九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

開発と差止請求

原島, 重義
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/16211

出版情報：法政研究. 46 (2), pp.275-311, 1980-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

開発と差止請求

原島重義

一　差止請求訴訟の現状
二　差止請求の法律構成
三　行政訴訟のかたちをとった差止請求
四　むすびにかえて

一　差止請求訴訟の現状

一　わが国でのいわゆる環境訴訟は、はじめに四大公害訴訟のように損害賠償請求事件として登場し、やがて大阪国際空港騒音事件のように事後的差止請求訴訟のかたちをとり、いまは事前差止請求が中心になっているようである。日本弁護士連合会公害部会の調査によると、環境破壊を事前に阻止しようとする事前差止訴訟は、民事訴訟・行政訴訟をあわせて、昭和五〇年以降に提起されたもので三四事件、昭和五四年七月現在で係属中のものは三六事件にのぼっている。(1)

この数字は、アンケート調査にもとづくものであって、事前差止請求のすべてを網羅したものではない。差止の対象となっている開発事業は、埋立、電源立地、製鉄所、ごみ焼却場・し尿処理場・火葬場などの嫌忌施設、道路、鉄

道・新幹線、空港および関連施設、水系開発、土地区画整理、歩道橋、文化財、などあらゆる開発行為・公共事業に及んでいる。全国各地でこれだけ多数の事前差止を求める訴訟が起こされている、という事実は、驚くべきことである。

二　事前差止訴訟のこのような状況は、つぎのように理解することができるのではなかろうか。

第一に、事後的差止がきわめて困難であるがゆえに、事前差止にならざるをえない、という事情が推測できる。事後的差止の困難を一言でいうならば、既成事実の重みである。その当否は別として、これはなにもわが国に限られたことではない。たとえばドイツでも、ドイツ民法九〇六条の「場所的通常性」（Ortsüblichkeit）の要件は、まさしくその代表的事例として差止請求の前に大きく立ちはだかっている。しかしわが国には、これに加えて一種独特の裁判慣行がある。すなわち、所有権侵害として当然違法なはずの行為も、既成事実をつくれば差止をうけることはない、とする発電用水路掘削事件（大判昭一一・七・一〇民集一五・一四八一）・鉄道線路敷築堤事件（大判昭一三・一〇・二〇民集一七・二〇五七）などから、板付基地事件（最判昭四〇・三・九民集一九・二・二三三）に至る先例のながれである。これについては、すでに批判を加えたことがあるので、ここではくりかえさない。[2] しかし、わが国ではことに、たとえば越境建築の場合のように差止をチェックする特別規定（民法二三四条二項）があるわけでもないのに、既成事実そのものからすでに差止を困難とする考え方が根ぶかい。「すでに完成された事業を原状に復することは、もはや事実上不可能」という理由づけは、いまなお差止請求事件でくりかえされている。[3]

しかも、ここでとり上げる開発行為・公共事業の場合は、前記の先例と異なり、計画の策定・公示・認可や免許など、とにもかくにも形式的には手続をふんで着工された事例である。既成事実はいっそうの「重み」を増すことになる。

第二に、こうしてやむをえず提起される事前差止訴訟にも、それじたいに、やはり困難がつきまとう。

そもそもどんな公害も、その発生源となるような施設が、まだ計画段階にあって、現実に被害が発生していない以上は、なにびとにとっても痛くもかゆくもない。かりに公害が発生しても、当初のうちは不愉快ではあっても我慢できないこともない。被害があるていどに達したとき、はじめて堪えがたいものとなる。そしてそのときには「既成事実」がものをいう。このようないわば「すべての環境保護でくり返される弁証法的な転化」[4]以前に、まだ計画段階にある公害発生源の除去を求めて立ち上がるには、よほどの主体的エネルギーを必要とする。同じように、これを受けとめるには、裁判所にも一定の主体性と高度な理性とが要求される。

さらに、開発主体はほとんど例外なしに秘密主義をとっている。市民に対して積極的に開発計画を知らせることはなされず、市民がことの重大性に気づくのは、ほとんどが着工直前になってからである。これでは、当該開発主体の提供する資料で、「被害発生の可能性」を「通常人が疑いをさしはさまない程度に」立証することは、ほとんど不可能といってよい。いきおい原告側市民は、当該計画にもとづく資料ではなく、他に同種の施設を求め、それに関する資料にもとづいて立証のいとぐちをつかむほかない。熊本県牛深市し尿処理場事件では、[5]設計製造者と構造を同じくする施設であって、広島県・愛媛県・香川県にすでに五ヶ所存在するものについて、資料をあつめ、このような困難を突破することができた。また、大分八号地第二次訴訟事件では、[6]すでに実施された一期計画によって環境破壊と健康被害が生じていることを指摘し、これによって八号地計画による被害発生の可能性を立証することができたのである。

いまひとつ事前差止訴訟が直面する大きな困難は、民事訴訟と行政訴訟の使いわけである。それも原告住民側に予測可能性を与えない裁判所側の「使いわけ」が目につく。

たとえば、道路建設について[7]、あるいは土地改良事業について[8]、民事訴訟を選択して仮処分の申請をすると、道路建設工事や土地改良事業の施行行為は公権力の行使に当る、という理由で却下される。事前差止ではないが、大阪国際空港騒音差止請求事件上告審で、「行政処分を求める民事訴訟は許されない」、という国側の上告理由もまた同工異曲といっていいだろう。

ところが原告住民が行政訴訟をおこすと、行政計画に処分性なしとしりぞけられる。土地区画整理事業計画は「青写真」に過ぎず、なお、あとの換地処分等の段階で争うことができる、として処分性を否定された[9]。前述の大分八号地第二次訴訟事件で大分地裁は、公害予防を目的とする抗告訴訟をみめたうえ、さらに被害発生の可能性をも認定しながら、六号地、七号地Bにまだ工場が進出していない現状等から、八号地の実施が切迫した状況ではない、という理由で、処分性を否定し、訴を却下したのであった。しかし、少し考えてみると、この理由はおかしい。この判決もいうように、七号地のBには進出企業はまだ三〇%しか決まっていない。のみならず、いわゆる二期計画は昭和四五年になされたのに、操業する企業はひとつもない。六号地に至っては進出予定企業が埋立の中断を望み、埋立が完成していない状況である[10]。そうであるならば、被害発生の可能性があるのに、あえてこの開発を強行する必要性があるとは考えられないのであって、むしろ差止（計画の取消）を認容すべき理由がある、とみるのが自然ではなかろうか。

三　以上みて来たように、大きな困難があるにもかかわらず、これほど多数の事前差止訴訟が提起されている、ということは、大阪国際空港控訴審判決（大阪高判昭五〇・一一・二七判時七九七・八六）がつよい影響を与えたことなど、想像されるが、なによりもこのことは、いかに市民が開発による環境破壊に対しふかいおそれを抱いているか、を如実に物語っている、とおもう。

しかも裁判所が徐々にではあるが、救済のみちをひろげつつあることも注目される。日弁連のアンケート調査にも

とづき、列挙してみよう。[11]

行政訴訟では、① 臼杵市風成地区で大阪セメント進出用地に関し、一六名の漁民の公有水面埋立免許取消請求を認容した大分地判昭四六・七・二〇（判時六三八・三六）、およびその控訴審、福岡高判昭四八・一〇・一九（判時七一八・一〇）。② 大宮市の三菱原子炉建設に関して、一一二三名の住民が建築審査会裁決の取消を請求、これを認容した浦和地判昭四四・一一・二七（判時五七九・二四）、その控訴審、東京高判昭四七・九・二七（判時六八〇・一九）。なおこの事件で地元住民は、原子炉の撤去を求めて民事訴訟を提起したが、三菱は訴訟係属中、原子炉（臨海実験装置）が完成したにもかかわらず、実験終了を理由に、原子炉の解体を発表し、その直後に和解が成立した。

同じように行政訴訟の係属中、あるいは敗訴にもかかわらず、実験終了を理由に、原子炉の解体を発表し、その直後に和解が成立した。

③ 与論空港設置のための農地取り上げに反対した三五名の農民が土地収用事業認定処分の取消を求める訴を提起、しかし代替地によって訴訟外で和解が成立（昭五〇・一二）。④ 鹿児島県大口市駅前の三一四名の住民が土地区画整理事業決定無効確認請求訴訟を提起したが、最高裁昭四九・七・一九判決で敗訴が確定したにもかかわらず、市の側で住民の反対が強い計画の一部を放棄した。⑤ 大阪市が難波宮跡に教育青少年センターを建設しようとしたのに対し、二九名が原告となって建設工事差止を求める住民訴訟が起され、係属中に和解が成立（昭五四・二・一三）。

民事訴訟で事前差止を認容したものに、⑥ 広島県吉田町の衛生施設管理組合が計画したし尿処理施設、およびごみ処理施設につき、一三五名の附近住民が大気・水質の汚染による被害発生のおそれがあるとして、建設禁止の仮処分を申請し、これを認容した広島地判昭四六・五・二〇（判時六三一・二四）、およびその控訴審、広島高判昭四八・二・一四（判時六九三・二七）。⑦ 徳島市のごみ焼却場建設予定地の一五九名の住民が建設差止の仮処分を申請し、これを認容した徳島地判昭五二・一〇・七（判時八六四・三八）。⑧ 宇和島市が第一種住宅専用地域にごみ焼

却場を建設計画、一次五〇一名、二次七二名の附近住民が建設差止の仮処分を申請、松山地裁宇和島支判昭五四・三・二二（判時九一九・三）はこれを認容した。⑨　愛知県の津島市ほか一一町村共同のごみ焼却場建設が着工されたが、周辺住民三六名が工事中止を求めて仮処分申請、名古屋地決昭五四・三・二八がこれを認容。⑩　大阪府和泉市の火葬場建設に対し周辺住民四〇名が建設・使用操業の禁止を求めて仮処分を申請、大阪地裁岸和田支決昭四七・四・一（判時六六三・八〇）は一部（一年間の操業中止）認容。その三ヶ月後に公害防止協定が締結されている。⑪　熊本県牛深市のし尿処理場計画に六七名の漁民が差止を求め、仮処分申請、熊本地判昭五〇・二・二七（判時七七二・二二）がこれを認容。⑫　一次三七名、二次三〇名の住民が申請した阪神高速道路建設差止の仮処分を、神戸地裁尼崎支判昭四八・五・一一（判時七〇二・一八）は一部認容。

なお、民事訴訟でも、訴訟を契機に公害防止協定の締結など和解のかたちで成果をあげたものがある。事件名だけを挙げよう。⑬　千葉市ごみ埋立処理場建設差止仮処分事件（昭五二・八・三〇、協定書取交）。⑭千葉県松戸市ごみ処理場建設差止仮処分事件（昭五三・九・二〇、和解）、⑮　山口県下松共同ごみ焼却場建設禁止・操業禁止仮処分事件（昭五四・三、公害防止協定締結）。⑯　愛媛県土居町し尿処理場建設禁止仮処分事件（昭五三、訴訟外で和解）。⑰　千葉県千草台団地国道一六号バイパス建設差止仮処分事件（昭五二・二二四、公害防止対策により和解）、などである。

（1）日弁連第二二回人権擁護大会シンポジウム第二分科会資料「開発の事前差止訴訟の諸問題――開発行政過程に対する司法審査のあり方――」一一頁以下。この一部は、本稿脱稿後、法律時報五二巻二号三四頁以下に掲載された。
なお、わたくしも、昭和五四年一一月一六日、福岡市で開催されたこのシンポジウムに参加する機会をえた。本稿は、そのさい、助言者として用意した草稿に多少の手を加えたものである。

（2）原島重義「民法における『公共の福祉』概念」（「法社会学二〇号）二三頁以下。

（3）ちなみに、事前差止請求事件でも、すでに公害発生施設があるのに、さらにこれを増設する場合の差止はかえって困難になる。鹿児島県国分市ほか三町のし尿処理組合が、現存のし尿処理施設を約二倍の規模に増設しようとしたのを附近住民が禁止仮処分を申請してしりぞけられ（鹿児島地判昭四七・五・一九判時六七五・二六）、国道四三号線の沿線住民が、この道路の上方あるいは側面に高架の高速道路として建設中の阪神高速道路の工事中止を求めた仮処分の申請もしりぞけられた（神戸地裁尼崎支部決定昭四八・五・一一判時七〇二・一八）。沢井　裕「公害差止の法理」二三一頁の表現によると、「右頬をぶたれた人の左頬をぶつようなもの」ということになる。

（4）„Der in allem Umweltschutz wiederkehrende dialektische Umschwung"—Diederichsen, Zivilrechtliche Probleme des Umweltschutzes, Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 4.

（5）熊本地判昭五〇・二・二七判時七七二・二二では、牛深市のし尿処理場計画に対して、漁民が漁業被害、悪臭などの発生のおそれがあるとして、処理施設建設禁止の仮処分を申請し、認容された。

（6）大分新産都市八号地計画等取消請求事件では、大分県知事が昭和五二年一月八日総理大臣に対してなした大分地区新産業都市建設基本計画の中、変更部分（追加埋立地とする八号地計画）の取消を、埋立地附近の住民が求めて行政訴訟をおこした。大分地判昭五四・三・五判時九二五・三は、「地元住民の生命、身体等に差し迫って重大な悪影響の生ずることが相当程度に予想され、しかも事後の救済も困難であるとの特段の諸事情が認められる場合には」公害予防を目的とする抗告訴訟も許されるとし、「一期計画による公害の実状、神崎地区の公害に弱い地形、行政当局における公害防止対策の著しい遅れ」を認定しながらも、結論として処分性がないことを理由に訴を却下した。この訴訟の大分新産都市計画における位置づけについては、前掲・日弁連資料四四頁以下参照。

（7）広島市道事件の第一審、広島地判昭五三・一二・五判タ三七三・一一五は、道路完成後の自動車通行から生ずる侵害の排除を求める太田川右岸道路建設工事続行禁止の仮処分申請を、行政事件訴訟法四四条によって却下した。その控訴審、広島高判昭五四・三・三判タ三八二・一〇五も、同じく抗告棄却。

（8）県営パイロット事業のための取水行為差止を求める仮処分申請を、名古屋高裁金沢支判昭四一・六・一五行裁集一七・一二・一三一五は、原判決を取消し、行訴法四四条によって却下した。

（9）最大判昭四一・二・二三判時四三六・一四。これには五名の裁判官の反対意見があり、多数意見によると「違法な事業計画により権利を侵害された者の救済は遂に与えられないことにな」る、とか、別途に所有権に基づく妨害の排除または予防の請求訴訟を提起しうるからといって「法律により規制を受ける個人の権利、利益には所有権以外のものも存在するし、……本件につき行政訴訟を否定する理由にならない」と批判している。

（10）前掲・日弁連資料四四頁、四七頁。前註（6）参照。

（11）前掲・日弁連「開発の事前差止訴訟の諸問題」一五頁以下。

二　差止請求の法律構成

一　差止請求訴訟にはいろいろの問題点がある。その中でも、いわゆる人格権、あるいは環境権とは何か、また、それらにもとづく差止とは何か、これを主張する側にも、裁判所にも、いぜんとしてあいまいなものが残っているように思われる。人格権については、大阪国際空港事件の国側上告理由のようにこれを実定法上の根拠を欠くもの、とする考え方もあるが、吉田町し尿ごみ処理場事件一・二審判決、および和泉市火葬場事件判決では実資的に人格権を承認しており、また、宇和島市ごみ焼却場事件判決は明示的に人格権にもとづく差止請求をみとめた。しかし大阪国際空港一・二審判決もふくめて、これらの判決では、原告の環境権主張にもかかわらず、これを申請認容の根拠としていない。環境権侵害による差止の意味・内容はあからさまな法的構成として裁判所を納得させるところまで行っていない。

行政訴訟でもいわゆる環境権については、同じことがいえる。たとえば抗告訴訟の訴訟物をめぐって、一方の極に、伊達火力発電所事件・札幌地判昭五一・七・二九（判時七二七・三――公有水面埋立免許処分の取消請求）のように「行政行為規範の多くは、地域住民の環境上の権利・利益を保護するものではなく……、権利・利益の侵害がい

かに重大であっても、違法ではない」とするものがある。その場合「環境権という主観的権利」を侵害したとしても「行政行為規範に違反して客観的な違法性を帯びるに至った」とはいえない、というが、裁判所が理解したその「環境権」とは何なのか、明らかでない。また他方の極には、前掲・大分八号地第二次訴訟判決のように、「行政行為規範に直接違反していなくても、国民の権利・利益を侵害するものは違法」とする積極的な立場をとるものがある。この場合にはいっそう、裁判所がいうその「権利・利益」の内容・性格は何か、明確にすることをせまられる。

わたくしはすでに環境権論について、わたくしの解する限りでその法理論史上の意義を述べたことがある。[12] しかしここでは、差止請求訴訟の現状に即して、くりかえしをおそれず、その法的構成について述べてみよう。

二　差止は、事後であれ、事前であれ、損害賠償とは異なって、一定の緊急性・切迫性をもったものであり、したがってまた、責任を要件としない。

このきわめて単純なことが忘れられているのではないか。わかりやすい例をあげよう。たとえば、制限重量を無視した大型トラックが通ったために、道路下のガス管が破損し、ガスが噴き出した、としよう。いうまでもなく、附近住民はガス会社に対し差止、すなわち、ガスの流出を止めるよう請求できる。ガス会社が「侵害源（Störungsquelle）に影響を及ぼし、もしくは支配しうる者」であるからである。ガスを流出させたのは運送会社のトラックであって、ガス会社には責任がない、という抗弁は差止請求に対して許されない。

これと同じように、たとえば大阪国際空港事件で、国が公害の源を除去しうるのであって、上告理由で国側が主張するように、飛行機を飛ばせて騒音を発するのは航空会社であって、国ではない、という抗弁は差止請求の場合通らない。また同様に、開発計画・公共事業における事前差止請求事件でしばしば抗弁として出される「うわもの」論もおかしい。海岸の埋立てではなくて、埋立土地に進出して来る企業の操業によって公害は発生する、という抗弁は通

らない。そもそも、開発の策定者は、国や地方公共団体であって、その開発計画の変更や廃止により侵害源が除去されること、明らかであるからである。

差止は、なにはともあれ侵害源を除去することであって、侵害によってすでに生じた状態（損害）を侵害以前の状態にかえす（賠償）こと、すなわち原状回復（Wiederherstellung）ではない。名誉毀損の場合であれば、慰藉料支払や謝罪広告のような現状回復（＝損害賠償）とは異なって、差止は侵害源の除去、たとえば名誉毀損の記事がのった週刊誌の発売停止を求めるのである。

また、たとえば大阪国際空港事件控訴審判決にいうところの「将来の損害賠償」はいわゆる「過去の損害賠償」と異なるのではないか。それは本来の損害賠償、すなわち現状回復と異なって、じつはドイツ民法九〇六条二項の犠牲補償請求権（Aufopferungsanspruch）の認容、アメリカ法の差止に代る損害賠償（damages in lieu of injunction）に相当するのではないか。わが民法でいうなら、隣地使用（二〇九条二項）・囲繞地通行（二一二条）の「償金」にあたり、まさに妨害排除を抑制する代償であって、損害賠償ではない。したがって、「将来の損害賠償」は責任の有無を問わないし、また、公害訴訟における慰藉料の一律請求の問題とは別に、附近住民個々によって差止の内容が変るはずもなく、騒音がそれほど大きくなかった時期からの先住者と、騒音の大いさがある程度に達してからのちの転住者との間に、「賠償額」の差が出て来るいわれもない。

三　差止は、違法を要件とするのであって、必ずしも権利侵害を要件としない。

ある者に差止請求権のような一定の法的保護が与えられる場合、その者の法的地位（Rechtsstellung）は、その者が権利（ein subjektives Recht）をもっている場合もあれば、そうでない場合もある。[13]

事前差止についていえば、ドイツでは、肖像権・プライヴァシーなどの人格的利益の侵害、営業侵害などに関連し

て、一般的不作為の訴（allgemeine Unterlassungsklage）がほんらいの権利侵害ではない場合にもみとめられ、判例によって確認されている。[14] 同様にわが国においても、物権侵害以外の場合にもひろく違法を理由に差止をみめようとする機運を生ずるに至ったのは、とくに昭和九年の不正競争防止法一条の制定を契機としてであったことが、銘記されてしかるべきである。[15]

差止の他方の極には、占有訴権をも視野の中に入れる必要がある。この場合には、泥棒にも占有訴権がある。しかし泥棒には、ほんらい保護さるべき彼に固有の権利はおろか、利益すらない。にもかかわらず占有訴権が与えられるのは、それが占有侵奪、あるいはそのおそれあるとき、自力救済禁止規範に違反することによって、違法なるが故に、差止を請求できる法的地位がみとめられるからである。ここでも、権利侵害のゆえにではなく、違法を理由として差止請求が認められる。[16]

四　いわゆる人格権侵害は、法的保護の次元では、権利侵害よりも上位にあるのであって、下位にあるのではない。

そもそも、権利が法的保護に価するのは、自由な人格の独立を確保するがためであって、人格のためにこそ権利は存在しうる。[17] また、その侵害が、差止・損害賠償の要件としての違法を指示するところの権利なるものは、法秩序によって承認され、配分された一定の支配領域のことをいう。したがって、特定の法的主体に帰属する法的地位（たとえば債権もふくめて）が、すべてこういう権利ではない。人格はたしかに不可侵である。その侵害は権利侵害以上にただちに違法であるにしても、たとえば所有権のように、ここからここまでは自分の領分だと、杭を立てて標示できるような支配領域ではない。[18] 他方また、それゆえに身体・自由・名誉などの侵害として違法となる場合は、所有権侵害のように自明的ではない。たとえば健康概念にしても、所有権概念と比べれば、限界を劃することがむつかしい。

かりにこれを身体権・自由権・名誉権などといったとしてもこの事実にかわりはない。たとえばプライバシーは、望遠レンズ・小型カメラ・録音機などの出現、新聞・週刊誌・映画・ラジオ・テレビなどのマス・メディアの普及によって、はじめて法的な世界に登場した。つまり新しい侵害態様の出現との関連においてのみ、この場合の人格侵害は違法として法的に確認される、という側面がある。(19)

公害の差止請求の根拠となるいわゆる「人格権」も、以上のような観点から見ることを要する。したがって、たとえば大阪国際空港事件の上告理由弁論要旨で国側が主張するように、人格権は排他性を欠いており、このような実定法上まったく根拠のない物権類似の効力を有する強力な権利を軽々に承認することは到底できない、というのは、人格侵害についての基礎的な理解を欠き、ためにはなはだしく混乱した論旨となっている。

五　環境はいかなる者にも帰属しない。

人格は、すでに述べた意味での留保をつけて帰属を論ずることができること、いうまでもない。しかし環境それじたいは誰のものでもない。いわゆる環境「共有」の法理は、それゆえに、しいていえば正確ではない。共有は、法律的な意味では私的所有の一形態であり、分割によって単独所有へ移行するもの、であるからである。また、公害の差止請求事件で、原告側がしばしば、環境権は支配権として排他的性格を有し、差止の根拠となる、と主張するのを見るが、ここにも概念の混乱がある。

このことは、たとえば経済「環境」の保護法についてみるならば、明らかである。独占禁止法の排除措置（二〇条）や損害賠償（二五条）、あるいは不正競争防止法の差止請求（一条）や損害賠償（一条ノ二）が与えられるからといって、個々の事業者に、一定区域内で一定期間内の一定収益を保障するような意味で、「営業権」がみとめられているわけではない。(20) もしそのような、収益の排他的帰属を保障する一種のなわばりをみとめるとするなら、それこ

そ、そのことじたいがすでに「独占」の法的保護となってしまうだろう。そうではなく、公正かつ自由な競争、という経済環境を維持することが法の目的であり、このような競争秩序に関する法規範の違反が違法となるのである。競業秩序違反をチェックするために、営業上の利益を害されるおそれのある事業者、もしくは害された事業者に、差止、あるいは損害賠償請求権をみとめるのである。事業者のイニシアティヴのもとに競争秩序の維持をはかるのである。

すでに述べたように、占有訴権もまた泥棒の権利や利益を守るためにあるのではなく、法の平和（Rechtsfrieden）を保障する占有秩序維持のためであって、破られた秩序を回復するため、たまたま関連をもった占有者（たとえ、たまたまそれが泥棒であっても）にイニシアティヴが与えられるにすぎない。[21]

こうして、環境侵害によって差止請求権を生ずるのは、特定地域の環境が環境破壊者のものではなく、他の住民に帰属するが故にそうなのではない。環境破壊によって被害をうける住民のイニシアティヴの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規範の違反をチェックしようとするもの、と構成することができよう。実際には、環境破壊には住民の人格侵害を伴うことが多いであろう。人格侵害はそれだけで差止の理由となりうる。しかし理論上、環境破壊はそれとは別個の違法要件としても考えることができるのであって、その場合には、住民の健康侵害にまで至らぬ生活に対する侵害（またはそのおそれ）はこの環境破壊のたんにひとつの徴憑にしかすぎないし、またそれをもって足る、ということになる。ふつう「環境権侵害」といわれるものは、ここでいう人格侵害と環境破壊とが事実上複合した構造を、そのままひっくるめて指している。

このように、競争秩序・占有秩序・環境利用秩序などの違反をもって違法とするならば、それは、人格・権利その他の利益の侵害が違法である場合と系列を異にする。後者の違法性は侵害結果（Verletzungserfolg）によって生

じ、侵害行為の態様（Art und Weise）を問わない。しかし前者の違法性はそれぞれの法制度が要求する一定の行為規範（Verhaltensnormen）の違反を前提するといえる。この意味で、後者を権利保護（Rechtsschutz）もしくは個人保護（Individualschutz）とよび、前者を法制度的保護（Institutsschutz）とよんで、区別してもよかろう。[22]

六　たしかに、たとえば公害対策基本法や自然環境保全法などの諸規定から、みぎに述べた意味での環境保全・利用に関する行為規範を直接にひき出すことはできない。しかしこれまでに学説・判例のあげた成果を積極的に観察するならば、環境破壊に対する法制度的保護がしだいに実体をあきらかにしつつある、ということができる。

(1)　環境破壊差止訴訟では、「被害発生の可能性」について、個々人について「通常人が疑いをさしはさまない程度に」立証することを、決して原告側住民に要求しない判決がしだいに出ている。[23]

前述の、吉田町し尿・ごみ処理場仮処分事件では、広島地裁、および広島高裁の判決は、原告が井戸をもっているといないにかかわらず、また原告の住居が川からの距離に差異があるにもかかわらず、個々人のうける被害の程度を個別的に判断するのではなく、「一応地域的な判断」で井戸水汚染のおそれありと認定している。また前掲和泉市火葬場仮処分事件で大阪地裁岸和田支部決定は、厳密には、申請人らの生命・身体に対する悪臭・粉塵による被害の程度が明らかでないにもかかわらず、かえって、悪臭・粉塵防止の確証がえられないことから、被害のおそれありとして、一年間の差止を認容している。さらに大阪国際空港事件控訴審判決が、そのいわゆる「地域住民の集団的観察」に基づいて、「全員に侵害の現実の危険性あり」とするに至って、「被害の総量的評価」がはっきりと自覚されるようになった。[24] かりに、地域住民の中に人並にすぐれた精神力・体力の持主がいたとして、身体上の被害はおろか、精神的な影響すら受けず、たとえば睡眠を妨害されることがないとしても、その地域に住む老人や幼児、さらには病人にこれらの被害があるならば、充分に、環境破壊による住民の生活破壊を認定することができる。

(2) 環境破壊を理由とする差止にあっては、いわゆる「地域性」のうち、とくに「先住性」が地域内の個々の住民を区別する理由とはならない。

大阪国際空港事件控訴審判決は、「本件空港周辺区域は本来住宅地域」であるという判断のみで足り、この地域に原告住民の中それぞれがいつ転住して来たかを問題にしなかった。差止の理由となる環境破壊は、すでに述べたように、その地域を住宅地域として環境を保全・利用すべき法規範の違反であって、地域住民個々人の個別的な人格侵害（たとえば健康侵害）の総和によって示されるものではない。環境破壊とは、会話・電話・テレビの妨害、思考中断などの日常生活の破壊、学校・家庭での教育環境の破壊をも含めて、まさに「生活破壊」を普遍的にひきおこす当該住宅地域の荒廃に外ならない。差止はその侵害源である騒音を除去することであって、騒音が一定程度に達する以前から居住していた住民にかつての環境を返す現状回復（＝損害賠償）ではない。[25]「先住性」のない住民にも、侵害そのものの差止を求める資格がある。

(3) 開発の「必要性」・「公共性」がはじめから差止を抑制する理由とはならない。

すでに、前掲牛深市し尿処理場事件の熊本地裁判決においても、住民に対する健康侵害の可能性がある以上「たとえ本件予定地に建設されるものが本件施設のように公共性の高いものであっても、その建設を許容すべき特別の事情がない限り、受忍限度を越える違法なものとして建設差止が認められるべきであると解するのが相当である」とされた。ここではもはや、健康侵害と「公共性」を同一レベルではかりにかけていない。施設に「公共性」があるだけでは足りず、さらに建設を許容すべき特別事情の存在を要求するに至った。言い換えるなら「健康侵害がある場合には公共性が抗弁（違法性減殺事由）として機能しない」。[26]

環境破壊の違法性判断基準は、前述の徳島市ごみ焼却場事件の徳島地裁判決を経て、宇和島市ごみ焼却事件ではい

っそう具体的でより正確になって来たように思う。松山地裁宇和島支部判決の基本的な立場を引用しておこう。[27]

「以上検討してきたところから、本件焼却場については、焼却工場自体及び立地条件ともに十分なものと言えず、債権者ら周辺住民に被害を及ぼす蓋然性があるものと認められるので、かかる施設は原則として建設を許すべきものではないと言わねばならない。しかし一方では、ごみ焼却場は一般市民が日々の生活において廃棄するごみの処理施設として必要不可欠とまで言える程公共性の高い施設であり、現状の処理施設で日常廃棄されるごみが処理できない場合、地方公共団体としての債務者はどこかの土地に新しい焼却施設を建設しなければならない性質のものと言えよう。

したがって、債務者が新しい焼却場の建設計画を進めるに際して、環境アセスメントを実施するなど事前に十分な調査研究をしたうえ建設場所の適地性が他より優れていることを確認して予定地を選定し、住民に対しては公害防止対策、補償問題、周辺環境の整備等を含め建設に伴って生ずる諸問題や操業について取決めをする等誠意のある説明をしてその協力を取り付けるべく交渉したか等の事情如何では例外的に建設を許容すべき場合（一定の条件を付すことも含め）、がないわけではないと解される」（傍点・原島）。しかしこの判決は、この建設を許容すべき「特別事情」は存在しない、と判断したのであった。

この判決でもっとも重要な点は、原則と例外の関係をはっきりしていることにあるとおもう。違法な侵害があれば、その源を断つために差止がみとめられる。これが原則である。例外的に差止を制限する法規範があるときにのみ侵害源に手をつけることができなくなる。[28] たとえばドイツでは、イミッシオーンは差止認容が原則であって、ドイツ民法九〇六条や連邦イミッシオン保護法（BImSchG, 1974）一四条のように例外を明示する特別の法規範があってはじめて差止はチェックされる。[29] しかしわが国では、直接このような例外を規定する制定法規範は存在しない。

法の欠缺である。ほんらいならば、この欠缺を補完する法発見（Rechtsfindung praeter legem）のための作業がなされてしかるべきであったのに、これまで行なわれたことがなかった。むしろ逆に、「適法行為による不法行為」論や、受忍限度論による「違法段階説」のように、公害受忍を原則とする違法論がこれまで通説の地位を占めて来た。このような原則・例外の逆立現象・倒錯現象を当然のように考えると、逆に、「人格権」や「環境権」に対し、それらは実定法上の根拠を欠くあいまいなもの、という抗弁が出て来る。そのためにこれまでわが国では、差止を排除しようとする側が、当該事例が例外に当ることの実定法上の根拠を示すのに苦労するのではなくて、逆に、侵害を理由に差止を請求する側が、ほんらいあるべき民事違法の原則を裁判所に再認識させる苦労をなめなければならなかった。みぎの判決は、これを逆転させて本来の姿に戻した、といえよう。

七　差止を排除する例外的事情（違法減殺事由）の存在を立証するには、必然的に、大なり小なり開発の全体像によって開発の合理性を証明せざるをえない。

きわめて限定された範囲と意味をもった開発、たとえば、し尿・ごみの処理施設や火葬場の建設であっても、それが必要不可欠のものということだけでは、開発の合理性を担保することはできない。前掲松山地裁宇和島支部判決がいうように、第一に、環境アセスメントの実施などの充分な事前調査により、当該対象地域が他よりもすぐれた建設場所であるとの確認があったこと。第二に、公害防止対策をはじめ建設および操業に随伴する諸問題について住民に対し誠意をもって説明し、交渉し、取決めをするなど、住民の協力を得るためになすべきことをなしたこと。このような特別事情が存在することによって、はじめて、差止が排除される。

ところで第一の要件は、当該対象地域だけでなく、他にも複数の候補地を想定し、その中で当該地域が最適地であることを確認することを意味し、開発の合理性を総合的観点から呈示せざるをえない。[39] まして、高速道路・港湾・鉄

道・ダム・発電所・空港などは、建設場所の住民にとって、直接に必要不可欠のものではない。開発の総合的プランにより開発の全体像を示さなければ、当該施設の「必要性」すらも明らかとならない。この意味で、昭和五四年三月に志布志港々湾計画が港湾審議会を通過し、第二次新大隅開発計画と密接な関連をもつ志布志港の改造工事が着工されようとしていることは、計画のなし崩し的実施といえるものであって、[31]みぎの判決の趣旨からへだたること遠い。

また第二の要件は、第一の要件と密接な関連がある。開発の合理性を担保するところの、環境アセスメントなど、充分な事前調査とこれに基づく総合的な計画がなければ、第二の手続的要件を充足することはむつかしい。住民に誠意をもって説明すべきものがないからである。また逆に第二の要件をみたしてはじめて第一の要件も充足される。なぜならば、当該計画が住民に公開され、交渉の過程でその批判にさらされることによって、計画が補充され、修正されるのであって、これを経なければ、計画が具体的かつ合理的な内実を獲得することは、現実には困難であろうからである。

八　以上見て来たように、開発の差止請求訴訟では、①　権利侵害があっても、侵害施設の「必要性」・「公共性」から、必ずしも違法といえず、差止の理由とはならない、という段階から、②　健康侵害があれば、施設の「必要性」・「公共性」からも、建設を許容すべき特別事情がなければ、差止請求が認容される、という段階に到達した。そこで問題は、③　被害が健康侵害に至るほどでなければ、その施設に一応の「公共性」・「必要性」があれば、たとえ充分な事前調査に裏付けられた総合的プランによる開発の合理性（第一要件）の証明がなく、また、公開された民主的交渉手続（第二要件）を欠いていても、なお差止請求が排除されることになるか、である。

そうはならない。第一に被害の側から述べてみよう。すでにこの章の**四**で述べたように、たしかに人格は「権利の発する根源でありまた権利の帰する幹流」であるがゆえに、人格侵害は権利侵害以上に違法性が大きい。しかし、他

面、これもすでに指摘したように、そこへ他人が勝手に立ち入れない人格上の自由領域は、これをはっきり劃定できない性質であること、否定できない。したがって人格侵害には、それが一方は「重くて」法的保護に価し、他方は「軽い」ので法的保護がうすい、という意味からではなく、その概念の限界を劃することが困難なゆえに、健康侵害のように比較的明瞭であって、当然に差止の理由となるものから、プライヴァシー侵害や、肖像権侵害を認定する場合のようにそれが当然人格侵害として違法であり、差止の根拠となりうる要件事実をそなえているかどうか、判断するにさいして問題となりうる場合まで、相当なはばがある。その限界の外に、理論的に固有の意味での生活環境破壊の差止が考えられうる。いかなる生活環境の変化ないし、悪化もそれじたいで差止の理由となりうる、とはいえない。すでに**五**で述べたように、環境は誰のものでもない。一定の生活環境に対する支配権を理由に環境の改変を阻止しうるものではない。しかし、すべての者に共通の環境保全・利用上のルールがある。環境改変がこのルールに違反したとき、それによって被害を受ける者がルール違反を排除し、ルールの回復をはかる請求権をもつ。問題は、環境改変の仕方、開発の仕方にある。ドイツ民法八二三条二項の保護法規違反（der Verstoß gegen die Schutzsnorm）のように、特定の性質をもった行動様式（Verhaltensweise）、そのやり方（Art und Weise）のゆえに法秩序によって侵害的なものとして禁止される。(32)

このように考えるならば、いまひとつの側面、すなわち、裁判所のいう「開発を許容すべき特別事情」とは、「違法性減殺事由」という消極的要件としてよりも、むしろ積極的に、開発にあたって遵守すべき行為原則を法的義務として命令している、とみることができる。この行為義務違反があるならば、たとえ健康侵害にまで至らなくても、被害者は人格侵害を理由としてだけではなく、環境侵害を理由に差止を請求しうることになる。(33)

(12) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4・五四頁以下。

(13) L. Raiser, Der Stand der Lehre vom subjekiven Recht im deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung, 1961, S. 466ff. 原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」山中康雄教授還暦記念論集「近代法と現代法」一三四頁以下。

なお、この意味では、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー二九六号七七頁が、わたくしを「権利拡大説から違法性論を批判する」学説のひとつ、としているのは、当っていない。沢井教授はこの「権利拡大説」を、「権利侵害から違法性へ」という命題そのものを否定し、民法七〇九条にいう「権利」概念を拡大すれば足りるとする見解、と規定している。しかしわたくしは、権利侵害をまるまる違法性で置き換え、その結果として、法的保護を制限することにもなるところの、わが国の通説を批判する（原島「わが国における権利論の推移」五五頁）。また、たとえば末川教授にあって、伸縮自在であるような権利概念は存在しない、とする立場を支持する（同七三頁）。わたくしが古典的な権利概念を再確認するのは「権利侵害はただちに違法」という命題を維持し、あわせて「権利侵害でなくても違法」な場合に権利侵害と同じ救済、とくに差止請求権を認めようとするからである（同九五頁、原島重義「権利論とその限界㈠」法政研究四二巻二―三合併号二六八頁参照）。このように、わたくしが民法七〇九条の「権利」概念拡大に反対するのは、あくまでも権利侵害を民事違法の基軸として据えんがためである。

(14) 原島重義「権利論とその限界㈠」前掲二七八頁、同「わが国における権利論の推移」前掲六四頁以下参照。

(15) 末弘厳太郎「物権的請求権の再検討」民法雑記帳二三一頁以下。我妻　栄「事務管理・不当利得・不法行為」新法学全集一〇巻一〇〇頁以下参照。ただし我妻教授は前掲書において、企業による侵害については、「現代の企業には不可避の危険を包蔵するが故に」差止請求を否定した。前掲書一九八頁。

(16) L. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz, Summum Ius Summa Iniuria, 1963, S. 154ff.

(17) 古典的な権利論で人格をあえて権利として構成しなかったのは、人格を権利の次元にまでひきおろすことを嫌ったからでもあった。Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 336f.

(18) この意味で、末川　博「権利侵害論」末川博法律論文集Ⅱ「権利侵害と権利濫用」五〇〇頁以下は、違法判断に人格権なるものを前提とする必要なし、という。そこで末川教授が「生命、身体、自由、名誉の如きは、いわば権利以上の存在であって、人が人として法律の世界において人格を認められている以上、当然に保護されるものであって、寧ろ権利の発す

る根源でありまた権利の帰する幹流であると観なければならぬ」といって、サヴィニー以来の古典的な権利観をもっていることは、記憶されてしかるべきである。

(19) 我妻・前掲書一三六頁以下は、この意味で、強いて自由権を問題とする必要なし、という。

(20) 営業侵害に関する具体的検討とわたくしの考えについては、Vgl. S. Harashima, Einige Gedanken zur "Gefährdung" des bürgerlichen Rechts aus japanischer Sicht am Beispiel des subjectiven Rechts, AcP 176 (1976) Heft 4, bes. S. 293ff.

(21) この意味で占有保護は、権利、および物の帰属する所有者の権利の背後にある人格を保護するところの、物権的請求権による所有権保護と、その対象を異にする。Vgl. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz, S. 154.

(22) ライザーはドイツ民法八二三条一項（人格・権利・その他の利益の侵害）と同八二三条二項（保護法規違反）の要件のちがいを、ここにいう個別的権利保護と法制度的保護のちがいからとらえようとしている。Vgl. L. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz, S. 128f., 160f.

(23) なお立証責任の分配について、徳島市ごみ焼却場事件・前掲徳島地裁判決は、住民側が公害被害の一般的抽象的蓋然性の立証をすれば足り、建設者の方で、当該施設からの公害発生防止対策につき立証をつくさない限り、その建設は許されない、とした。

(24) 沢井　裕「公害差止の法理」二二五頁以下参照。

(25) 現状回復、すなわち損害賠償については、理論上、いちおう、侵害以前の状態と以後の状態が問題となり、住民個々について侵害以前の居住者と侵害後の居住者との間に差異のあることが考えられる。しかしこの点については、公害訴訟における「慰藉料の一律請求」の展開が対置される。ただここでは、損害賠償と差止との違いから、差止にあっては損害賠償と異なって、はじめからこれが問題となりえないことを指摘するにとどめる。

(26) 沢井・前掲書二三四頁。わたくしは、理論的に、人格侵害による違法のほかに、環境破壊、すなわち環境保全・利用秩序違反による違法を考えるから、後者の場合には、そこに例えば住宅地域としての生活環境の荒廃が被害として認定されるならば、たとえ健康侵害の可能性が立証されなくても、なお、施設の「必要性」・「公共性」によって当然に違法性が減殺されることにはならない。

(27) この判決は一方で「焼却場のもつ公共性、必要性と債権者らが受けるおそれのある被害との比較衡量のうえ、あえて建設を認めるべき特別の事情が存するかが問題となる余地があり……」と述べて、あいまいな表現をしている部分もある。なお本件で裁判所は、焼却場からの塩化水素・窒素酸化物・ばいじん等の排出、悪臭の発生によって「本件焼却場の稼働による環境汚染の蓋然性はかなり高いもの」と認定している。

(28) 原島「わが国における権利論の推移」九五頁以下。

(29) これをわたくしは、原則・例外の重層構造とよんでいる。原島・前掲六五頁、七〇頁、九六頁以下参照。

(30) 沢井・前掲書一五〇頁、二四一頁参照。

(31) 前掲・日弁連資料四三頁参照。

(32) いわゆる保護法規違反について、Vgl. Harashima, Einige Gedanken zur „Gefährdung" des bürgerlichen Rechts, AcP 176, S. 298, 302f. ここでいう保護法規（Schtzgesetz）とは、ドイツ民法施行法（EBGB）二条がいうように、制定法上の法規だけでなくすべての法規範（jede Rechtsnorm）の意味である。したがってドイツでは委任命令（Rechtsverordnungen）、自治体条例（Gemeindesatzungen）、警察命令（Polizeiverordnungen）も保護法規たりうる。Vgl. Schmiedel, Deliktsobligation nach deutschen Kartellrecht, I Teil, 1974, S. 34ff. わたくしは、権利侵害の違法類型をそのまま維持しつつ、またそれを維持するためにも、保護法規違反の違法類型を他方においてもっと検討し、利用すべきである、と考える。債権侵害の違法性に関しこの違法類型を適用した好事例としては、川島武宜「債権法総則講義第一」七九頁以下、がある。

(33) このようにわたくしは、人格侵害を理由とする差止に対し、環境侵害を理由とする差止を、理論上別のカテゴリーでとらえるゆえに、後者を「権利と認知されるまでの過程における利益保護理論」（沢井・前掲書二五八頁）とは考えない。もちろん実際には、環境訴訟で前者と後者とが複合する事実を否定するものではない。

三　行政訴訟のかたちをとった差止請求

一　開発の差止は行政訴訟のかたちをとることが少からずある。いや、行政訴訟のかたちをとらざるをえないのである。すでに述べたように、開発がすでに実施されてしまうと、事実上、差止（妨害排除）が困難になる。そこで開

発の前提をなす計画そのものを変更させ、あるいは中止させる、いわゆる事前差止が必要となる。しかし開発計画の決定や変更、あるいは開発に対する認可や免許などが行政行為である場合に、わが国に行政処分の「公定力」の理論や行政事件訴訟法がある以上、これらの行政処分の効力を失わせるために、行政訴訟を起さざるをえない。そして、すでに述べたように、従来の考え方によると、抗告訴訟の対象となりうる行政処分の範囲が限定され、しかも開発計画については、いわゆる「青写真」論によって、実質的な審査の対象とはならないことになる。しかし環境訴訟の実体は、それが行政訴訟のかたちをとろうと、また民事訴訟のかたちをとろうと、じつは同じであって、変りがない。開発計画が国や地方自治体によってなされるから、行政行為であり、計画実施の中止を求める仮処分は行政事件訴訟法四四条によって許されず、また、抗告訴訟を提起すればこの行政行為には処分性がないから、訴訟要件を欠く、と門前払いがなされるならば、環境破壊を裁判所で追及するみちは、閉ざされてしまう。もしも裁判所が行政法規範の中に環境保全・利用のルールを法発見するよう積極的につとめないならば、開発に関して国や地方公共団体の行なう「行政処分」についても、これを差止の対象とする民事訴訟をみとめるほかはない。わたくしは、環境保全・利用秩序は行政法規範であり、同時に国民の健康と生活環境を守る保護法規（Schutzgesetz）として、民事違法の根拠になるものとして考える。[34]

ここでは、若干の例をとり上げて問題点を指摘することにしよう。

二　行政訴訟では、これまで、たとえば環境アセスメントを開発許可の要件としたものがない。

愛媛県伊方町の住民が内閣総理大臣の原子炉設置許可処分の取消を求めた事件で、松山地裁判決（昭五三・四・二五、判時八九一・三八）は、環境アセスメントなど、行政法規にとくに手続を定めていない以上、どのような手続をとるかは、行政庁の裁量に委ねられており、これをしなかったとしても、原子炉設置許可処分に違法はない、と判示

した。

ところで、環境訴訟のひとつの到達点を示すもの、として先に引用した宇和島市ごみ焼却場建設禁止仮処分事件は、それじたい民事訴訟であるが、松山地裁宇和島支部は、一方で、環境アセスメントについて、公害対策基本法などから地方公共団体の施行する工事に関しこれを実施すべき法的義務を直ちに引き出すことができない、といっている。また、代替地との比較検討が十分でないことや、住民の同意がないことをもって、直ちに本件焼却場の建設が許されないとの結論を導き出せるものではない、と判示している。この限りでは、行政事件における他の裁判所の態度と変りはない。しかし他方で、すでに述べたように、周近住民に被害を及ぼす蓋然性がある以上、かかる施設の建設は許されない、という原則を確認した上で、例外的に「建設を許容すべき特別事情」のひとつとして環境アセスメントの実施を挙げているのである。

しかし、一方で環境アセスメントを実施する法的義務がない、といい、他方で環境アセスメントなど充分な事前調査をしなければ建設が許容されない、というのは、矛盾であるといわざるをえないのではなかろうか。環境アセスメントを実施する行政法上の義務はないが、民事法上の義務はある、といっても、ことは同じである。環境アセスメントは環境への影響を予測する事前調査を体系化したものであって、「周辺住民に被害を及ぼす蓋然性」の有無をより高い確率で明らかにしようとするものである。「充分な」事前調査をした以上、たとえ周辺住民に被害を及ぼす蓋然性があったとしても、建設は許される、という法命題はありえない。およそ周辺住民に被害を及ぼす蓋然性がある以上、建設は許されない、という法規範を確認するからには、環境アセスメントなど、今日の科学技術水準からみて充分な事前調査により、「周辺住民に被害を及ぼす蓋然性」は考えられない、という結果が出て、はじめて建設が許される、という命題しかありえないではないか。したがって問題は、ここで裁判所によって確認された民事法上の事前

調査義務の内実は何か、ということであり、また、その義務違反が民事違法となる根拠法規範は、一般企業や市民ならばそれを守らねばならず、国や地方公共団体ならば「行政行為」を理由としてそれを守る必要のない法規範なのか、ということである。

三　つぎに、開発の出発点になるがゆえに、争いとなることの多い公有水面の埋立について問題の所在を指摘しておこう。

公有水面埋立法（大正一〇年法律五七号）は昭和四八年に大きな改正が行われたが、それ以前にも、つぎのような埋立免許の要件を定めていた。たとえば、県知事の埋立免許前の手続には、地元市町村議会への諮問（旧三条、現三条一項・四項）があった。また免許基準として、埋立工事の施行区域内に公有水面に関して権利を有する者があるときは、公有水面の権利者がこの埋立に同意するか、埋立によって生ずる利益の程度が損害の程度を著るしく超過するか、またはその埋立が法令により土地を収用または使用することを得る事業のため必要である場合、を要件としていた（旧四条、現四条三項）。さらに、公有水面に関し権利を有する者に対し損害を補償し、または損害防止の施設をなさなければならない旨、規定していた（旧六条）。

しかし、四大公害訴訟の成果の上に立って、これに対し大きな改正が加えられた。すなわち、免許前の手続には、埋立区域・埋立地の用途・設計の概要・埋立工事期間を記載した書面、ならびに図書を縦覧に供すること、および、利害関係者の意見書提出、について規定を加えた（法三条一項・三項）。さらに重要なことは、免許基準に、一、「国土利用上適正且合理的ナルコト」、二、「其ノ埋立カ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」などを追加したのであった（法四条一項）。

しかし、法改正前の埋立免許に関してではあったが、すでに法改正後の時点で、前述の伊達火力発電所事件につい

て札幌地裁は、行政処分の適法・違法と環境権侵害の有無はまったく別個の事柄である、として、「環境権という主観的な権利を侵害したというだけの理由で、他に違法性のない公有水面埋立免許などの行政処分が直ちに違法となるものではない」と判示している。原告側が公有水面埋立免許処分の取消を求めたのは、いうまでもなく環境破壊をもって違法としたからであるが、裁判所はこれに目を向けることをしなかった。

同様に、住民が埋立免許処分の取消を求めた福島第二発電所埋立事件でも、福島地裁判決（昭五三・六・一九、判時八九四・三九）は、「本件免許処分の根拠法規である昭和四八年法律第八四号にる改正前の公有水面埋立法を仔細に検討しても、埋立地上に建設が予定されている原子力発電所および火力発電所の操業に伴う危険や健康被害等をうけないという附近住民の利益を個別具体的に保護したものと解しうる規定は存在しない」とした。しかも注目すべきことには、この判決は、改正法四条一項三号の「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違反セザルコト」という免許要件についても、これを「埋立地上に建設が予定されている原子力発電所および火力発電所に伴う危険や健康被害をうけないという附近住民の利益までも保護したものと解することはできない」といっている点である。それならば、改正法はなぜ埋立地の用途を記載した書面の縦覧を要求し、市町村の意見や、利害関係者の意見書提出を規定したのであろう。また、なぜ、わざわざ環境配慮条項を免許基準に追加したのであろう。この判決は、いわゆる「うわもの」論に立って、せっかく改正によって追加された免許基準もたんなる訓示にとどまると解するのであろう。

このような解釈は、同じく昭和四八年に制定された瀬戸内海環境保全臨時措置法（法律一一〇号）を実効性のないものにしている。この法律は、埋立免許に関する知事の裁量権を制限するはずものであり、その一三条は、埋立規制に関して、公有水面埋立法に対する特別規定を置いている。にもかかわらず、この法律も、「運用の実態は惨憺たる

ものがある」[35]とか、また、「海の埋立て抑止についてまったく無力であった」[36]とか、評価されるありさまである。その根本的な理由は、すでに述べたように、環境配慮条項が行政処分の適法・違法を判断するための基準になっていない、ということにある。

この瀬戸内法も、たとえば地域住民の意思反映手続について何も加えていない。そして、もともと公有水面埋立法にいう「権利者」（法五条）には、せいぜい当該水域の漁業権者または入漁権者が考えられて、たとえば埋立区域内の水面で産卵し、生育した魚をとる区域外の隣接海面の漁民はこれに入らない、と解されている。まして、地域住民は考慮の外にある。「権利者」でない者は「利害関係人」として知事に意見書を提出することができるにすぎない（法三条一項）[37]。前述**二**の**六・七**で確認した環境保全・利用行為法規範の手続的側面、すなわち、公害防止対策をはじめ、建設・操業に伴なう諸問題につき、地域住民に誠意をもって説明・交渉・取り決めをして、その協力を得ること、という要件からへだたること遠い。

また、瀬戸内法の埋立規制についていうなら、埋立地の利用目的は逆に環境破壊の方向で利用されている。ヘドロ処理、廃棄物処理、下水道・し尿処理施設建設のための埋立ては「公害防止・環境保全に資するもの」ということで、また、公園緑地造成、流通センター建設など都市再開発のための埋立ては「特定施設を設置しないもの」・「汚濁負荷量の小さいもの」ということで、汚濁進行の著しい海域においてさえ規制が働かない。[38]「瀬戸内海の水質保全、自然景観の保全など」（同法三条）、法律の基本目的は無視されている実情である。さきに確認したいまひとつの内容的側面、すなわち、アセスメントをふくむ充分な事前調査に基づいて、総合的な計画を公開・提示し、開発計画の合理性を立証すること、という要件など、ここにはまるで関係がない、という状況である。

四　しかし埋立免許基準に、改正法のように「開発の合理性」・「環境保全・災害防止」というような環境配慮条

項を掲げていなかった旧法時代に、行政事件において、積極的に法発見につとめた注目すべき判決もある。前掲・臼杵市風成地区事件では、漁業権を放棄し、埋立に同意した漁業協同組合の決議が有効か無効かがいまひとつの重要な争点であったが、福岡高裁判決は、改正前の公有水面埋立法四条二項（現四条三項）の「其ノ埋立ニ因リテ生スル利益ノ程度ヲ著シク超過スルトキ」という判断基準について、つぎのように判示した。すなわち、これには、工場建設に伴なうプラスの面だけではなく、「工場建設がその地方住民の、生活環境におよぼすもろもろのマイナス面の影響の有無、程度をも検討する」ことを要する、といい、検討の結果、「工場建設、操業、原料製品運搬のもたらす大気の汚染、海水汚濁等による生活環境にあたえるマイナス面の影響も当然予測されるところであるにかかわらず、……」、被害防止協定のみでは万全の措置とまでは認められない、と認定し、本件埋立免許は法四条二項の要件をみたしていない、と判断したのであった。これは、環境保全・利用秩序の遵守を、埋立免許という行政行為の違法・適法判断基準として積極的に確認している。その意味で劃期的な判決であった。

このような方向に立って積極的に法発見しようとすれば、つぎのことが指摘されるのではないだろうか。

第一に、開発に合理性があり、環境保全・災害防止について十分配慮されているかどうか（公有水面埋立法四条）は、環境管理の総合的な観点を必要とする。当然に、たとえば漁業権者のように、たんに当該水面について権利をもつ者との関係をはるかに超えて、埋立予定地になにが建設されるのか、など判断資料に入る。それは、セメント製造工場（風成）か、石油備蓄基地（沖縄金武湾）か、原子力発電所（福島）か、それとも火力発電所（伊達）なのか、これを抜きにして判断のしようがない。

第二に、みぎのように見るなら、環境保全・利用に関する法規範が埋立てそのものにだけ妥当して、他の場合には無関係だ、ということにはならない。たとえば、県知事の新産業都市建設基本計画決定（大分八号地事件）や、県知

事の港湾計画変更（甲子園浜事件）のように、埋立の前提となる計画の違法性が争われる場合も、変りがない。同様に、たとえば、内閣総理大臣の原子炉設置許可（福島第二原子力発電所事件）のように、埋立予定地上の施設の建設が違法として争われる場合もそうである。行政訴訟としてはさまざまな行政処分を対象とし、それにしたがって、当該行政処分の違法性を、一応それぞれの行政法規範に照らして主張するかたちをとるが、その、環境訴訟という実体はつねに同じである。違法の根拠はつねに環境破壊であり、当該行政処分の取消や無効確認は、実質的に、その行政処分を侵害源（Störungsquelle）としてとり除き、環境破壊を差止める、という意味をもっている。埋立免許処分を取消せば、埋立ては実施されず、埋立予定地に工場などの施設を建設し、操業することはできないし、排煙、排じん、排水、騒音、悪臭などによる生活環境侵害も生じない。開発計画が取消されれば、埋立ては行なわれない。埋立予定地上の施設建設計画が取消されれば、埋立ては目的を失ない、実施されない。しかも、これらを通じて、当該行政処分の主体はいずれも「侵害源に影響を及ぼし、もしくは支配しうる者」であって、差止の被告適格がある。問題は、このような実体を見るか、見ないかであって、これを認める以上は、あとは、この実体をいかにして開発行政の準拠法規範として、それぞれの行政行為に即し、内実化し、具体化してゆくか、である。

第三に、環境保全・利用の法秩序は公法規範・行政法規範であると同時に、民事違法の判断基準でもある。すでに民事違法の側からアプローチして、個人的権利保護に対する法制度的保護であること、また保護法規違反として考えうることを、指摘した。再論すればこうである。

環境訴訟で「被害を受ける者」に差止が認められるのは、たんに被害者の私的利益を保護することに尽きない。それはちょうど、不公正な取引方法によって営業上の損害をうけた者が、差止（不正競争防止法一条、独禁法では、公取委による排除措置がこれに代る、同法七条）、あるいは損害賠償（不正競争一条ノ二、独禁二五条）を請求しうる

理由が、たんに私的利益を守るだけでなく、公正かつ自由な競争を促進し、究極的には、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」（独禁一条）ことにある、のと同じである。すなわち、被害者による差止、ないし損害賠償の請求をてこにして、環境保全・利用のルールを回復・維持し、「もって国民の健康を保護するとともに、生活環境を保全することを目的とする」（公害対策基本法一条）。これが、環境破壊差止の法制度的保護の側面である。

したがって、ここで差止の理由となる違法の意味は、はじめから多次元的（mehrdimensional）で、かつ統合された（integrierte）構造をもつ。しかもその違反が違法となる環境保全・利用秩序は、競業秩序とも異なる。後者が主として「事業者」相互間の私的取引上のルールであるのに対し、前者は、企業や一般市民だけでなく、国や地方公共団体も遵守すべき、取引外のルールである。これを公法規範、ないし行政法規範として構成することに、何の不思議もない。行政法規範としての環境保全・利用秩序の違反が同時に民事法上の違法でもあり、差止の理由となる。たとえば、いわゆる取締法規違反が、同時に民法上も公序良俗違反（民法九〇条）となることがあるし、刑法上、詐欺・脅迫・横領・威力業務妨害として違法であるものが、民事法上も違法として不法行為の成立要件を充たすことがある。これらと同じように、環境保全・利用に関する行政法規範の違反は、「他人を保護することを目的とする法規の違反」（Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz）（ドイツ民法八二三条二項）として、違法となり、そこに侵害源がある以上、これを制約する別段の規定がないかぎり、差止の理由となる。これが、環境破壊差止の保護法規違反の側面である。

（34）前掲・日弁連報告資料六八頁が「伝統的な法理論における、権力的行政行為＝行為の違法＝抗告訴訟、非権力的行政行為＝権利侵害の違法＝民事訴訟という図式的な区別は、環境訴訟においては必ずしもあてはまらないことが明らかである」

といい、また同六五頁が、環境行政訴訟にあっては「実体面においては、訴訟物たる『違法』の内容が再検討されなければならない。そして、違法性とは、当該行為規範に違反することのみを指すものではなく、右行為規範に直接違反していなくても、国民の権利・利益を侵害するものは違法だと評価さるべきである」というのも、わたくしは本文に述べた意味で理解する。

(35) 伊藤護也「瀬戸内環境保全のための後継法のあり方」法と民主主義五頁。

(36) 植木壽子「大阪湾二色の浜埋立て」同一四頁。

(37) 伊藤・前掲論文六頁参照。

(38) 伊藤・前掲参照。

四　むすびにかえて

一　これまで見て来たように、開発行政に関連して、数多くの差止請求訴訟が全国各地で提起されている。それは、まさに苦斗という表現があてはまる状況である。民事訴訟で仮処分申請が認容されるなど、わずかに前進が見られるものの、ことに行政訴訟での壁は厚い。その背景には、そこに侵害がある以上、何はさておき差止める、という原則ではなく、侵害があっても、よほどのことがないかぎり差止は認めない、という固定観念、また、権利侵害でなくても、そこに違法な侵害があれば差止める、という一般的差止概念の欠如、さらには、行政訴訟、とくに抗告訴訟制度の環境訴訟に対する適応力の不足、など、いくつかのことが考えられる。これらの点に限って、わたくしは検討を加えた。

二　このようなわが国の状況に比較すると、西ドイツでは少し様子が違っているようにおもわれる。そこでは、わが国と違ってイミッシオーン違法の原則に立ちながらも、民法九〇六条や営業法二六条のように、具

体的な例外規定を設けて、差止を制約して来た。わたくしは、このような原則・例外の重層構造と、イミッシオーンに関する事前チェックを営業許可の要件とすることを、それなりに評価しつつも、これら例外規定の問題点を批判的に検討したことがある。[39]

一九七四年連邦イミッシオーン保護法は、あらためてイミッシオーン防止のための公法規定を整備し、差止制約の例外規定についても手直しを行っている。たとえば法五条では、許可を必要とする施設について、第一に、環境に対し有害な影響を与えてはならない、第二に、イミッシオーン防止設備を講ずる、第三に、残さいを無害な方法で利用し、廃物を秩序正しく除去すること、という義務を課した。これにより企業は、法律上当然に、みずからここにいう手段を講ずべき一般的容態義務（allgemeine Unternehmerverhaltenspflichten）を負うのであって、施設を操業する者は、許可の要件内容である負担を完全に果したからといって、この義務をつくしたことにはならないし、また、たとえば法一七条による官庁の事後的な命令に従っても、自己の施設から発する侵害的境環作用について責任を負う、と解釈される。したがってまた、たとえ許可当時の技術水準からいって充分な防止手段を講じても、その後の技術水準の進歩に適合した手段を講じないと、法五条の義務に違反したことになる。したがって、連邦イミッシオーン保護法一四条は、なるほどかつての営業法二六条を文言上そのままうけついだかたちになってはいるが、その中味は大いに異なる。かつての営業法によれば、いったん許可を受ければ施設の存続を実体法上保証されたも同じであった。しかし連邦イミッシオーン保護法では、施設を操業する者は法の目的を自己の責任で実現せねばならず、許可は制限されたり、撤回されることもありうるのであって（法二一条）、いまや、許可はまったく形式的意義しかもたなくなった、といわれる。[40]同法一四条によれば、技術的にも経済的にも可能な範囲の侵害排除措置を求めることはできても、施設の操業停止を請求することができない。しかしこのような民事差止の制限に代って、企業施設の環境に対

する事前のチェックを許可要件とするだけでなく、あらたに事後的にもチェックして、許可を撤回し、施設の操業を停止するみちを開いたのである。したがって、被侵害者は、官庁による事後的命令（一七条）、禁止命令（二〇条）、許可の撤回を、行政訴訟によって請求することができる、と解されている。[41] いわば、民事差止に代わる行政差止である。[42]

三　連邦イミッシオーン保護法それじたいは公法上の環境保護法であって、直接に民事法の本質的な改造をもたらすものではない。しかし民事法への影響は避けられないのであり、すでにこの方向での論議がさかんに行われている。[43]

一、二の例を挙げておこう。連邦イミッシオーン保護法の基本的立場のひとつに、「たゞ乗り」禁止（"free-rider"—Verbot）がある。つまり、イミシオーンによって第三者や公衆が、たとえば病気にかかった費用、あるいは用水を取得するために支出するより多くの費用、というような社会的費用を、企業が支払わずに利潤をあげる理由はどこにもない。直接、間接に生じさせた費用を企業が負担する原因者主義（Verursacherprinzip）によって、企業は外部的費用の内部化（Internalisierung externer Kosten）をしなければならない。このような観点は民法九〇六条の、いわゆる場所的通常性（Ortsüblichkeit）の概念に対しても反作用を及ぼさざるをえない。いかに場所的に通常であるからといって、イミッシオーンによって生ずる費用を他人に支払わせてみずからのコストを浮かすことは許されない。許されるのは住民の同意がある場合に限られるのではないか。そうだとすれば、九〇六条をこのような同意主義（Zustimmungsprinzip）を基本にすえて解釈しなおす必要がある、ということになる。また、たとえば騒音・排気ガス・震動などの道路交通の作用が健康を侵害することがあるとしても、それが一般に現代国家の住民に不可避的なものである限り、ortsüblich であると、これまでされて来た（BGHZ 49, 148—Bergnase Fall）。しかしこれ

はいまや逆転して、直接的に、健康侵害的でないイミッシオーンだけが ortsüblich であるとして認められる、ということになる。(44)

さらに連邦イミッシオーン保護法は、不法行為や差止請求の要件である違法の範囲を広げることにもなる。この法律の諸規定が市民の個人的な利益にも関連していることは、疑いない。したがって、これらの規定は、たとえば道路交通条例（StVO）や不正競争防止法（UWG）がそうであると同じように、ドイツ民法八二三条二項の意味での保護法規（Schutzgesetze）である。(45) すでに述べたように、官庁の許可をえた企業や施設は、この法律の一四条によって、いちおう差止が制限される。したがって、この場合には損害賠償請求権が問題になる。また、この法律によって許可を必要としない企業や施設にあっては、差止が制限されることはないから、とくに不作為請求権（Unterlassungsanspruch）、われわれの言葉でいえば、差止請求権が広く生ずる余地がある。

そこで問題は、このあらたな保護法規の違反によって民事法上違法となる範囲、つまり、これまでの法によって劃されていた分野をこえて、保護の範囲はあらたにどこまで及ぶことになったか、ということである。ところで連邦イミッシオーン保護法一条は、この法律の目的を、「人、動物、植物、その他の物を、有害な環境作用、いちじるしい不利（Nachteile）、いちじるしいわずらわしさ（Belästigungen）から守る」こと、としている。「動物、植物、その他の物」を保護する法規範の違反が違法となることによって、これまで損害賠償になじまなかったいろんな環境保護のイニシアティヴにその分野が開かれるだろう、といわれている。とくに、民事法上の基準となっている権利帰属関係（Rectszuständigkeitszusammenhang）、なかんずく所有関係からまったく離れて保護が与えられ、かつては存在しなかった権利が生ずる。たとえば、イミッシオーンにさらされた動物によって害を受けた者は、その動物の所有者でなくても、イミッシオーンを出す者に対し、その違法を追求しうる。泥炭（ピート）を買った者がこれを植物、

たとえばキャベツやきゅうりの裁培に使用したが、この泥炭が雑草除去剤のまかれた原野からとられたものであったため、野菜の成長が阻害され、廃棄せざるをえなくなった場合、泥炭の売主だけでなく、除草剤をまいた原野の所有者に環境侵害の責任を問うことができる。生産物責任が環境侵害責任（Umweltschadenhaftung）のかたちで追求されることになる。また人の保護についていうなら、騒音になやまされる教師が充分な教育ができず、生徒の学習不足を来たすとしたら、生徒の親は、教師をこえて、教師をなやます騒音を発する者に対し、その違法を追求する権利をもつ。このような民事違法の拡大が、これからの方向、課題として指摘されている。[46] それはまさに、われわれが提起したところの、環境保全・利用法規範の違反を違法とする場合と軌を一にするもの、といってよいだろう。

四　ここ福岡では、いま、漁民・農民をふくむ流域住民が、国などを相手どって、福岡地裁久留米支部に筑後大堰建設差止請求の訴を提起している。原告は、その主張のひとつとして、過去の統計から、流量の絶対的不足を指摘し、計画にある毎秒四〇トンの放流は不可能であること、洪水調節と水量安定のためには上流にダム群をつくることが不可欠の前提になるにもかかわらず、その計画は事実上放棄されていること、などを主張している。これに対し、国など被告側は、筑後大堰建設事業の目的が治水のほか、「筑後川下流土地改良事業による新規かんがい用水の取水及び福岡導水事業、久留米広域水道用水供給事業等による水道用水の取水を可能ならしめる等の利水目的を有するものである」としながら、「筑後大堰建設工事には、右利水事業にかかる取水施設及び導水路等の建設工事は含まれないのであって、大堰の建設工事と右取水施設等の建設工事とは別個の工事である」という理由から、後者に関連する事柄は「大件筑後大堰建設差止めの理由にはなり得ないものである」と反論し、みぎの利水事業のための取水施設等の建設は、取水位置を変更するにすぎないものであるから、「これによる河川流況の変化による影響はほとんど考えられない」と答弁している。

被告国側主張の前半は、すでに検討した「うわもの論」と変るところがない。治水・利水を別にして、堰建設計画の合理性が判断できるはずがない。また、その後半については、たとえば福岡導水等のための取水施設の建設が新規により多くの取水をするものではない、とはにわかに信じがたい。裁判所が原告の要求をいれ、筑後川総合開発計画全体の資料提出を被告に命じたのは、当然の措置であった。

一七年前、同じ筑後川の上流で下筌ダム事件があった。行政訴訟として土地収用法にもとづく事業認定無効確認請求がなされたのに対し、東京地裁昭和三八年九月一七日判決（判時三五二・一二）は、多目的ダム法四条で要求される発電効果に関する基本計画がまるでなされておらず、ダム建設計画の大半の資料を欠いた事業認定であるにもかかわらず、ダム建設の主目的は治水にあって利水にはない、と判示した。発電所はまさにダムの「うわもの」であった。それでは下筌ダムが筑後川流域の治水にどれだけの効果があるかは、流域全体の治水計画によってはじめて明らかにされるのに、その計画がないではないか、という原告の主張を、治水のためいかなる施設を設けるかは行政庁の自由裁量に属する、として裁判所はしりぞけた。まるで、このダムはないよりあった方がまし、という調子であった。また土地収用法に事業認定の事前手続として規定されているところの、専門家からの意見聴取（同法二一条）も、公聴会の開催（同法二二条）もなされなかったことについては、これも行政庁の自由裁量に属するとして、裁判所は請求を棄却した。このように、当時、訴訟で開発の是非を向うことに裁判所は一顧だに与えなかった。

しかしこれまで考察してきたように、この一七年の間には環境訴訟は大きな変化をとげた、といってよい。この成果の上に立って、裁判所がじゅうぶんな審理を行なうことを期待して、この稿を閉じることにしよう。

(39) 原島重義「わが国における権利論の推移」とくに九六頁以下。

(40) Diederichsen, Zivilrechtliche Probleme des Umweltschutzes, Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 13ff.

(41) Baur, Die privatrechtlichen Auswirkungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes, JZ 1974, S, 658f.

(42) したがって連邦イミッシオーン保護法のこのようなチェック・システムと切り離して、公共用飛行場について差止を認めない例として同法一四条を引用する大阪国際空港事件上告審での国側弁論要旨は、同法の正確な理解に立っているとはいえない。

ちなみにケルンのバウムゲルテル（G. Baumgärtel）教授の教示によると、ドイツにも環境権、正確には環境保護権（das subjektive Umweltschutzrecht）の考え方があり、ボン基本法二条に環境条項をとり入れるよう、提案されている、という。それによると、国に対し、環境保護のための諸条件をととのえることを義務づけるところの、憲法上の根拠をもった、市民の環境請求権（Umweltsanspruch）が生ずることになる。この問題について教授はつぎの文献を挙げた。H. Steiger, Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, Beiträge zur Umweltgestaltung A 2, Berlin 1975. なお、シュトラスブルグのヨーロッパ会議（Europarat）も環境保護権の方向で、人権協定（Menschenrechtskonvention）に環境保護条項を加えるよう、提案した、という。

(43) その文献につき、Vgl. Diederichsen, a. a. O. S. 1f.

(44) Vgl. Diederichsen, a. a. O. S. 7ff.

(45) Baur, a. a. O. S. 660., Diederichsen, a, a, O, S, 10.

(46) Vgl. Diederichsen, a. a. O. S. 11.