

環境秩序への多元的アプローチ

——実定法学のクロスロード——

主催

「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略」
行政・市場・生活の比較研究」プロジェクト

共催

北海道大学大学院法学研究科附属高等法制教育研究センター

目次

趣旨説明

報告一 「環境行政法における公益、個別的利益、共同利益」

報告二 「環境保護における刑法の機能と視座―近代刑法原理を超えて」

コメント

〈討論〉

報告三 「『環境』をめぐる法的諸相―市場の論理・共同体の利益・個人の自律―」

報告四 「環境秩序と民法」

コメント

〈討論〉

吉田 克己

亙理 格

伊東 研祐

山下 竜一

水野 謙

吉田 克己

瀬川 信久

趣旨説明

吉田克己

おはようございます。今日はお集まりいただきましてありがとうございます。私どもは、科学研究費基盤A「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略——行政・市場・生活の比較研究」（研究代表者・吉田克己）に基づく研究プロジェクトを展開しておりますが、この間、その研究作業の中間的成果を公表しようということで、シンポジウムを開催しています。第一回目は、昨年の一〇月二日に「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード」をテーマとして開催いたしました。この記録は、私どもの紀要・北大法学論集に公表することになっています。本日（二〇〇五年三月五日）は、シンポジウムの企画の第二弾で、「環境秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード」をテーマとして開催いたします。

お気づきのように、今回のテーマは、前回のテーマの競争秩序が環境秩序に変わったただけです。これは、意識的にやっているわけです。この共同研究プロジェクトにおいて私の大きな関心の対象になっているのは、「外郭秩序」という概念です。「外郭秩序」という場合にその中心の対象領域は、一つには競争、そしてもう一つには環境です。前回競争を対象にしたからには、次は環境を対象にして実定法横断的な検討をしよう、というわけで、今回のテーマは、ごく自然

に出てきたものです。

「競争と環境に代表される「外郭秩序」の領域は、私の理解では公共空間です。つまり、そこでの法秩序のあり方は、個々の市民に関係するだけではなく、不特定多数の市民に関係することになるわけです。そうである以上、これらの問題領域における法的問題は、私法だけでも、公法だけでも処理しきれなくて、分野横断的な対処をすることが要請されることとなります。つまり、これらは、実定法と実定法学の交錯領域なのでして、この間のシンポジウムの副題に「実定法学のクロスロード」という言葉を付けているのは、そのような理解を反映するものです。そのような次第で、今日は、環境秩序を対象として、民法、行政法そして刑法という実定法学横断的かつ多元的な方法で、問題領域にアプローチしていきたいと思っております。参加の皆様の活発な議論を誘発できれば大変幸いです。なお、本日の報告と討論は、前回の競争秩序シンポジウムと同様に、北大法学論集に掲載して、学界の共有財産にしたいと思っております。どうかよろしく願います。

「環境行政法における公益、個別的利益、共同利益」

亘理 格

一 はじめに

本日はどういった報告をしようかと多少迷ったわけですが、シンポジウムのテーマが「環境秩序への多元的アプローチ」ということであり、複数の実定法学のクロスロードということを強調していることを踏まえる必要があると考えました。また、本シンポジウムの開催趣旨でも、「より良い環境秩序の再生・維持に向けた多元的なツールの相互関係」ということで多元性を強調していますし、また、環境利益や環境秩序という、利益概念に関わることが言われておりますので、行政法学者であります私としましては、特に環境行政法に関する利益面に重点を置いた話をした方が良いのではないかと考えました。制度的仕組み面よりは公益と私益との関係等の問題点に絞ってご報告するのが妥当ではないかということ、あらかじめ与えられましたテーマを若干修正いたしましたして、「環境行政法における公益、個別的利益、共同利益」というテーマでご報告させて頂きたいと考えたわけではあります。

そこでレジユメに沿ってお話をしていきたいと思えます。まず「はじめに」では、従来からよく言われている点であります。我が国の環境法は、企業活動に伴う排出物等に起因して生じる生命、身体等に対する重い損害や被害の発生という問題、つまり公害問題に対する対処の必要性をスタート点として発展してきたという事情がございます。その中に、水俣病をはじめとする四大公害訴訟などが位置付けられるわけです。

ただ、よく言われることですけれども、一九七〇年代以降、そうした企業活動対被害者というタイプの公害問題だけではなくて、道路、空港、鉄道などの大型公共施設の設置、あるいはその供用に伴って広範な人々に対して騒音や大気汚染等の損害を与えるということが問題になったわけです。

あるいは公共事業による自然破壊等の問題も、環境問題あるいは環境法問題の重要なファクターと強く意識されるようになってきたわけです。そうした類型の環境問題におきましては、要するに企業活動対それによって被害を受ける人格被害というような枠組みだけではとらえきれないような利益対立関係が、問題になってくるようになってまいります。そもそも被害を受ける人々の範囲が非常に広がってまいりますし、それから道路利用あるいは廃棄物問題などを想定しますと分かりますように、要するに誰もがいわば被害者ともなり得るし、逆に加害者側の一端を担うことにもなり得るといふ類型の環境問題や公害問題が、注目されるようになってきたわけです。

そうした環境問題の変容の中で利益対立観が従来のような企業対健康被害というようなケースだけでは捉えられなくなったわけで、公共施設や公共事業によって果たしていかなる公益を実現しようとしているのかという、公益の本身自体を問い直そうとする問題関心が生まれますし、また、そうした公共事業に対し対置されるべき環境上の利益とはいったい何なのか、それは公益でもあるのか、そしてそのような環境上の公益とは何なのか等の問題も、意識されるようになってまいります。以上により、環境上の公益と私的な権利利益や人格的利益との相互関係をどのように把握すべきか

という問題意識が醸成されるようになり、今日、そうした問題意識の下での新たな理論等も提起されるようになってい
るのではないかと考えます。

そこで、そうした環境問題あるいは環境法における利益観の変容という視点から、この間の環境行政法に関わる特に
重要な事件や訴訟をいくつか見ていきますと、以下に述べるような二つの類型にかかわる事件や訴訟が重要なものでは
ないかと考えたわけです。

第一のグループは、公共施設や公共事業の公益性が争われる事案類型です。典型的には、公共施設の設置等に関わる
取用事業あるいは都市計画事業等が果たして十分な公益性を具えているか否か、従って、実体的に適法なものとなし
得るか否かが争われるケースを想定しています。そして、この事件類型では、公共施設や公共事業の公益性、あるいは
その事業計画の実体的な適法性如何が、人格的権利利益の典型である生命、健康、身体等の個別的利益との相関関係で
決定付けられるというケースが、近年生じてきているということに注目したいと思います。そのような意味で、私はこ
の事案類型を、「公益への個別的利益の組み込み」が肯定されるケースと捉えています。

ところが、これとは全く逆に、個々人にとつての個別的利益の保護法益性が認められるか否かという個別的保護法益
性の成否問題が、公益目的との相関関係で決定付けられるようなケースが、他方で生じてきています。これが第二グルー
プの事件でありまして、私はこれを、「公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性」が肯定されるケー
スと捉えています。以上のように、公益と個別的利益との相互関係に関して相反する二つの変化が、同時に生じてきて
いるという点に着目したいと思います。

二 公益への個別的利益の組み込み——公共施設・公共事業の公益性をめぐる事件を例に

(1) 問題の所在

そこでまず第一のグループ、すなわち公共施設設置事業や公共事業等の公益性が個別の人格的諸利益との相関関係で決定付けられるという「公益への個別的利益の組み込み」ケースについて、簡単にお話ししたいと思います。ここで想定していますのは、要するに公共事業や公共施設の設置のための都市計画事業や収用事業ですけれども、これは従来の公害訴訟タイプの事件とはかなり性格が異なっています。先ほど言いましたように従来の公害訴訟というのは企業利益対生命、健康、身体等の人格的諸利益との対立ということです。これに対して、公共施設関係の事件になりますと、その施設自体の公益性や当該公共事業自体の公益性が問われ、またそれとの対抗関係で、被害を受ける者の人格的利益の侵害の程度や態様が問題となります。あるいは被害を受けるのがむしろ自然や歴史的環境のような一種の公益である場合もありますので、そうした場合は、公共事業によって実現される地域開発等の公益とそれによって失われる自然や歴史的環境等の公益との対抗関係が生じます。こうした類型の事件を見ていく場合に、今言ったように事業の公益性とということが非常に重要なファクターになるわけですが、その事業や施設が果たして公益的なものであるか否かの判断において、例えば騒音問題や大気汚染等による人格的利益の侵害ということが果たしてまったく関係がないかという点、決してそうではないのだという点が重要です。両者の関係をいかにとらえるべきかが問われているような事件が、今日、生じてきているということですが、

(2) 公益 vs 公益対立型の公共施設訴訟

この事件類型の典型は、環境行政法においては当時画期的な判決といわれ、その後なかなかその後を継ぐ判例がなかったということで、いわば行政法上は記念碑的な判決といわれてきたような事件、いわゆる日光太郎杉事件です。この事件で争われたのは、要するに観光開発やオリンピックの開催に伴う観光客の誘致という公益の達成のために国道の拡幅

事業を行おうとすると、それによつて日光東照宮の地域内の杉の大本群を中心とした歴史的、文化的、宗教的な価値などが奪われるということです。しかもこれは国立公園の特別地域内の地域であるということで、まさに開発による公益に対して自然、歴史、文化などの公益が対峙されるという事件でして、この意味で、公益対公益間の争いでありまして、開発事業による公益と人格的利益との対抗関係というのはあまり問題にならないケースです。この事件の控訴審判決は、収用事業の認定の際に、事業により失われる歴史的、文化的、宗教的な価値等が奪われることを十分に考慮しないことは違法であるし、逆にそれを軽視し開発がもたらす利益のみを考慮したことは違法であるとしまして、要するに適正な利益考慮を行わなかったことが裁量権の逸脱濫用に当たるということで、違法であるという判断が下されたわけです。その意味で、公益と公益の典型的な対決事例だと思つてわけですが、それに近いのが北海道の二風谷事件の判決です。

これは明治維新以降、いわば虐げられてきて自分たちの土地を奪われてきた少数民族であるアイヌの聖地であるその場所を収用して、そこにダムを造ることの公益性が争われた事件です。ダムによる災害防止や農業用水の確保等の公益と、少数民族先住民族が持っている歴史的、文化的、宗教的な利益や価値という、それ自体も公益である諸利益・諸価値とが、正面から対決したという事件です。ただ、後の議論とも関係しますが、少数民族先住民族の固有の歴史、文化、宗教的価値の保護が問題になったという意味では、むしろ共同利益ととらえるべき事例であるという可能性もあります。いづれにしましても、この事件の場合も先ほどの日光太郎杉事件の場合とほぼ同様に、そうした少数民族先住民族としての歴史、文化、宗教的諸価値を不当に軽視して十分な調査を行わなかったことが裁量権の逸脱濫用に当たるという理由で、違法であるとの結論が下された事件です。

(3) 公益 vs 人格利益対立型の公共施設訴訟

この種の事件、特に日光太郎杉のような事件の場合は、公益に対して人格的利益の侵害が問われるというふうには言

えないわけですが、近年、騒音や大気汚染による被害に対する人格的な利益の保護という個別的利益の保護の必要性を、開発事業によって損なわれる公益として組み込もうとする判決例が現れています。平成一三年の小田急の複々線化に伴う高架化事業に関する訴訟の第一審判決（東京地判平成一三年一〇月三日判時一七六四号三頁）がその一つです。この事件の高架化事業には、一方では鉄道の本数を増加させることによって通勤の便を図るとともに、踏切を廃止することによって道路交通の円滑化、いわゆる開かずの踏切といわれた状態を解消するという公益性があります。

それに対して、この判決は、当該高架化事業計画を決めた都市計画決定自体が違法であり、従ってそれに基づく事業認可自体も違法であるという結論を下したわけですが、その理由付けが重要でありまして、どういふことかと言うと、平成五年の都市計画決定の時点で、すでに当時その地域には受忍限度を超えるような騒音被害が生じていたといえます。したがって、あらためて鉄道路線の複々線化、高架化に関する都市計画決定を行う際には、もうすでに存在している受忍限度を超える騒音被害を解決するためにはいかにすべきかといふことを十分に考慮すべきであった。ところが、当該都市計画決定のプロセスにおいて、そのような騒音被害解決に関する配慮がまったく払われていなかった。しかもその際、騒音被害を解消しようとするならば、高架化という方法ではなくて地下化（トンネル案）があり得たにもかかわらず、それ自体必ずしも十分な検討を経た上ではないような考慮に基づいて、結局、トンネル案は格段に費用がかさむとの理由により、トンネル案をほとんどまじめに考慮せずに高架化案を採択した。これは、考慮すべき事項を十分に考慮しない判断であつて、裁量権の逸脱濫用に当たるといふ判断を、東京地裁は下したわけです。

この判決で重要なのは、その当該都市計画決定および事業認可自体が十分な公益性を備えていないといふ判断をするに当たつて、受忍限度を超える騒音被害の実態といふことを非常に重視したといふ点です。

次にご紹介する、昨年四月二二日の圏央道あきる野インターチェンジの第一審判決（東京地判平成一六年四月二二日

判時一八五六号三二頁も、騒音問題つまり受忍限度を超える騒音被害の解決を十分考慮していないという点を重視しています。その結果、違法な事業計画であるという結論を下した点では小田急高架化訴訟判決とほぼ同じ考え方であります。実は裁判官も東京地裁の民事第三部の当時の藤山雅行裁判長の下での法廷ということ、ある意味では当然のことですが同じような考え方、つまり受忍限度を超える騒音などの解消の必要性ということを強調したという点では、共通しております。

ただ、この判決は、実は小田急訴訟以上にさらに二歩も三歩も前へ進めたような議論をしているわけで、どのような意味でかと言いますと、要するにそういう受忍限度を超えるような道路やインターチェンジというのは、すでにこれは国家賠償法二条一項でいうところの瑕疵ある営造物に当たると述べております。

これは、行政法では、道路の安全性という意味ではまったく問題がないけれども、しかし一般に、その利用に供することによって周辺住民などの第三者に騒音被害等をもたらす場合は、いわゆる供用関連瑕疵という概念、あるいは機能的な瑕疵というふうに理解していきまして、これまた国賠法二条一項でいう設置管理の瑕疵に当たると考えてきています。大阪空港訴訟の国賠を認容した部分や国道四三号線訴訟等では、そういう理解の下で国賠請求については認めてきております。この判決は、まず、大阪空港のこの判示部分と四三号線訴訟を援用いたしましたので、そういう機能的瑕疵を持つものも国賠法二条でいうところの瑕疵ある営造物に当たるとしていますが、その上で、そもそもそういう瑕疵ある営造物を設置するような収用事業というのは、土地収用法上も違法な事業計画ではないかと述べたわけです。土地収用法には、そういう規定はまったくないのだけでも、いわば黙示の前提要件であるということになります。瑕疵ある施設を収用事業によって設置してはならないという行為規範というのは、土地収用法の規定のいかんにかかわらず黙示の前提要件にほかならないのだと、そういう論理構成をしております。

これは実は学説上は今まで誰も主張しなかったことを判決が言ったという意味では、驚くとともに「目からウロコが落ちた」という面もあります。こうなりますと、この問題については、行政裁量の余地の有無を云々する以前の問題として、そもそも違法な収用事業の認定だという話になります。

その上で、しかしこの判決は仮に国賠法二条でいう瑕疵ある営造物を設置することになるとしても、当該事業が収用法上ただちに違法にはならないという前提に立った場合を想定し、その場合については、先ほどの小田急訴訟の第一審判決と同様の論理を展開しています。つまり、受忍限度を超える騒音被害を生じさせることとなる施設の建設計画が争われるケースでは、営造物瑕疵を帯有する施設の建設は収用法上も違法であるという前提から出発しますと、そこから直ちに都市計画事業認可の取消という結論が導かれる一方、仮にそのような前提を採用しない場合には、受忍限度を超えるような騒音被害などを適正に考慮すべきところを考慮していないという意味で、適正な利益考慮を果たしていないし、その際にそうした問題を起こさないような代替案について十分考慮していないので、裁量権の逸脱濫用に当たり違法であるという、二段構えの理由づけにより、本件事業計画を違法として取り消したわけです。国賠法二条をかました議論と、それからそうではない場合にも裁量権の逸脱濫用に該当する場合がありますという二段構えの論理構成により、いずれにしても違法な事業認定であるというふうに結論づけたわけです。

以上のように、小田急高架化事件及び圏央道あきる野インター事件における二つの東京地裁判決は、先ほど申しましたように、受忍限度を超える騒音被害という個人的な人格被害の発生可能性を、公共事業の公益性判断に当たっての決定的なファクターとして重視したということになります。その結果、違法であるという結論を下したわけです。

三 公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性

(1) 国立マンション訴訟における二つの住民側勝訴判決

他方、第二のグループ、すなわち「公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性」の肯定というテーマに移ります。上述のように、ここでは個々人の個別的保護法益性が認められるか否かの判断において、実は公益目的との相関関係が問題にされる場合があるということを述べたいと思います。具体例として、東京都国立市におけるマンション建設をめぐる生じた紛争との関係でいくつかの判決例が出ておりますが、その中で住民側が勝訴した二つの判決を取り上げます。

この事件では、高さ約二〇メートルのイチヨウ及び桜が植樹された幅約四三・六メートルの並木道をはさんだ沿道地域において、建築物の高さを二〇メートル以下に抑えることにより良好な町並み景観が形成されていたにもかかわらず、突然持ち上がった高さ四三・六五メートルの大型マンション建設により、永年にわたる住民の努力により形成された良好な景観が著しく損なわれることが問題となりました。地域住民は、訴訟を通して、当該マンション建設を食い止めることができるか、また、完成後のマンションについて違反部分を撤去させることができるか等が、争われています。

一連の訴訟の中で、東京地判平成一三年二月四日（判時一七九一号三頁）は、住民が東京都の建築指導事務所長を被告に提起した行政訴訟に関して、行政庁が違反建築物に対し何らの是正命令権限（建基九条一項）も行使しないことは違法であることを確認する旨の判決を下したものです（判決a.）。当時の行政事件訴訟法上はそういう権限不行使の違法性確認判決を明示的に認める規定はありませんでしたので、いわば名前のない、非法定の抗告訴訟として、それを認めたという判決です。以下で、行政訴訟というのはこちらの判決の方を言います。他方、東京地判平成一四年二月一八日（判時一八二九号三六頁）は、言うまでもなく、付近の住民が民事差止め訴訟を起こしまして、高さ二〇メートルを超える部分についての撤去を命じる判決を勝ち取ったという判決です（判決b.）。いずれも認容判決という結論は

かりではなくて、その理由付けにおいても、景観利益が土地の所有者個々人の個別的利益として法的に保護されるべきであると考えている点では、かなり重なり合っております。

(2) 二つの判決の共通点

特に、両判決とも、地域地権者の景観利益が個別的利益としても保護されることを結論づけるために、①保護されるべき景観の範囲と内容が明確で特定されていること、②地域地権者自身が高さ制限を守り財産権制限を受忍すると同時に、それにより形成された良好な景観を享受してきたという点で、景観利益の享受とそのための自己規制・自己犠牲性が「互換的利害関係」（判決 a. の表現）にあること、③景観とは、地権者の一人でも高さ制限等の規制を逸脱した建築物を建築し自己利益のみを追求するならば、直ちに破壊される性質のものであり、それ故、良好な景観を維持しようとするならば、良好な景観の享受と引き換えに自らの財産権行使への制限を受忍している地域地権者の景観利益を、個別的法益として保護する必要があることという、少なくとも三つの条件の充足を要求しています。

(3) 二つの判決間の差異

ただ、この二つの判決間には多少の違いがあるわけでありまして、吉田先生もこの違いをかなり重視されています。以下に述べるとおり、行政訴訟に関する判決 a. の場合は、国立大学通りの現にある特定の景観については、これはいわば具体化された公益というふうにまず捉えておりまして、そのような具体化された公益としての良好な景観とそれを享受する個々人の利益との相互依存性を重視しているのに対し、民事差止訴訟判決 b. の場合は、そのような具体化された公益といったような議論や空間利用者の共同意識への依存性といったことには全く言及していません。

まず、判決 a. は、「並木通りの高さである二〇メートルを超えない高さの建築物で構成される景観という、客観的な基準によって、その美しさの維持が法的に図られた大学通りという特定の景観」については、これを「具体化された

公益」と捉えた上で、かかる「具体化された公益」としての景観が維持されるか否かは、当該景観を構成する空間の利用者の「共同意識」に「強く依存せざるを得ないという特質」があることを強調しています。そして、「具体化された公益」としての景観の保護には、そのような「空間利用者の共同意識」への強い依存性という特質があるため、判決 a. の場合は、特定の優れた景観の保護という公益達成のための手段的利益として、地域の地権者が当該特定の景観を享受する利益についても、「個々人の個別的利益」としての保護利益性を承認する必要がある、という論理構成をとったわけです。

これに対し、違法部分の撤去を命じた民事差止め判決 b. の場合は、「当該地域内の地権者らは、自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない」として、景観利益の私法上の保護法益性の承認という結論が、景観維持のための自己負担との互換的關係性からストレートに導かれています。判決 b. の場合、「具体化された公益」としての特定の優れた景観を維持するには、当該景観を構成する空間の利用者の「共同意識」に依拠しなければならないとか、従って、当該景観を維持するための手段として、当該景観を享受する地権者の利益を「個々人の個別的利益」としても保護する必要があるといった論理は展開されていないのです。判決 b. が重視するのは、むしろ、「広く一般社会においても良好な景観であると認められることにより」地権者に生じる「付加価値」の存在です。

(4) 公益と個別的利益の媒体としての共同利益

そこで、こうした国立マンション事件をめぐる二つの認容判決を受けて、特に行政訴訟判決を手掛かりに考えますと、この行政訴訟判決で述べている公益としての良好な景観を維持するという公益目的を達成するために、実はその空間を享受している地権者個々人の利益を具体的な利益として保護しなければならないという議論をしているわけです。その

際、空間利用者の共同意識の重要性ということを重視してあるわけでありまして、私の見るところ、こうした議論は景観利益をいわば共同利益として把握しようという志向性を示しているのではなからうかと考えます。行政訴訟の方の判決が言っており、空間利用者の共同意識に依拠して維持されるべき、いわば具体化された公益としての景観という考え方というのは、一種の共同利益論を唱えたものというふうに見てよろしいのではないかと思います。

四　むすび

以上を踏まえまして結びということになるわけですが、一方では公共施設や公共事業の公益性の判断において人格利益の保護との相関関係性が重視されることを示す判決例が存在します。他方で、個人にとつての個別的な利益の保護の法益性の判断に当たって、実は公益目的の達成との関連性が重視されています。そのような公益と私益との相互依存性を示唆する特徴的な判決例が、特に近年現れてきている。できればそうした傾向を今後ともさらに進めていくことによつて、景観利益の権利性や保護利益性を認めていく方向へと向かつて行くべきであり、また、開発事業や公共事業の決定等の際に重視すべき価値として、生命や健康等の人格利益及び景観保護の要請という視点を確立すべきだろうと思つています。

私自身は、景観というのはアメニティーという言い方で従来から位置付けているわけでありまして、一緒に配布させていただきました、これはまだ校正段階のものでありますけれども、『都市計画』という雑誌の二五三号掲載予定の論文において、昨年制定された景観法に関する紹介とともに、国立マンション訴訟との関連付けに関する試論を公にしております。

景観法というのはかなり画期的な法律でありまして、日本の土地利用関係の諸法律でいわば手付かずだったような間

隙を縫って、景観保護という視点から計画的かつ系統的に良好な環境保全を図るための法制度を導入したと言えるのではないかと思います。そのために、景観計画及び景観計画区域という新たな計画制度を、都市計画区域とは相対的に独立した制度として設けることとし、また、都市計画区域の中には景観地区というものを指定できることにしています。こうした区域・地区指定によって、いわば通常の優れた景観の保護、すなわち第一級の文化財として優れた景観だけではなくて、その地域の特色をよく示すような景観や、当該地域の自然、歴史、文化の多様な要素からなるような特徴的な景観等を計画的に保護することを可能とする法制度です。さらに、違反者に対しては非常に厳しい対処を可能にするというものでありまして、これによって、いわばアメニティーの保障という考え方が、我が国の法制度の中で初めて正面から確立する可能性が開けたのではないかと考えております。そういうアメニティー保障という視点からしますと、国立マンション訴訟においても、いわばアメニティー保障をいかに個別的保護利益として保護の対象にしていこうかというところが、私は問われているのだろうと考えるわけです。

そう致しますと、国立マンション訴訟の判決というものはある意味で突出した判決でありまして、実際、そのために民事訴訟の方の控訴審判決は、むしろ伝統的な利益観にのっとって第一審判決b.を覆してしまったわけです。そういった意味では、むしろ民事の控訴審判決の方が、いわば我が国の法学の世界では常識的な考え方と言えるわけです。

それを何とか突破しようというのが国立マンション訴訟の先ほど紹介した判決だと思えます。そして、判決a.やb.が打ち出した考え方を定着させるための前提条件をどのようにして形成すべきなのかと考えますと、これは理論的・論理的に説明することは難しいのですが、景観法のようなそれ自体は公益としての景観保護を目的とした法律が制定され、それが定着することによって、アメニティー保障という視点が我が国の土地利用関係の諸法律の中に確立することとなる。そして、そのことが、実は個別的保護法益性の承認の方にはね返ってくるのではないかという気がする

わけです。ですから、かなり整備された法制度があつて、それを前提にしてアメニティー保障や景観保護の必要性に関する国民の幅広い共通認識が確立するならば、そのことを通して、権利性や保護法益性というのが確立していくのではないか。そういったシナリオを描き得るのではなからうかという気が致しております。以上、若干時間がオーバーいたしました。これにて報告を終了させて頂きます。どうもご清聴ありがとうございました。

「環境保護における刑法の機能と視座―近代刑法原理を超えて」

伊 東 研 祐

ご紹介いただきました伊東でございます。前回の「競争秩序シンポ」と同じようなお話になってしまふところもあるかと思いますが、若干広げてお話しさせていただきますと思います。……実は、山下先生からは、最初に仮題として「保護法益としての環境」というのでは如何か、というご提案がありました。それでも、もちろん良かったのですが、日本の刑法学の中で「環境」を保護法益とした議論が始まる際には、あるいは、始まってからずっと今に至るまで、本来とは別のファクターがかなり働いているような気がしまして、それについても述べてみたいということもあって、ちよつと大袈裟なテーマになってしまいました。「環境保護における刑法の機能と視座」という標題に「近代刑法原理を超えて」という副題を付けたのは、要は、近代刑法の原理にとどまっていると環境刑法には説明できないところがたくさんある、ということを言ってみたいという願望を込めてのことです。

そこで、レジュメに従って話し始めさせていただきますが、Iに「我が国の刑法理論学における「環境」保護をめぐる議論の特殊性」と書きました。率直に結論から申し上げますと、そういう議論の特殊性故に「環境」保護を巡る我が国の刑事法の発展はかなり遅れた、と私自身は思っております。それを、まず、念頭に置いていただければと思います。

それがどうかをお話するには、幾つかの前提的な事情を御理解いただく必要があります。まず第一に書きましたのは、六〇年代・七〇年代において「公害」が激化し、何とかしなければいけないということで色々な手立てが打たれたということです。特に象徴的なのは、最初に挙げました一九七〇年、昭和四五年のいわゆる「公害国会」における色々な立法です。

まず、水質の汚濁防止というようなものの為の排出基準値を行政法令上定め、それに違反した場合には直ちに処罰できるものとされました。それまでは通常、汚濁に対して先ずは改善命令等を出し、それに従わなかったならば処罰するというような形式を採っていた訳ですが、いわゆる直罰主義の採用による特徴的な立法が為された訳です。

それから、詳しいことはまた暫く後で戻ってきますが、公害罪法が成立したということも非常に特徴的なことであつたらうと思います。これからお話ししていくことですが、同法の成立もあつて、七〇年代初めまでに日本の「公害」刑法は非常に進んだものが出来上がった、しかし、それ以降はなかなか進展しなかった、といえるのだらうと思います。なお、「公害防止」と「環境保護」という概念とを、それほど重い意味で区別して使つて良いのか、という問題があるかもしれません。刑法学では両者は違うものだという認識で捉えて来ているように思います。

何を申し上げたいかといえば、七〇年の直罰主義の採用によつて、刑法による環境保護を考える場合に従前から意識されていた問題、罪刑法定主義との絡みで、どのような形態の侵害行為があつた場合に処罰できるかを巧く規定できないという問題が、〇〇ppmというように設定された値に反すれば処罰できる、ということでも明確化が進み、刑罰法的手段

が採用し易くなった、と言えることは間違ひありません。しかし、レジュメではその後「抽象的危険犯」——普通は抽象的危険犯と言われますが——と書いたのですが、当時は実際にそこで何が行われたかということについては余り意識されなかつたような気がするので、現時点から振り返つて見れば、それは、そういう基準値に反すれば直ちに人の生命、身体あるいは財産に対する抽象的な危険が生じたと看做している公害立法なのだ、という風に明確に認識されるようになって来ています。判例の立場、そして通説の立場も恐らくそうなのだと思いますが、抽象的危険犯を具体的な危険の立証は不要であると捉えていますので、この直罰主義というのは、後から考えてみるとそのようなものなだなく、ということになります。これだけですと、非常に進んだといひましようか、良いか悪いかは評価が分かれ得ると思いますが、現実的な必要に応える上では一歩進んだ、踏み込んだ立法であつたといえる訳です。

ところで、もう少し視野を拡げて見ると、日本には刑法二二一条、現行ですと刑法二二一条一項前段の業務上過失致死傷罪という特殊な規定があります。この業務過致死傷罪というのは、業務上の過失によつて人を死傷に至らしめる、という非常に包括的な規定でして、原因行為の性格・属性というものは凡そ何も問うていないのです。このような犯罪類型は、立法的に殆ど世界に類がない——いわゆる重過失致死・致傷などはあるのですが——ものと言われています。プロイセンの一般ラント法が何かを日本に持つてくるときに理解を間違つて出来たものだ、というような解釈をしている方もいらつしやいますが、いずれにせよ、二二一条一項前段は生命・身体に対する危険行為一般から生じる過失の結果を処罰している、ということが重要です。

つまり、一九七〇年の時点で、既に傷害、殺人等の身体・生命に対する故意の結果犯、それから、今言いましたように、過失の結果犯が、刑法で処罰されているという状況があつた訳ですが、それらは「公害」に適用できないという規定では決してありません。現に水俣病であれ何であれ、業務上過失致死傷罪で訴追されているのです。そういう意味で

は、非常に先端的に使える刑法規定が既にあつて、それらに直罰規定、即ち、抽象的危殆化犯が更に付け加えられたということになります。

それと同時に、先程も触れましたが、公害罪法が成立して来ます。この公害罪法を見てみますと、故意・過失で結果を生じた場合ではなくて、故意・過失で「健康阻害物質を排出して」生命・身体に対する「具体的な危険」を生じた場合を処罰することになっています。更に、両罰規定を置いて、直接行為者だけでなく、組織体・法人事業主も処罰し、その上、因果関係も推定する、という手当てまでしていった訳です。

お氣付きになったと思いますが、犯罪類型という観点からすると、微に入り細に入り非常に綿密に「公害」を処罰できるようにしたのです。それが良かったかどうかということは、人によって評価が分かれる、と先程も申し上げた通りです。ただ、一点どうしても指摘しておかないといけないのは、このように多面的な刑事罰の使用という方針が採用された反面において、刑法典の中には公害罪法に相当する諸規定が置かれなかったという事実です。

八〇年代以降、ヨーロッパを中心に、刑法典の中に環境犯罪処罰規定を取り込む動きが出てきます。日本は、それに先立って、取り込みの可否・当否を議論した訳ですが、七〇年時点において「No」と言ったことになりました。国際レベルでも平野龍一先生が色々な学会でのレポーターなどをされたこともあつて、この時点ではかなりの研究が為されたのですが、論争の結果、刑法典の中には入れないということになったのです。問題は、その理由というのが、私から見ると合理的な議論に基づいて出て来たというより、いわゆる刑法改正作業との絡みの影響が一番大きかったと思われることです。レジュメで「刑法全面改正作業への取り込みと失敗」として、一九五六年から七六年までの出来事を挙げた真ん中ぐらひにあります。道義主義的な傾向と重罰化という改正作業の中で、学者たちがそれに反対し、処罰を拡大方向で考えていくこと、抽象的危殆化犯を介して拡大していくことや、更にその先で、因果関係の推定とかいう

ものまで入れてしまうということについては、非常にネガティブであって、慎重な態度が採られたということですから。もっとも、刑事法的対応の必要性は認め、否定する訳ではありませんので、単行立法法として認めるという格好で、刑法改正作業とは切り離して整備したというのが、実情だということですから。

ちなみに、ご存じの通り、公害罪法は既に「死に体」といいますか、法律としては残っておりますが、そこにある「排出」とは企業の生産活動に伴う、企業活動の一環としての排出でなければならず、事故型の公害に関しては同法を適用できない、というのが最高裁の判例でして、公害罪法の適用された事例は、この一五年以上ないと言って良いと思います。……以上が、第一点です。

その次に書きました二番目の特殊性は、日本の刑法学界の特徴ですが、先程の立法状況とも絡むものでして、いわゆる「行為無価値論」対「結果無価値論」の対立図式がここにも持ち込まれてしまった、ということですから。レジユメに書きましたけれども、刑法による環境の保護というのは、言ってみれば、刑法で公衆道徳教育をしようとするものなのではないのか、というネガティブなイメージ論があった、用いられたということですから。

そこに、「九一年刑法学会ワークショップ、タバコのポイ捨て」と書きましたが、この九一年のワークショップというのは、刑法学会で初めて環境犯罪について開かれたものです。何故覚えているかというと、私がオーガナイザーを命じられました、非常に苦心した記憶があるからなのですが、そのワークショップの際に出てきたのが、タバコのポイ捨ての例なのです。丁度その頃、いわゆる「ポイ捨て条例」の制定が非常に流行っていたこともありますが、そういう議論がワークショップで出まして、そんなものまで刑事法的にコントロールしていくべきではない、いわゆる「立振舞い」を教えるのは刑法の機能ではない、という正に結果無価値論的な主張に一致させられてしまっていたのです。

先程申し上げた中にもありますが、日本のそれまでの行き方というのは、行政法令による規制を前提として、それに

違反した者を処罰する、という形であった訳です。直罰的な格好で出て行くときでも、前提となる行為規範を提示するのは、「立振舞い」を教えるのは行政であつて、それでも言うことを聞かないときには刑罰を使うこともある、という形で議論がずつと進んできた、ということとも言えます。これが、第二番目の点です。

三番目に挙げた「環境犯罪の創設」、つまり「処罰範囲の拡張と、それへの反対」ということですが、拡張そのものに対して大きな捻れが入つてしまつた、という特殊性があるように思います。

七〇年代と言へば、ご記憶かと思いますが、いわゆる「被害者なき犯罪」などという概念が出てきた頃、同性愛、薬物使用、後は、ポルノですか、そのようなものをみな解禁しろ、という主張が学界でも強かつた頃でして、政治的にいへば、それに対抗して処罰しろ、処罰を維持しろと言う保守派と、非犯罪化を推すリベラル派の対立があつた訳ですけれども、環境犯罪に関しては、この図式が逆転するのです。つまり、環境保護側は処罰拡大を言うのですが、それに反対するのは、財界派といひましょうか、資本金家、産業界、それらをバックにした保守派と、それに加えて、いわゆる自由派、刑罰をなるべく使うなという意味でのリベラル派なのです。一言で言へば、いわゆる「緑の党」の時代を思い出せばいいのかもしれない。「グリーン」がリベラル派ではない立場として登場して来たというのと同じで、環境犯罪に関して言うくと処罰推進派と保守派とが逆転し、かつ、旧来の立場では何処にも属さないような一つのセクトが推進派となり、環境保護派というのでしょうか、そういうものが出来上がつてきたということです。

もう一つ注意すべきなのが、環境保護に関して、この時代、七〇年代に、違反して環境を破壊した者に対しては刑罰を使つても良いと考えられるような規範が何処まであつたか、ということですが、実態はよく分かりませんが、私が最初に団藤先生の古稀論集に環境刑法のペーパーを書いたのが一九八四年で、もう二〇年前になりますけれども、そのときには、そのような規範は未だ無い、法的な規範まで達していない、という前提を採り、刑罰法令を創ることによつて規

範を形成するのだ、という主張をしました。勿論、学界では散々に批判されて、孤軍奮闘……。何故かというところ、そういう規範の形成力、古い概念で言うと、いわゆる刑法の「人倫形成機能」[Sittenbildende-Kraft]を認めると、法益保護が目的ではない犯罪を認めるところまで行ってしまうことにもなる為なのです。先程申し上げた捻れた図式の中で独自の環境保護派がそれを主張すれば、いわゆるラディカルになるという側面もある訳です。

そして、最終的には、特殊性の四番目になりますけれども、環境保護に関する議論が高まって来るのは、どちらかというと経済が巧くいついて環境被害が起こっているときであり、何とか刑法的保護が法律に成りそうだな、という時期になると、何故か景気は落ち込んでいて、環境保護どころではない、ということになっているという状況があります。いわゆる第一次の石油ショック、第二次ショック等々、ずくくと不思議に重なって来てしまったのです。それがあって、日本の場合、少なくとも他の法益の保護、法領域での保護までは良いかもしれないけれども、「環境」の保護の為に「刑罰を使う」ところまではなかなか巧く行かなかつた、というのが実際だと思えます。

以上で申し上げたいのは、要するに、日本の環境保護に関する刑事法というのは非常に捻れて来てしまっている。しかし、公害犯罪、人の生命・身体・財産に関する保護に関しては相当に先進的なものを、意識していたかどうかは別として、持っていた、といい得るということです。

その後、環境保護という側面自体において刑法が何をできるか、ということを議論し始めたときにハタと行き当たった問題が、そもそも法益としての「環境」というのは何なのか、ということでした。繰り返しになりますけれども、先程から申し上げているように、人の生命・身体・財産は日本の刑法では既に相当な程度まで守られて来ていたのです。

私は、幾つかの国際会議で環境刑法について作業する機会を与えられましたが、他の国は、公害罪法のような法律を持たず、人の生命・身体・財産を保護する刑罰法を作ろうとしている場合が殆どでしたので、そのような問題意識の人達を相手にしなければいけなかった為に、非常にやりにくいところがありました。

それで、最初に議論の範囲について説得する為に、既に法律があつて人の生命・身体・財産等の法益が守られている場合には、取えて環境保護と言わなくてもいいときには、対象から外しましょう、というような形で議論して行つたのですが、そこで出てくるのが、いわゆる「環境」といつた場合、「自然環境」をいうのか、それとも「生活環境」あるいは「住環境」まで入れるのかというような議論であり、また、いわゆる「天然記念物」保護というような形で「自然」のなものの保護、あるいは、「原生自然地域」等の自然公園法などでの保護ということを如何に考えるかということでした。

こういうようなものを、「環境」の保護として刑法の保護対象に取り込むのか否か、という議論を、ずっと初期の頃ですが、やりました。結論的に申し上げますと、多くの方はその点は余り意識しない、する必要がない、と感じられていたような気がします。ただ、ドイツでの基本法の環境権の規定などを巡つてもありましたように、刑法的に考えた場合、やはり生物学的な生存基盤という側面が環境保護の中心になるのではないか、と思いますが、必ずしもはっきりした結論は示されていないと申し上げた方が良いでしょう。

次の問題は、法益としての「環境」について、理論学的に如何なる定義が行われているか、ということですが、レジュメでa)という項目に書きましたが、大きく分けると、刑法上の「環境」という法益については、二つの考え方が対立していると言えます。人間中心主義的な構成と生態系中心主義的な構成で、一から三に挙げたものが人間中心主義的なもの、四番目が生態系中心主義的なものです。

一、二、三のいずれの見解にせよ、法というものは人間の為にあるのだ、と近代法的には当然の前提を維持している限りで、刑罰の発動というのは人間と係わりなければ許されないのだ、ということになります。一番目の「人格のない人間中心主義的法益構成」というのは正にその典型でして、総ての「環境」犯罪を人の生命、身体、財産等の極めて遠い抽象的危険犯として捉えていこうとするものと私は解釈しています。

二番目の「生態学的—人間中心主義的法益構成」でして、水や空気等のいわゆる環境媒体それ自体に価値を認める、しかし、その保護は最終的には人間の利益と係わらなければならぬという考え方です。従って、人間の利益に係わらない、人間にとつては悪でしかないものは殲滅できることになります。例えば、病原菌ですか、天然痘等がよく言われますが、環境保護派に言わせれば、天然痘を殲滅するのは良くない、ミニマム一株は取っておきなさい、ということになるのかもしれませんが。その辺が違つてきます。

三番目の「行政的法益構成」ですが、行政法の先生方を前にして私が言うべきことでもないでしょうし、日本の見解とはだいぶ違うのだと思いますが、要するに、行政がやっていること自体が守られるべき利益であるということとして、日本で考えるときによく挙げられる例は河川法に係わる場合です。

この構成ですと、河川法が河川敷から土砂等を持って来てはいけない等という場合、それは、行政が何らかの関係で利益対立を想定し、その処理に関して定めた一つのポリシーを守ろうとしているのであって、土砂や河川敷の自然を守ろうとしているのではない、ということになります。行政の関心から外れるようなものは、環境保護の中に入つてこないのです。そこで、河川法の指定がないような河川については、どう解するのだという批判を受ける訳ですが、これに対しては、河川法の指定をしないという行政の関心の利益を守るのだと、このような議論をしていくことになりました。私にしてみると、何となく歪んでいるなどという気がしますが、細かいことはまた後で議論したいと思います。

四番目が、今までお話ししてきたような人間の利益とは遮断した、という意味での「生態学的構成」ということになります。先程申し上げた水や空気等の環境媒体は——刑法では行為客体と保護客体ないし法益とを区別しますので——、行為客体ではないのであって、その後ろにある生態系そのものを保護するのだ、と考えるものです。従って、それは人間の利益との結合性を持たないものになります。

生態系というようなものを刑法的に如何に捉えるのだ、ということが問題になりますが、果たして良い例かどうかは分からないものの、刑法典の中にも「一地域の公共の安全性」というような発想というのがある訳でして、ある水体中の生態系、ある地域の生態系というのは観念できるのではないか、それを行為客体を巧く利用することによって具体化することは可能だろうと考えています。

だいたい以上のような四つの考え方がありまして、二番目の生態学的—人間中心主義的法益構成がドイツでの主流ですし、日本でも恐らく相当数の学者の採るところではないかと思っております。生態学的法益構成というのは、残念ながら、未だマイノリティーです。

ただ、ここで強調しておきたいのは、いずれにしろ、こういう法益概念の議論を突き詰めていくと、冒頭で申し上げたように、近代刑法原理とは違ったもの・一致しないものが相当出てくるだろう、ということですが、そもそも法益というものを如何なる属性のものとして捉えるべきか、という問題があります。これについては環境秩序シンポでお話しした訳ですが、価値論的あるいは権利的な構成を採るのか、因果的な構成を採るのかに拠って、議論の中身が全然違ってしまふ可能性があるのです。

例えば、権利的構成を採った場合、環境権というものがある時点において認められると、当然、その権利が法益となりますので、突然に環境が刑法的保護対象となることになってきます。具体的な例は、参考文献の二番目に挙げました

町野朔先生の『環境刑法の総合的研究』の中の論文に見られますが、町野先生は結果無価値論者で、平野龍一先生の直系ですので、刑法は環境保護の為に役立たないし、使うべきではない、行政の担保の為に限定すべきだ、とおっしゃっていたのが、ある時点になって、もはや環境権というものは認められたのだ、その保護の為に刑法を使って良い、と見解を変えられます。そして、環境権の中身について、刑事法では民事法における程はキチンと議論しておりませんが、景観その他のより良い個人の生活空間の利益などは皆含まれる、という相当に拡張的な概念、考え方が採られることになります。これに対して、因果的な構成あるいは生態系的な構成に拠れば、景観保護というものも一地域の生態系を害するような景観の変更は許されない、ということになってくる訳です。アメニティーと巨理先生は言われましたが、それとはちよつと違う趣旨での景観保護というのが考えられて来ると思います。

一番難しいのは、実は、レジユメの最後に書きました「権利主体性」の問題です。因果的構成あるいは生態学的な法益構成を探りますと、そもそも「権利」という人間を前提とする概念で環境保護を説明すること自体がナンセンスになります。人間を含む生態系システムそのものを保護するということですので、人間の為ではない、では誰の為だという議論ではなくて、敢えて言えば、生態系システムの自律機能自体の問題なのです。いわゆるシステム論者の中には、オートポイエーシス (Autopoiesis) 等の概念で説明する場合がありますが、そこまで行かないとしても、今までの「権利主体性」という観念は使えなくなつて来ます。そうなりますと、当然、近代刑法の原点になっていました他害原理、社会的有害性原理なども皆使えなくなつてくる訳です。それだけではなく、何の為に刑罰を用いて環境を保護するのかということになりますと、それは、システムが自らそうやっているのだ、という風に突き放して言う必要が出てきますので、個人が全体の中に段々と埋没して行くことになり、近代人間像あるいは刑法原理というのが失われてしまう可能性があるといえます。

しかし、それでは権利的な構成をすれば、そのようなことを避けられるのかというと、必ずしもそうではないのではないかという気がします。人間関連性をあくまで強調して、それを個人的法益として考えていく場合には可能ですが、後で簡単に触れますけれども、個人法益の保護としては恐らく説明できない犯罪が山と出て来ている、むしろ、人間全体あるいは人類というようなものを法益の主体として考えざるを得ない犯罪が多数生じているように思われます。例えば、人クローニング罪や戦争犯罪などがそうですが、一番象徴的で簡単に分かりただけだと思うのは、「将来世代の利益」の保護ということです。それも刑法で行うのだということ強調される先生方が最近増えています。『将来世代の法益』というの、今までの法益の考え方は自己矛盾なのです。つまり、利益主体の現存しない法益というのは説明できないはずでして、実際には、将来世代を含んだ人一般、人間全体にとつての利益というようなことを考えることになっており、ここでもやはり個というものが喪失されていくということが言えるのではないかと思います。すみません、三分ほど超過していますけれども、レジユメの「まとめ」は殆ど今まで言ってきたことだけです。つまり、「環境」を法益としてキチンと捉えようとすると、従前とは全く別個の法原理が提示できるのかもしれない、ということを上上げたかつた訳です。例えば、GMクropp、genetically modified cropの規制の為に、北海道では条例を罰則まで入れて作ることを考えられているようですが、安全と確認されるまでは植えてはいけないという一種の倫理規範の保護、それを通じた風評被害の防止等ということで本当に処罰の合理化ができるのでしょうか。人クローニング罪、臓器売買罪等も同じです。何で移植術に用いる為の臓器は売買してはいけないのか、ということ突き詰めてみると、気持ち悪いからということ位になってしまうのではないか、あるいは、臓器というのはそういう風に扱われてはいけないのだ、という社会倫理規範の保護だということになってしまうのではないのでしょうか。そういう意味で、「環境」の刑事法的保護という問題も、キチンと乗り超えておかないと、他の利益が絡む、あるいは、他の法益を前提とした現代

的な犯罪の説明に益々苦しくなるのではないでしょうか。……これで、取りあえず報告を終わらせていただきます。ありがとうございます。

コメント

山下竜一

コメントは一五分程度ということで、簡単ですが、まず、両先生の報告を私なりに位置付け、次に、今後の報告とも関係づけて議論を整理したいと思います。

第一に、順番が逆になりますけれども、伊東先生の報告につきましては、私は刑法についてはずぶの素人で、位置付けも何もできないので困ったなと思っておりますと、山中敬一先生が、私が読むにはちよいどいい、分かりやすいまとめ方をされていきましたので（山中敬一「環境刑法の現代的課題」ジュリスト増刊『環境問題の行方』（一九九九年）八二頁以下）、それに基づいて伊東先生の報告の位置付けをしたいと思います。

山中先生が言うには、日本でいうと一九九三年の環境基本法の制定を契機に環境保護が国家目標あるいは任務になった、つまり環境国家化した、そうなるも刑法も国家政策を実現する手段として対応を迫られてくる、そこで、刑法観のパラダイム転換というものが必要になってくる、それにどう対応するのかという問題が出てきているのだと整理されまして、そこで論点としては三つあるとされます。一つ目は、刑法の社会秩序形成機能を承認するか否かということで、いろいろな考え方があられるわけですが、伊東先生の考え方というのは、山中論文を読んだ限りでは、認識的肯定説、現実

がそうになっているから仕様が言いたくないと言ったらしいですが、今のご報告を聞いていますともう少し前野育三先生の積極的肯定説に近いのかなというふうに思いました。二つ目の問題というのが超個人的法益の保護を正当化するかという問題で、これは伊東報告の後半部分がまさにそういう話だったと思います。これにつきましても否定する説もありますし、先ほどご紹介がありましたように、ドイツでは、人間とのかかわりで生態系というものも保護法益として考えるということですが、伊東先生はこの問題では一番ラジカルといえますか、生態学的法益保護という立場に立っておられるというふうに見えます。三つ目の問題は、今日の報告にはあんまり出てきませんでしたが、いわゆる環境刑法の行政従属性という問題です。これにつきましては伊東先生は中間説といえますか、相対的行政従属刑法説の立場に立っておられるということですか。ですから、この整理が仮に正しいとしますと、伊東説の一番の特徴というのは二番目の生態学的法益構成ということかなと考えました。

第二に、亘理さんの報告についてですが、亘理説の特徴といえますのは、行政法上保護される利益の範囲を拡大するため、判例が採用する公益・個別的利益二分論に対して、共同利益・集団的利益という第三の利益カテゴリーを提示する、という点にあると私は理解しています。つまり、この共同利益という第三の利益カテゴリーを立てることによりまして、行政法で保護される利益というものを、民法でも保護される生命、身体、人格権といった利益を超えて、生活利益あるいは今日話がありましたアメニティー、そういったものにも拡大していこうという考え方であろうかと思えます。ただ、ご報告の二「公益への個別的利益の組み込み」、あるいは三「公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性」というところをうかがいますと、公益と個別的利益のオーバーラップといいますが、重なり合いという点にも配慮されており、これは吉田さんの本で、公共的利益と個別的利益が外郭秩序の領域では分離対立するのではなくてオーバーラップしているという点を強調されていること（吉田克己『現代市民社会と民法学』（一九九九年）二四六頁）

と共通性があるのかなと思いました。ただ、そうなると最初に言いました共同利益という利益カテゴリーを新しく立てた意味、亘理さんの説明によりますと、公益に吸収や解消されないようにするためであるように思いますが〔亘理格〕行政訴訟の理念と目的〕ジュリスト二二三四号（二〇〇二年）一一頁参照）、公益と利益のオーバーラップということと、第三のカテゴリーとして共同利益と立てることの関係がどのように整理されるのかというのが若干分からなかったところです。

なお、これは余計なことかもしれませんが、二〇〇四年の行政事件訴訟法の改正で原告適格に関する九条は、結局、公益・個別的利益二分論を維持しながら、個別的利益を拡大していこうという改正がなされたと考えます。つまり、全体的な枠組みは従来と変わらないということです。ただし、これも亘理さんが最後の方で話された景観法のように、こういう法制度が整備されることによって個別的利益が拡大する可能性があります。といいますのは、今回の九条改正は、法律の根拠法律だけで個別的利益かどうかを判断していたものを、それ以外の様々な要素をそこに加えることによって拡大していこう、つまり、関連法律の趣旨・目的や被侵害利益の内容・性質なども考慮しながら個別的利益かどうかを判断していこうということです。したがって、亘理さんの考え方も今回の九条の改正の枠組みの中でも十分通用するのかなというふうに考えました。

第三に、環境秩序の意味を私なりにまとめておきます。環境秩序という考え方は、広中俊雄先生のいう財貨秩序、人格秩序、それからこれらを取り巻く二つの外郭秩序のうちの生活利益秩序の一つだと考えられます（広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（一九八九年）三頁以下、特に一八頁以下）。吉田さんは、この問題をさらに発展させて、人格秩序のかわりで問題となる環境の問題と、それから人格権の侵害まで至っていない環境の問題というのがあると整理されました

（吉田・前掲書二四三頁以下）。

伊東・亘理報告、それからこれからの報告も、各法が①環境悪化が人格的利益の侵害の原因になる場合に及ぶことについてはほぼ異論はないかと思いますが、②生活環境を悪化させているが人格権侵害にまでにはいたっていない場合にまで及ぶか、及ぶとして、どのようにして及ぶかという点が、おそらく主たる論点であろうと考えます。

なお、この「環境秩序」における「秩序」という意味には、私にはよく分からない所があります。つまり、規範秩序、ここで言えば環境法という環境法秩序みたいなものを考えているのか、それよりもっと生の環境問題といえますか実態秩序というか生態系というものを考えているのか。「秩序」の意味をもう少しつめないと、意見・考え方が整理できないのではないかと気がしました。といいますのは、前回の競争秩序シンポジウムでの「秩序」というのは、私が理解した限りでは、どちらかという規範秩序で、競争法上の違法と民法上の違法がどう関係しているかというようなことが問題になっていたのですが、今回のシンポジウムでの「秩序」は、むしろ実態秩序というか生態系などが問題になっているように思います。

第四に、各法がどのように環境秩序に手を伸ばすかという点でいろいろな考え方がありますが、一番有名なのは環境権論です。これにつきまして、私として一番印象深いのは奥平康弘先生の本（『憲法Ⅲ』（一九九三年）四二三頁以下）でして、環境権肯定論者がたっぷり味方になってくれると思っていた人が味方になってくれなかったという本です。奥平先生は、まず「環境権の」範囲を広くとり、対象をふやすのは、景気好くみえるが、その分だけ権力としての請求内容の必要性、不可欠性（場合によれば緊急性）に欠けることになり、憲法上の新しい権利として承認され得る度合いが少なくなる。（四二六頁）と言います。私の理解では、これは権利概念を単に量的に拡大するのではだめだよということをおわんとしているのかなと思います。次に奥平先生は、「環境権は：主観法として構成されながらも、個人の生活領域・個人の法的利益を越えたレベルにある。権利主体は、個人というよりは、生活共同体そのものである」と本来

「言える態のものではなからうか。」と言われます。私には、環境と個人という二つが面と向かっているのではなくて、そこに共同体というものを間に挟んだということが面白く思いました。

今のような奥平先生の考え方をふまえてもう一度伊東報告、巨理報告を見ますと、伊東報告は生態学的法益構成というものを立てて、つまり法益概念というものを拡大しつつ、しかしその質的違いというのを意識しているということで、量的拡大ではないだろうと思います。同じように巨理報告が共同利益というものを出してこられることに対しても同じような評価ができるのではないかと思います。

ただし、私は刑事訴訟というのはよく分からないのですけれども、少なくとも行政訴訟や民事訴訟で言いますと、法益・利益概念を拡大しながら、しかも質的違いをあまり強調すると、今度は主観訴訟の限界というものにもぶつかっておそれがあるのではないかと思います。つまり、従来の権利との質的違いをあまり強調し過ぎると救済の対象外になってしまうおそれがある。もう少し言うと、巨理さんが言われる共同利益がなぜ個別的利益の側に含まれるのか。逆に公益の方に含まれるという可能性もあるのではないか。訴訟では違法か違法でないかという二分論が採られるわけで、第三のカテゴリというのにはあり得ないのではないかと思います。報告を先取りすることになりますが、吉田さんは国立景観訴訟に関する判例評釈で「秩序違反に対するサンクションとしての差し止め」ということを強調されています（吉田克己「判批」判タ一二二〇号（二二〇三年）七一頁）。これは、利益侵害や権利侵害というものを要件とせずにサンクションという構成で差止めを認めるというもので、伊東報告・巨理報告よりも過激で、いわばパラダイム転換をしようとしているのかなと思いますが、この場合も主観訴訟としての限界をどう克服するのかという課題は残るのではないかと考えます。

最後に、ではお前はどうか考えるのかということですが、別に何も新しいアイデアはないのですが、私は、やはり筋か

らすると共同体を環境保護主体と考えるべきではないかと思えます。つまり、奥平先生のように環境と個人の間には共同体というのを挟んだような理解が一番素直であり、共同体の活動を個人はどのようにコントロールするかというアプローチができないかと考えています。つまり、権利論というより民主主義論やガバナンス論など理論が中心になってくるであろうと思います。それでは訴訟ではほとんど救済されないではないかと言われそうですが、この点については、客観訴訟といった新しい制度枠組みをつくるのが一番素直ではないかと思えます、非常に保守的な考え方なのかもしれませんが、そのように考えております。若干時間がオーバーしましたけれども以上で終わります。

〔討論〕(午前の部)

司会(池田清治・北海道大学教授) どうもありがとうございます。コメントまで終わり、ただ今一時半ですけれども、午前の部は一二時までということですので、三〇分ほど討論の時間が取れます。特に制限を設けるようなことはいたしません。どこからでもお願いしたいと思います。なお、録音の都合上、ご発言前にはご氏名をお願いいたします。

吉田 吉田でございます。両先生にそれぞれ質問を出してみたいと思います。

まず亘理報告については、山下先生のコメントにも触れられていましたが、公益および共同利益という概念について、もう少し教えていただけないでしょうか。これらの概念の異同については、私もぜひぶん前から気になっていました。私は、今回のテーマのような問題領域においては、公共的利益とか公共性という概念を用いることはあっても、あまり共同利益というふうには言わないようにしています。それには、それなりの理由があるわけですが、亘理先生が共同利益というふうに言われる趣旨、この概念に込めた意味をお聞きしたいということです。

伊東報告については、ご報告の射程を確認させていただきます。

現代に生起している諸問題に刑法が対処する場合に、近代刑法の原理を超えるという問題意識を持たなければいけない。私は専門家ではありませんが、この問題意識は、すごくよく分かる感じがします。それを申し上げた上で、超えるという場合、たとえば環境秩序だとか、あるいはこの前のシンポジウムで取り上げた競争秩序だとか、そういう特定の領域を念頭に置いて、近代刑法の原理は適合しなくなっている、それらの領域においては近代刑法の原理を超えるいとちやんと対処できないようになってくるんだよという、領域限定的な発想なのか、それとも刑法という学問領域においては、全体として近代刑法的思考の方が通用しなくなっていて、全体として乗り超えなくてはならないという発想なのか、そのあたりのスタンスを確認的に伺いたいと思います。

亘理 私が言うところの共同利益と公益との関係につきまして、お二人の先生からいずれも疑問点ということで提起されたわけですが、私の場合、公益というのは結局は社会に存在するいろいろな相互に对立矛盾する利益を調整した上で、最終的には何らかの公的なルートないしフィルターを通して、それ以外のさまざまな利益に対して優先すべき利益としての承認を受けて、場合によっては強制力をもつてしても実現すべきも

の、あるいは強行規範として実現すべきものとして認定される利益、というふうに一応理解しています。

それに対して共同利益というのは、どちらかと申しますと、私は実体に着目して考えておりまして、法的に承認されたかどうか以前の实体面で、社会にあるさまざまな利益の中から、人々が共通の利益として享受しており、社会的にもそのようなものとして承認を受けている利益という意味で、共同利益という枠組みの中でなるべく広く把握した方が良好だろうと考えています。

その上で最終的に例えば訴訟の場で、それ自体が公益として認められるか、あるいは個別具体的保護利益として認められるかというのは、いわばそれは当該共同利益の正当性といえますか、訴訟等によって実現され保護されるべきものだというふう理解されるにはそういう意味の正当性や、あるいは当該利益についてのリアリティーというのがなければならぬと思っています。最終的にはそのような意味での人々の認識が当該共同利益のリアリティーについてどれだけそれを承認できるかとか、あるいはそれを保護することがどれだけ正義に資するかというところに依存しているのではないかと考えているわけです。そのような意味で、今日の報告の最後のところでも、景観法と

いうのは、共同利益としての景観利益を、いま述べた意味でのリアリティーをもつて承認したり、正義の観念からしてそれを個別的にも保護すべきものだというふうには承認していく際の、有力な手掛かりになるだろうと考えているわけです。

ついでに申しますと山下先生からご指摘いただいた昨年の行政事件訴訟法の改正によって新たに設けられた九条二項について、ひとこと申し上げたいと思います。この規定は、原告適格を判断する際の保護利益性を判断するためには、根拠規定ばかりではなく関係法令を広く考慮し、また、そのみならず当該問題になつて利益の内容及性質や、それが侵害される態様等をも配慮しなければならないということを命じています。この規定は、景観上の利益をも含めて、そのような意味でいわば実体としての、あるいは事実上の存在としての諸々の共同利益について、訴訟の上でも保護すべきものか否かを判断してそれを保護していくという際には、有力な手掛かりになるのではないかと考えています。以上のような法律の諸規定を手がかりにして、いま述べたような保護の正当性などに関する議論を柔軟に行うことが可能になると考えるわけです。以上、あまり整理されたお答えにはなっていないわけですが、差し当たり以上述べたような考え方でおります。

伊東 非常に答えにくい質問をいただいた訳ですが、一応、今のところは領域限定的に考えております。ただ、二面性というのでしょうか、同じものが超えていくべきだということに働く場合とそうは働かない場合もあるということは沢山ありまして、例えば、責任主義あるいは人の意思というものを考えたときに、法人処罰や組織体処罰をどうするのだという意味では、それらから離れざるを得ないということが出てくる訳ですけれども、完全に切ってしまうと、そもそも刑罰という概念そのものが変わってしまうことになります。あるいは、このシンボでも後で議論されるかもしれませんが、環境保護に関してですと、先程出ました行政従属性だけではなく、私の場合、行政機関の処罰ということも言っているのですが、国家が国家の一部を訴追するというのはおかしいという議論になってしまいう訳です。しかし、それをやらないと環境保護の担保が十分取れない場合が出てくるということで、幾つか可能な限り広く色々な領域をやってみて、どうしても超えなければならぬところとそうではないところとを選別していく他ないだろう、と今は思っています。そういう意味で、何か専ら新しいところばかりやっているように見えるのかもしれませんが、基本は今このところは領域限定でやりたいと思っています。以上です。

長谷川晃・北海道大学教授 長谷川です。先ほど吉田先生からも質問があったところと少し関連しているのですけれども、亘理さんと伊東さん、山下さんのコメントをそれぞれ大変興味深く伺って一つ思った問題です。とりあえず亘理さんの議論との関係で言うと、一般に公共的な利益、個人的な利益、そして共同の利益という区別が成り立つと思うのですけれども、亘理さんが共同利益とおっしゃる場合に、例えば国立のケースのようにローカルなある地域の住民が共同してつくり上げたような地域化された利益のことなのか、それとも例えば国家的な規模での利益なのか、それとも極端かもしれませんがグローバルなレベルでの利益なのか、共同利益といった場合でも一定の範囲があると思うのです。どういう場合を念頭に置くかということとで共同利益の共同性ということの意味が変わってくると思われるので、亘理さんは共同性ということとどのような範囲のことを考えているかという点をちょっとお聞きしたいと思います。それとの関連で伊東さんがおっしゃったことですが、刑法の見地から見た場合に環境というのはいろいろな広がりがあるということ、生活、住環境レベルからかなり広い自然環境レベルまでが視野に入れられています。この伊東さんの見方との関係で言うと、亘理さんが問題にしておられる共同性はどのレベ

ルの辺りに入ってくると思われるでしょうか。あるいはこの点はある種の連続性を持っていて、ここで境界線が引けるという種類のものではないのかもしれませんが。もう一点、伊東さんの議論との関連で、生態学的人間中心主義の法益構成という見方は多くの人が採っているのではないかとおっしゃっておられましたけれども、仮にこの立場から見た場合に、ここでは共同性ということも大いに関わってくるような気もするのですが、伊東さんの見地からはそういった共同性を見て取れる余地があるのか、それともこの場合には共同性はまったくないのであって、もっぱら生態学的な法益構成を持って判断できないといかないことになるのか、ということに関心があります。

どうもこのあたりの問題には共通点があるように思いましたので、お二人からそれぞれの意見を伺えればと思います。ちなみに、この問題は山下さんが適切にも奥平先生の理論を引かれながら、共同体の位置づけというのは重要ではないかとコメントされたことに大いに関係があるのではないかと思っています。

巨理 必ずしも十分に今まで考えてきたわけではないのですが、利用享受の現実性や価値や利益を享受する事実の現実性といえますか、それによっておのずから保護の範囲というのは決

まってくるのではないかと考えております。そうしますと例えば景観や環境などの場合であれば、空間や地域や一定の施設によっておのずから限定されるという気がするのです。

あるいは例えば社会福祉なんか、ちよつと例がいいのかどうか分からないですが、社会福祉施設に対する監督が十分行われていない場合、その利用者の共通の利益というのはそこで脅かされるわけですね。そういったケースでも、私は利用者全員の共同利益と捉えた方が公的サービス享受の実体をリアルに把握する概念としては、相応しいのではないかと考えているのです。このような場合には必ずしも空間には限定されないわけですが、どちらにしても現実の利用や利益の享受というリアリティーによつて、おのずから範囲は限定されてくるものを、私自身はイメージしているわけです。

伊東 例えば、現在は若干部分的に解禁されましたが、アフリカで象が密猟され、その象牙を輸入した人間が日本で処罰されるのは何故か、というような問題は、刑事法には現にある訳ですね。そういう意味では共同利益、共同体という概念を使っている、やはり「その」共同体であり、「その」主体という特定性が出て来て、その為に説明できない部分が非常に多いというのが、「正直なところ、刑法側として非常に困っているとこ

ろです。

反面、生態学的な構成を採るというのは、逆に言うと、共同利益といった場合の利益について、先程権利概念そのものがおかしいと言ったのと同じことを言っている訳でして、要は、利益ということ自体は我々が感じている利益なのです。その議論をやっている限りは、あまり前に進まないのではないかな、と思うのですが、ただ、その議論なくして本当に良いのかというのは、これまた良く分かりません。

東大の佐伯仁志氏などと議論していきはじめられた記憶があるのが、何故に「そのの」そういう殆ど主体というべきものがない、差別化されない、「ある生態系」の破壊を処罰すること正当化できるか、ということですが、それも極めて難しいのです。なかなか微妙でして、正直なところ長谷川さんのご指摘があったように、関係がない訳ではないのでしようし、亘理先生も言われたように、むしろ恐らく一番理解しやすい概念なのでしよう。

しかし、それを使っていると理屈として説明できないのは否定できませんし、もう一つの問題は、現実として共同利益がその主体に見えない場合に守られない、ということなのです。それをどのようにコントロールするか。山下さんがおっしゃった客観

訴訟みたいなものでやっていくことが本当にできるのか、ということですね。

環境保護の場合、どうしてもそういう運動的な側面・考慮というものが入ってしまう為に、純理論で貫徹するのは難しい。それで、私自身は、今のところ、ここはよく分らないと認めて謝っているのが実態です。

長谷川貴陽史・当時・北海道大学専任講師 亘理先生にお伺いいたします。「共同利益」についてですが、半分は理解でき、半分は理解できない気持ちでおります。

私の考えでは、法解釈学においてはだまかに二つの議論（理論）のレベルを区別できる。一つは、実定法の解釈論に直結するレベルであり、もう一つは、解釈論に直結しないより原理的なメタ・レベルです。おそらく亘理先生の「共同利益」論や吉田克己先生の「サンクション」論は、後者のメタ・レベルの議論（理論）に相当する。それは、ある判決なり法現象なりを総体として観察した上で、実定法の解釈論とはやや異なるレベルにおいて提示されているのではないかと、という気がいたします。逆に、そうではないのだ、「共同利益」という概念を用いることよって、具体的に解釈論的帰結がこう変わるのだ、公益として把握できないものを、こうした概念ですくい取れるのだ、

ということであれば、その点をお教えいただきたいのですが。

巨理 メタレベルの法理論と具体的な法解釈論という二つのレベルの議論というのは、実は私は一番不得意なところでありまして、一番難しい問題を提起されたという感じがするんですけど、けれども、おそらくおっしゃる二つの分け方で言うと、どちらかという原理的なメタ理論の方になるのだろうという気がしています。

というのは何故かと申しますと、行訴法などで例えば訴訟の対象になるかどうかと考えた場合、山下先生がおっしゃったように、どうしても公益と個別利益との二元論を最終的には当てはめていかなければいけない。その中で結論を下さなければならぬわけです。それは間違いないことであって、しかしその際に従来は単なる生活利益であるとか単なる事実上の利益なのだというふうに見なされてきたものについて、もっと社会実態に即してといいますか、あるいはリアルに見ていくと、実は共同利益的なものとしてそれなりに意味のあるものが存在するのではないかということ、行政法学者として主張する必要があるのではないかというのが、率直な問題意識です。

以上の意味で社会実態としての共同利益の存在を想定した上で、果たしてそれが先ほど述べました公益と個別的利益との振

り分けの際にはどのようなものかという議論を、行って行けば良いのではないか、そしてその際に、いろいろな実定法律制度の発展を経て、例えば景観法なども定められているような時代において、従来のように単なる法的保護の対象外であるというふうな片付けてしまつてよろしいのかと、そういう議論ができるようになるのではないかと考えているわけです。

そういう意味で要するに法解釈論の議論の土俵を広げるための道具立てとでも申しましょうか、そのような意味であえて共同利益ということを強調しているわけです。あるいは、これはやや外在的な動機づけによるものかもしれませんが、新自由主義的な流れの中で公益と極度に分解された私的個別的利益という、いわば二者択一的に整理してしまうものに対して、そこには包摂されないような利益があるはずであつて、それをちゃんと法的な議論の場に導入するような窓口が必要だろうというところで、あえて共同利益ということを今の時点で言わせて頂いたということでもあります。

瀬川・北海道大学教授 環境の問題をあまり考えていないのですが、巨理さんの共同利益というのはよく分かる議論です。つまり、ある程度の利益を現実にはよく分かる議論に押し何らかの権利を持ち義務を負っているはずだ、共同的な関

係の中でそのような利益を享受しているのであれば共同利益と考えるべきだろうということでないかと思えます。このことはその共同利益が侵害された場合を考えてみると分かると思うのです。例えば国立の場合に、ずっと昔から前からこの地域にいた人が高層化した場合にどうなったのか。あるいは駅前通りに面した人がみな高層化したらどうなったのか。その場合に共同ということの意味が出てくると思うのです。だからやはり共同というのを出していいし、それによって法解釈論に訴えるべきところとかがいろいろ見えてくるのではないかと思いました。

もう一つは伊東さんに、まったく素人なので教えてほしいのですが、近代刑法では主体がある権利だけが保護法益になつていいのか。例えば名誉権のなかで、死者の名誉というものは、一九世紀のフランスやドイツでも確か認められていました。それから騒音防止法ですか、あれは本当に特定の主体の権利を保護しているのかというところでもないように思われます。そこで、近代という言葉を使われるときにどの辺の時代をイメージしているのかという問題がありますが、本当に主体がある権利だけが保護法益なのかを教えてください。この質問は、巨理さんへのコメントと、私の頭の中では絡んでいるのですが。

巨理 私につきましては、応援をいただいたということで、

よろしいのではないかと思えますが(笑)。

伊東 私の方からお答えすると、これは、要するに、私が昔からやって来ている法益の捉え方そのものについて、いずれの立場を採るかで決まってしまうのだと思えます。総ての犯罪規定が法益を保護しているのだ、というテーゼを立てて、それで何とか全部を説明しようとする立場、その説明の仕方が先程申し上げたような価値論的なのや権利論的なのでも皆それでも法益なのだ、という立場を採っていれば、恐らく主体のない法益もあることになります。

そして、歴史的に見れば、死者の名誉侵害ですか、死者の名誉棄損などについては、そのように考えられたことがあります。たけれども、現在の刑法学では、率直に言つて、未だ死者の名誉はあるのだという方もいらつしやいますし、それはおかしいという方もいらつしまして、色々な見解がありますけれども、何とか法益に総て還元して考えようとしているのは間違いないと思えます。

近代、現代という歴史区分については、それほど厳しい解釈をしている訳ではありませんで、現在、通常いわれているような意味での啓蒙期以降に成立してきた体系論というようなものという意味で大きく捉えていただく他はないのだろうと思いま

す。中核になるのが、フィクションかもしれませんが、責任主義なり意思に基づく犯罪行為に対する非難というベースペクティブで議論しているのが近代刑法だろう、という考え方でして、矛盾するところはあるかもしれませんが。

巨理 ちよつと思ひ直しまして、瀬川先生の発言を受けまして思い出したのは、国立事件の民事差止め訴訟の方の控訴審判決、いわゆる大藤判決であります。国立大学通りの景観について地権者が持っている景観利益が保護に値しないというふうに言っている部分の理由付けに、いろいろなことを言っています。

その中の一つが、要するに国立大学通りの景観が今日のものになったについて、一審判決は、地権者が大いに貢献したからであつて、だからそうだったのでそれについては景観利益として保護しなければならないと言っているけれども、決してそれは地権者だけの努力でそうだったのでなくて、もともとあつた街をつくつた箱根土地株式会社や、あるいは市という自治体の努力や住民団体の努力などもあつたのであつて、地権者だけの努力の結果そうならつたわけではないのだという趣旨のことを言っています。

確かにそれはそうでいろいろな主体が相互にそれぞれの寄与

を行つたことによつて、あのような優れた景観が實際形成されているわけです。しかし、配布しています私の校正中の論文で言いますと一番最後のページの左側の第三段落「控訴審判決がまた」という言い方で始まる部分で書いていますけれども、とは言いながら地元住民が自分たちの権利の自己抑制をしなければ現在のようにはなつていなかつたということ自体は、否定できないわけですから、その意味での寄与分とでも言うべき部分については、やはり正当に法的な評価の対象にしなければならぬだろうと私は考えているわけです。そのような意味で、瀬川先生のおっしゃることは当てはまるのではないかと考えています。

堀口・北海道大学助教 国際法の堀口と申します。伊東先生にお伺いしたいのですが、国際法でも人間中心主義と生態系中心主義というような話がありまして、それが特に問題になつたのはリオの地球サミットのときに、リオ宣言の第一原則で持続可能な開発の中心に人間があるといった規定がでてきたときでした。

そこで国際環境法というのは生態系の保存を目的にする法だという立場の論者から、あれは国際環境法の衰退だというような批判が出された一方で、いやそうではないのだと主張した人

たちが、この二番の生態学的人間中心主義的法益構成を主張して、要するに人間中心主義と生態系の保存という考え方は両立するのだという主張をしたという経緯があったと思います。

刑法では知らないのですが国際法では、ここでいわれている人間利益保護の人間利益というのはそもそもどういうものを指しているのかというところがあいまいなまま議論されています、そこをお伺いしたいのですが、それは具体的な利益、人格や財産などそういうものを指しているのか、あるいはそれよりも幅広い、人間の生存の基盤としての利益というものを指して議論されているのかというところを一つお聞きしたいです。

あともう一つは、最近環境法で予防原則というものがいわれています、あれは「疑わしきは罰する」という方向に働き得る規範だと思うのですが、それが刑法に与えるインプリケーションがあるのかどうか、この二点をお願いいたします。

伊東 まず、最初のご質問ですが、刑法の場合、利益といった場合、それほど厳密な権利性というのでしょうか、確立したものである必要というのは考えていないと思います。むしろ、通常いう「生活利益」といいますか、あるいは、「主観的利益」でいいのだらうと思いますが、法的に認知されている必要はなくて、むしろ実体的なものとして捉えていると思

ます。

二番目の予防原則ですが、最近色々な所で書かれているものですが、八〇年代に私がアメリカに行つて環境法をやつていたときには、環境保護というのは理念的にはゼロ・エミッションなのです。予防原則もそういうものもないので、出さないために環境規制をやるのであり、巧いかないのであつたらそれを後退させる、どうやったら実現できるのか、というコンプライアンスみたいなものでやっていくという発想だった訳ですが、何時の間にか逆転していた訳です。そもそもゼロ・エミッションは無理だというのが分かったからということでしょうけれども……。刑法だと未だ予防原則との絡みというのはないのではないかと思ひます。予防というのは、刑法学者の余り好きではない用語ですので、使いにくいのではないかなと思ひます。

司会 普通でしたら、もう一二時ですので、ここでやめるところですが、司会の特権を利用していただきまして一つだけ質問させていただきたいと思ひます。

まず最初は亘理先生に対する質問でして、本当はあまりこういう図式的なことはやらない方がいいのかもしれませんが、話を分かりやすくするために、事案を三つぐらい想定して伺いたいと思ひます。

第一は、「個別的利益」ですが、これはたとえば現に騒音を受けている具体的な被害者がおります。ですので、これは訴訟にも乗りやすく、問題ないと思います。

これに対して、「公益」というのはなかなか訴訟に乗りづらいわけです。そのままでは少なくとも客観訴訟みたいな形になってしまいます。

そこで第二に、従来「公益」と呼ばれてきたものの中から「共同利益」なるものを切り出して、たとえば国立の事件のように、切り出したその「共同利益」を私益の方に引っ張っていく、つまり、普通の訴訟に乗るようになるという方法は確かにある得る一つの方向だと思えます。

しかし、そうなりますと、第三に別の問題が顕在化してまいります。つまり、「公益」のなかでも「共同利益」とは言えないもの、たとえばまさに伊東先生がおっしゃった「生態系の保護」みたいなものは、やはり「共同利益」とは言いにくく、「純粹な公益」と位置づけるのが素直なように感じます。言葉の問題だけであるなら、確かに個人々人からは非常に遠いかもしれませんが、「共同利益」である、人類共同の利益であると言って言えないことはありませんが、しかし、国立の事件で現れたような形での「共同利益」とはやはり全く異なっていると考えるでしょう。

そこで、亘理先生にお伺いしたいのは、この三番目の類型、つまり、「純粹な公益」の保護をいかに図るべきかという問題です。山下先生が最後におっしゃったように、それはもはや民主主義論やガバナンス論の領域の問題であるのか、あるいはそのような場合に客観訴訟みたいなものを認めたとしても、そのなかで果たしうる裁判所の役割や機能にはある一定の限定があつてしかるべきであるということになるのでしょうか。

たとえば亘理先生が挙げられた裁判例のなかで一番この問題に近いのは日光太郎杉訴訟だと思えますけれども、裁判所としては、何が正しいかというよりも、要するに「もうちょっとよく考える」という程度のことしか言えない、そのような考え方もありうろと思うのですが、このような問題に対する、つまり、生態系みたいなものに対する亘理先生のお考えはどういうものなのかという点をお伺いしたいわけです。

この点とも関連いたしますが、伊東先生にも別の観点からお伺いしたいことがございます。

まず伊東先生のご報告を伺い、「ついに言ってしまったな」と感じました。つまり、裸の王様に向かって「王様は裸だ」と言ってしまったように感じたのです。確かに「将来世代の利益」なんてことを言ってしまったら、まだしもナキウサギやらヒゲ

マの方がずっと実体があるわけですから。なぜなら、それらは現にそこに存在しております。にもかかわらず、「将来世代の利益」とか何とかと言って、とにかく人間に引きつけて理解しようというのは結局は人間中心主義でして、また「人間が中心になっている、その意味で従前の法体系と整合的である」と思い込むための、つまり、自己欺瞞に陥るための用語ではないかと感じることさえございます。

ところで、伊東先生にお伺いしたいのは、実はこの問題ではなく、亘理先生のおっしゃる「共同利益」の方です。つまり、たとえば国立の事件で問題となった景観とかいうものを刑法的に何か守っていくスキームがあるのだろうかというものが質問なのです。それはもちろん純粋な生態系ではない。むしろ人間同士がある種の協定を結び、そのなかでいけば人工的に作り上げてきたものだと思います。そういうものに対して刑法がどのようなスキームで迫っていくのか。それはたとえば協定みたいなものがある場合には、そこに何らかの「法益」が生まれるとでも考えるのか。その点をお伺いできればと存じます。よろしくお願いたします。

亘理 ご質問いただいた生態系保護の視点というのは、実は今日の私の報告からは完全に抜け落ちていたテーマであります。

抜け落ちていたのには理由がありまして、ある意味で行政法の限界なのかもしれませんが、あるいは私自身非常に現実主義者であるためなのかも知れませんが、少なくとも今の訴訟制度を前提に考える限りは何らかの形で最終的には一定の範囲の限定や個別性というものが要求されてくるということで、今日は一応そのような前提条件が成り立つ問題を対象にして、お話をしたわけです。

ただ、ひとつ申し上げなければならぬのは、日光太郎杉事件などもそうですけれども、訴訟の場に入ってしまった後は適法性の問題を議論するわけで、その適法性の問題に生態系が十分保護されるか否かという、それ自体は公益かもしれないけれども、それをカウントするということは十分可能ですし、必要なことだと思います。

他方、そういう訴訟による限定を離れて生態系保護というものを行政法でどうとらえるかというのは、山下先生がおっしゃる通り、確かに民主主義論や参加手続論等の方向になるのだろうと思っております。私はあまりよく調べていませんけれども、例えば環境刑法との関係や都市計画関係の刑法との関係で言うと、日本ではまだ制度化されていませんけれども、刑事罰の発動に向かって、一定の資格などを持った環境保護団体が法的な

役割を果たし得ないかというテーマは実際あるわけです。

私自身、フランスの環境保護団体制度などを見ていますと、まさにそういう環境法規違反を犯したものに対して、警察や検察当局が権限発動を怠っている場合に、環境保護団体などがそれを促して刑事訴追を発動させる資格を持っているといったようなことが、今日では、法制化されているわけです。そのような方向で、行政法は考えていくことになるのではないかと思います。気がしています。

伊東 景観保護ということには、刑法は使いにくいだろう、というのが正直なところです。

一般的に申し上げれば、例えば、とんでもない妙な格好・色彩のビルが出来た為に周辺に住んでいる人たちが健康状態を害した、あるいは、メンタルにおかしくなってきた、そういうようなところまで行けば、生態系を害されているといえるでしょう。あるいは、原野の真ん中に鉄塔が建った為に、例えば、鳥が渡って来なくなる、そういうことに基づいての生態系の破壊というのはあり得ると思います。実際に刑罰を取り入れるかどうかは別として、理屈としては、そういう形でのプロパーな生態系の保護というところから刑法を使うことはできなくはないだろうと思います。

それから、今、巨理先生が言われたことで思い出したのですが、刑罰というのは、日本の場合はできないのですが、バーゲニングの手段として利用され得ます。罰条があつて、市民も提訴できる格好になっている場合、実際にアメリカの環境保護団体の弁護士達がよくやる手ですが、環境破壊者を告訴するので。そして、相手を呼び付けて民事的な交渉を始め、そこでのバーゲニングの方法として、刑事告訴をドロップするというやり方です。そういうふうな形での使い方というのは、良いかどうかは別として、あるかなという気はします。

司会 どうもありがとうございました。それでは午前の部はこれで終わりにさせていただきます。午後の部は一時半からということですので、よろしくお願いいたします。どうもお疲れさまでした（拍手）。