること。」（同項１号）として根拠規定が明確に置かれている。

他方，川越市普通河川管理条例（昭和 47 年４月１日条例第 15 号）では，「行為の許可」として占用許可の制度が置かれているが，敷地占用（５条１項２号）や工作物設置等の許可（同項３号），土地の形状変更等の許可（同項４号）のほか，「普通河川において，土石その他市長が指定する生産物（（以下『土石等』という。）を採取すること。」とあるのみで，「生産物」に流水が入るか否かが問題となるが，それは市長の「指定」に委ねられている。また，逗子市普通河川等管理条例（平成５年３月 22 日条例第２号）では，「行為の許可」の対象として「普通河川等を占用し，又は普通河川等に定着する工作物を新築し，改築し，若しくは除却しようとするとき」（４条１号）とあり，流水占用についてはこの１号で読むしかないという規定ぶりになっている。が，ここでの「普通河川等」とは，「河川法……の適用又は準用を受けない公共の用に供される河川及び水路で市長が指定したものをいい，これらに付属して設置された護岸，堤防，こう門，せき，床止め，ひ門その他公共の用に供される施設を含むものとする」（２条）と定義されており，河川・水路の構成要素である流水を，河川・水路の概念から区別して占用の対象になると明確に読みとることはできない。おそらく敷地や護岸等の一部占用の折に適用されるものと思われる。

法定外公共物管理条例の名を冠する鹿沼市条例（平成 14 年 12 月 26 日条例第 41 号）では，占用等の許可の対象として「法定外公共物の流水又は水面を占用すること」（６条１項２号）を置くが，同じく和泉市条例（平成 15 年 12 月 29 日条例第 16 号）は，敷地占用の規定はあるものの（４条１項１号），流水は対象とされていない。

---

[27] 最判昭和53年12月21日最高裁判所民事判例集32巻９号1723頁。
[28] 荏原・前掲注(23)14頁参照。

法定外公共財産管理条例の南房総市条例では，占用許可について，「生産物又は流水……を採取すること。」（４条１項３号）が対象となっている。これに対し，南国市条例では，４条１項で許可を要する行為を各号で規定しているが，流水占用については明記がなく，４号で「前３号に掲げるもののほか，法定外公共用財産の現状に影響を及ぼし，又はその恐れのある行為をすること。」と定める。申請があった場合には，４号で受けられるようになっているとも読める。

このように，同じ類型の条例であっても，流水占用の根拠規定の有無については様々であり，このことは伝統的な普通河川管理条例を持つ市町村の間でも同様であることがわかる。これは，当該の市町村における普通河川の状態や利用状況に由来しているものと考えられる。普通河川といっても「水路」としての形状を持つものも多く，新規に流水を引用する実態がないような場合には，あえて流水占用の規定を置く必要性がないと判断されることもあろう。

ただし，地域内に渓流河川を有し，それが条例管理の対象となっている場合には，本稿の検討事項である小水力発電の適地として，流水占用の申出がなされることが想定される。

市町村によって条例制定の経緯や背景は様々であるが，前掲の高知市条例についていえば，平成 17 年に周辺山間地域である鏡村及び土佐山村と合併しており，同じ年に普通河川管理条例を廃して法定外公共物管理条例を定めている。当該条例では，「行為の許可」として４条を定め，１号で法定外公共物の敷地占用，２号で敷地内における工作物等の新築，改築又は除却，３号で敷地内での掘削，盛土，切土その他土地の形状変更行為，４号にて敷地内における土石その他の産出物の採取を定め，これら具体の行為を許可対象行為としている。そのうえで５号において「前各号に掲げるもののほか，法定外公共物の現状に影響を及ぼすおそれのある行為をすること。」を掲げており，上記南国市条例と同じく，同号でその他の行為を拾えるようにしている。市町村合併によって周辺山間地域が広く高知市となり，かつて他村の管轄であった渓流河川が管理対象となるわけであるが，そこで流水占用の申請があった場合，この５号に「読み込むしかない」ということになろう。

法定外公共物管理条例ないし法定外公共用財産管理条例は，河川だけでなく、例えば道路の管理も対象としているものがある。しかし，法律である河川法と道路法が融合できないのと同じように，対象物の性質がまったく異なる両者を一本の条例で管理することには無理がある。

そこには，財産管理的発想があるように思われる。つまり，河川も道路も「財産」という括りでは，（性状はなお異なるものの）同一であって，財産管理を基盤に，ないしはその一環として，これらの機能管理をも行うという制度思想があるのではないか[29]。

---

[29] なお荏原・前掲(23)論文は，17頁以下で高知市の条例を扱っている。本稿が対象とした江東区，南国市，西宮市の各条例についても，荏原論文を参照のこと（江東区条例につき15頁以下，南国市条例につき24頁以下，西宮市条例につき27頁以下）。

いずれにせよ，こうした条例は以下の点で具体的な問題を含む。

②管理権行使の方向性

第一に，こうした条例では管理権行使の方向性を見出すことができない。

一般に，敷地占用と同様，流水占用は管理者の裁量権行使が想定される制度である。河川の状況は土地によって様々であるから，詳細基準を条例で置くことはできないし，むしろそれは避けるべきである。

この事情は法律においても同様であって，河川法の占用許可の要件が白地なのは，河川の現況は一様ではないので，それぞれの河川の地形，流況，他の水利状況等の異なる要素に応じた判断が要されることから，これを法律で定めずに，一定の裁量判断を管理者に期待しているというのが立法趣旨のはずである。そして河川法所管省が，最低限共通する判断要素を設定したものが上記の審査基準であって，これは固定的なものではなく，時宜に応じて改正されるものである。また性質上，絶対的な基準ではなく，当該の河川の状況に照らして柔軟に対応できるものである。そうした意味で，法律条文に書き上げることによる運用の硬直性を排し，適切な河川管理を遂行するために裁量権行使が期待され，それを導くのが審査基準だといえる。

もとより，裁量権の行使や審査基準の設定は，無制約なものではない。裁量権の行使の方向性，言い換えれば審査基準の内容は，法の趣旨目的の範囲を逸脱してはならず，かつ法の求める管理上必要な判断要素を充たしていなければならない。

上記の法定外公共物管理条例や法定外公共用財産管理条例においては，これを明確に見出すことができないものが多い。道路を含む，あるいは財産管理的性格を有する条例は，河川管理に求められる防災その他機能維持，河川環境への配慮といった柱がない，つまり法の趣旨目的が不明確なので，裁量判断の目安すらない。「適正な利用」や「公共の福祉の増進」を図ることを目的規定に置くものもあるが，それは公共用物である限り当然のことであって，河川の利用調整を図るための方向性としては抽象的に過ぎる。このような条例はただ管理者の広範な裁量権のみが観念され，そうした裁量権に基づく管理権の行使は，時々の政策によって大きく方向を転じることがあり得る。例えば，電力需要の高まりに応じて安易に流水占用を認める政策が採られれば，結果として河川環境に大きな負荷をかけることになるであろう。

普通河川管理条例の中にも同様の問題があるものも多く，対象として自然河川と用水路の双方を含むにもかかわらず，取扱いが同一で，さらに条例管理の趣旨目的も不明確なものが多い。公共用物たる河川を管理する条例としては，他のタイプの条例と同様に，管理の方向性を明確に見出すことのできないものが散見される[30]。

---

[30] この点，既出の江東区普通河川管理条例は，目的規定に「親水」や「河川環境の向上」が明記され，「河川管理施設又は区長の許可を受けて設置される工作物は，河川環境を考慮したものであり，工学

渓流小水力発電における流水占用は，減水区間を発生させる。渇水期における取水量など，河川環境保全上，配慮すべき点が多いはずである。そうした管理を行う立場にある市町村が，根拠規定さえ不明確な，あるいは考慮要素の範囲を導くことが困難な管理条例に基づき，流水使用をコントロールせざるをえない実態を指摘することができる。

ところで，流水占用の根拠が不明確な条例にあっては，自治体の行政財産管理に関する一般法に当たるとされている地方自治法 238 条の４第７項「行政財産は，その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる。」の規定を適用する，あるいは援用することも考えられる。だが，それでもなお，ここで示した問題点は残る。この規定自体，地方自治法の財務関係規定であり，河川管理などは想定されていない規定である。

③河川法適用河川との関係

第二に，渓流河川の流水占用を想定していないか，あるいは管理権行使のあり方が不明確な条例と，河川法との関係が問題となる。例えば，取水地点が当該の普通河川で，発電後の排水地点が河川法適用河川ということが考えられる。そうした場合，取水地点と排水地点とで，異なる法制度であるばかりか，対応不十分な条例が関連するとなると，河川管理としての統一性確保という点で問題があるといえよう[31]。本稿の前半で，河川法を根拠とする河川管理上の環境配慮のあり方について論じた。平成９年改正による「河川環境の整備と保全」という目的が河川法に追加されたことには大きな意義があると考えるが，他方で普通河川に関する管理条例の規定内容が問題となる。わが国の河川管理は，「水系主義河川管理体制」を採っている[32]。「河川は有機的に連結して水系をなし、相互に影響を及ぼす」[33]といわれており，水系ごとに一貫した管理体制を敷いているのである。かかる管理のあり方を前提に，普通河川も河川法適用河川の水系（一級河川水系等）と連結していることを考えると，規定内容が区々であり，かつ環境保全対応もまちまちな条例に基づく普通河川の管理には課題がある。もちろん，自治体の地域特性に応じて条例に個性があってもよく，それはむしろ「あるべき」姿と考えられるが，少なくとも「管理の基本的な方向性」については，河川法と軌を一にすべきであるといえよう。

上十分安全な構造のものでなければならない」（４条）なる規定が設けられるなど，管理の方向性が明確にされている。

[31] これに関連する指摘として，普通河川から取水した流水を準用河川（河川法適用河川）に注水し，その上で準用河川から発電用として河水を引用する場合を掲げ，「一箇の水利使用につき，一部は条例により，他は河川法によって規制せられることになり，水利使用の行政処分に統一を欠くことになり，河川管理上も不都合を生ずることともなる」とある（建設省河川研究会編『水利権〔改訂増補版〕』（港出版合作社，1958年）10頁）。

[32] 旧河川法は「区間主義管理体制」であったが，河川を水系別に区分する水系主義管理体制を採用したことは新河川法制定の特徴の一つであり，新法制定の大きな理由でもあった（河川法研究会編・前掲注（１）7頁，15 - 16頁参照）。

[33] 河川法研究会編・前掲注（１）37頁参照。

Ⅵ　結語

本稿ではほぼアトランダムに市町村の条例を取りあげ，普通河川管理に係る一般的な条例整備状況を紹介しているので，先にも指摘した通り，中には本稿のテーマである渓流河川のない自治体も含まれている。だが，小水力発電は渓流河川以外の普通河川でも，一定の高低差のある箇所では開発が可能なのであり，そうした意味でも河川管理の基本的な構成を有しない条例での管理には種々の支障が生じるものと思われる。

さて，渓流河川を利用した小水力発電は，特に中山間地域での利活用が期待される。中でも，前述した地域の持続可能性に関わる小水力発電の利用は，再生可能な地産エネルギーの活用として，新しく，かつ意義のある事業といえる。こうした取組みは，適切な法規の下で，合理的なコントロールを受けながら推進していく必要がある。この持続可能な開発によってはじめて，持続可能な地域が実現するものと考えられる。河川管理の要素の中で河川環境の保全は，こうした持続的な営みを支える上でも鍵概念となることは疑いなく，流水占用の可否判断において，特に渓流河川のそれにおいては，大きな意味を持つことになるであろう。

このような状況の下，趣旨目的すら明確でない条例による運用は大いに問題のあるところであって，要考慮事項であるはずの河川環境が十分配慮されないケースや，時々の社会背景によって開発優先へ過度にシフトし，考慮外におかれることも想定される。とりわけ，財産管理的思想の下ではこうしたことが懸念されるのである。

また，条例に限らず，河川法の運用場面においても常に課題とされるのは，人の問題である。つまり，河川管理の実務では，防災面での専門家はいても，環境保全のスペシャリストは少ないといえよう。ましてや，市町村の普通河川管理の現場においては皆無であろうし，市町村によっては所管課が財産管理部門というケースもある。もっともこれは，小水力発電開発に固有の問題ではなく，日本の自然公物管理全般に共通する課題であるといえる。

JELI R-No.140

再生可能エネルギーに関する法的問題の検討

―2014～2016年度 再生可能エネルギーに関する法的問題検討班研究報告書―

２０１９年 １０月

発行　日本エネルギー法研究所

〒141-0031　東京都品川区西五反田七丁目９番２号

ＫＤＸ五反田ビル８Ｆ

ＴＥＬ　03-6420-0902（代）

http://www.jeli.gr.jp/

E-mail　contact-jeli@jeli.gr.jp

本報告書の内容を他誌等に掲載する場合には，日本エネルギー法研究所にご連絡下さい。