

〈論 説〉

水資源の保護と差止請求（2・完）

— 水質汚濁に関する差止請求の判例分析を中心として —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 水質汚濁に関する差止請求の判例分析
 - (1) 萌芽期（昭和30年代）
 - (2) 台頭期（昭和40年代）
 - (3) 規模拡大・沈滞期（昭和50年から64年）
 - (4) 転換期（平成元年から5年）
 - (5) 定着期（平成6年以降）（以上39巻2号）
- 3 水資源の保護と差止請求
 - (1) 判断基準における人格秩序と財貨秩序の交錯
 - (2) 仙台地裁平成4年決定以降の裁判例の類型化
 - (3) 平穩生活権の位置づけ
 - (4) 水資源の要保護性
- 4 むすびにかえて（以上本号）

3 水資源の保護と差止請求

(1) 判断基準における人格秩序と財貨秩序の交錯

水質汚濁に関する裁判例を分析すると、差止請求が法的救済の核となっていることは明らかである。このことは、現時点の侵害行為の排除および将来の損害の発生を防止しなければ、原状回復が困難となったり、さらには被害が拡大するという、生活妨害のケースの特徴および水資源の特質を顕著に反映していると考えられる。

水質汚濁に関する差止請求の事案において、判例は、健康被害が生じる蓋然性が高い場合、つまり人格権侵害の蓋然性が高い場合には、差止請求を認める傾向にある。一方、財産権侵害の観点からみれば、たとえ物権（または物権的

権利)である水利権が侵害された場合であったとしても、その侵害が人格権侵害に至っていないと判断されるならば、差止請求は否定されることになる。これを水利用の用途の視座から観察すると、飲用・生活用であれば差止請求が認容される可能性があるが、農業用や工業用であればそれが否定されてしまう場合がほとんどとなろう。このように水利用の用途によって差止請求の成否が左右されることに合理性を見出しうるであろうか。

判例のこのような傾向は、水利権侵害の有無に関する価値判断の際に、人格権(人格的利益)侵害に係る判断基準を用いて評価していることの証左であると考えられる。かかる判断基準においては、人格秩序と財貨秩序⁵⁶⁾の交錯が見て取れるのである。⁵⁷⁾

両秩序の交錯が判決理由の中から析出できる典型的な裁判例は、熊本地決平7・10・31判時1569号101頁である。本決定は、地下水汚染については汚染発生の高度の蓋然性を認め、人格権に基づく差止請求を容認する一方で、土壤汚染の危険性を理由とした土地所有権に基づく差止請求および灌漑用水汚染の危険性を根拠とした水利権に基づく差止請求については否定した。すなわち、土壤汚染に関しては処分場の有害物質によって土壤が汚染される危険性があるとしても、直ちに当該土地の財産的価値が低下するとは認められないとして土地所有権に基づく差止請求を否認したのである。また、灌漑用水の汚染に関しては、「有害物質は灌漑用水を通じて農作物に吸収され、さらに農作物を食することによって初めて体内に入るものであって、債権者らが生活用水として日常的に直接飲用するのとは異なり、摂取する経路が間接的である上に、その量もごくわずかであるから、その危険性も小さく、一般通常人の感覚からみてもその嫌悪感には顕著な差異があるとみるのが相当であることを考慮すると、事前に差止めを求める権利を認めることはできない」として、水利権に基づく差止請求も否定したのである。差止請求の成否について、土壤汚染の場合は土地の財産的価値によって、灌漑用水の汚染の場合には水利権の財産的価値ではなく、人格的価値によって判断していると考えられ、財貨秩序における判断基準と人格秩序におけるそれとの錯綜が指摘できるのである。⁵⁸⁾このことは、侵害行為が人格権侵害に至っているとみるか、それとも財産権侵害にとどまっていると捉えるかが、差止請求の成否の規定的意味をもつことを暗示している。水質汚濁に

つき財産権侵害と解するか、あるいは人格権侵害と解するかという判断は、水利用の用途⁵⁹⁾との関連性を意識しつつ、被侵害利益の種類・性質および被害の程度を重視して決められるべきであるから、灌漑用水の汚染については財産的価値の観点から、農業被害の程度が問題とされるべきであったのである。

さらに、当決定が、土壤汚染に関して、「所有土地が本件処分場に搬入される有害物質によって汚染され、その財産的価値が低下する危険性があるとは認められない」とした点についても、問題なしとはいえない。近年、工場跡地の大規模開発地等において健康被害を発生させるおそれのある土壤汚染が発見されるなど、土壤汚染については土地や居住の安全性に影響を及ぼす要因となっている。そのため、平成14年には土壤汚染対策法が制定されるとともに、不動産鑑定評価基準に土壤汚染に関する項目が新たに付加された⁶⁰⁾。これらの点を考慮すると、土地の財産的価値の低下を否定する本決定の結論が、現在でも同種の事案において導かれるとは断言できないといえよう。

熊本地裁平成7年決定と同じ見地から判断を下した裁判例として、水戸地決平11・3・15判時1686号86頁がある。本決定は、債権者らのうち安定型産業廃棄物最終処分場から流出する水によって汚染される可能性のある河川を水源とする水道水の利用者については、差止めの仮処分申立てを認容する一方で、農業用水の利用者については、農業用水は水道水のように直接汚染水そのものが人体に影響を及ぼすものではない等の理由で、保全の必要性がないと判断して、申立てを却下した⁶¹⁾。

水戸地裁は、被保全権利の保全の必要性について⁶²⁾、水道水の水源汚染と農業用水のそれとを区別して考察する。前者は直接的に健康被害が生じる蓋然性が高いが、後者の被害はあくまでも直接には農産物に被害が生じ、それを通じて間接的に人体に影響するにすぎない。したがって、両者には被侵害利益の種類・性質に差異があるため水道利用者と農業用水利用者の差止めの成否に相違が生じたと理解できる。他方、侵害行為について水質汚濁という同類型の侵害であったとしても、水利用の用途の観点から両者を区別し、水道水の水源汚染と農業用水のそれについて要保護性の差異が生じたと捉えることもできよう⁶³⁾。

農業用水は、飲用ではないため人体に対して直接に影響を及ぼすものではないが、有害物質が混入した農業用水を使用することによって汚染された農作物

が生産される危険が生じる。それゆえ、安全な農作物が生産できなくなる高度の蓋然性が認められる場合には、水利権の侵害と解し、物権的請求権の行使として侵害行為の差止めを認容するのが妥当であろう。汚染された農業用水が原因で安全な農作物が生産できなくなれば、農業水利権の目的が達成されないからである。

当該決定の本案訴訟である水戸地判平17・7・19判時1912号83頁は、安全な水道水を享受する権利について人格権の一種として保護されるとしたうえで、水道原水については、その汚染による水道利用者に対する人格権侵害の蓋然性を認めた⁽⁶⁵⁾。すなわち、「本件処分場内の水は、原告らが摂取することによって原告らの健康等に何らかの影響が生じ得る程度にまで汚染される危険性があるというべきである。(中略) によって、被告が本件処分場を建設、使用、操業した場合、水戸市内において水道水を利用している原告らの人格権が侵害される蓋然性がある」と述べ、人格権に基づく差止請求を認容したのである。他方、農業用水については、「有害物質を含んだ汚染水が本件処分場から漏出した場合、当該有害物質が農業用水に混入するものと認められる」としながらも、「農業用水に関しては、原告らは、その汚染によっていかなる性質の人格権が侵害されるというのか、具体的な主張も立証もしない」と論及して、有害物質の農業用水への混入を肯認しつつも、農業用水汚染による人格権侵害の具体的な立証がないとして差止請求を否定したのである。

当該判決においても、水質汚濁が人格権侵害にあたるか否かが判断の基準となっている。農業用水の水質汚濁を認めながらも、人格権侵害の有無を問題にしているのは、差止めは人格権に依拠して請求されとする判例の立場を前提としているからである。差止請求を認容する法的構成として、水利権侵害を人格権侵害に読み替える仕組みには、水利用の用途の差異を意識して被侵害利益を捉える視点が希薄である。このことが、判断基準において財貨秩序と人格秩序が混同する一因であると考えられよう。

千葉地木更津支判平17・5・12判タ1198号230頁は、処分場付近の地下水利用者に対しては飲料水が汚染される高度の蓋然性を認めたが、付近の河川の農業水利権者および河川下流域の漁業権者等に対しては人体へ影響するほどの汚染発生の蓋然性はない、あるいは被害が間接的または受忍限度を超える程度で

はない等の理由で差止請求を棄却した。⁶⁶⁾ 本判決の特徴は、廃棄物処分場予定地は水源地にあり、その立地としては不適切であると判断した点にある。すなわち、「本件予定地は水源地であり、地下水は多様に繋がっているので、1か所の汚染が下流の広域的な汚染に繋がる危険性があるから、水源地に地下水の汚染をもたらすのは極力避けるべきものであるところ、本件処分場は人家に近接し、飲料水を井戸に依存する住宅が多数存する水源地に建設を予定しているもので、（中略）ひとたび本件処分場から汚染水が流出した場合に発生が懸念される被害の回復の困難さ、深刻さとその広がりや予測し難いほどのものがあり、本件予定地は安定型処分場の立地としては不適切であるといわざるを得ない」とした。そのうえで、「本件処分場は埋立量の多い大規模な処分場であり、ひとたび有害物質が地下に浸出して汚染が拡散し、人体に悪影響が発生した場合には、その被害を回復し、拡大を止めるのは著しく困難であるから、本件処分場の建設、使用、操業については事前にそれを差止める必要性がある」と判示したのである。他方、農業用水の汚染については、「本件処分場の地下を経由して有害物質が上記河川流域の農地に拡散されることが抽象的な可能性としては考えられる。（中略）仮に有害物質が農地に拡散したとしても、前記飲料水の被害の場合と比べて間接的であることに加え、具体的に農産物にいかなる有害物質が吸収され、人体に影響を及ぼすのかは証拠上明らかとはいえない」として、差止請求は理由がないと述べた。

本判決においても、農業用水の汚染について、水利権の財産的価値ではなく、飲料水汚染の場合の被害と比べるとともに人体への影響のメカニズムの立証を要求していることから、その人格的価値によって判断していると考えられ、判断基準において財貨および人格の両秩序の交錯がみられる。農業用水の汚染については、あくまでも財貨秩序の枠内において、つまり農業水利権の侵害の問題として判断されるべきであろう。

以上の裁判例で見られる差止請求の成否の判断基準における秩序の交錯を避けるためには、水利用の用途の差異に留意して被侵害利益を捕捉し、それが属する秩序のなかで保護する必要がある。裁判例は、農業用水汚染によって水利権侵害が生じている場合にも、また、水道水汚染による人格権侵害のおそれが

ある場合でも、差止請求の成否の判断基準を一律に人格権侵害の有無に依らせている。このことは、水利権侵害に対する差止請求の成否を、人格権侵害の有無によって判断していることを意味する。被侵害利益の保護の要請は、財貨秩序で捉える法益侵害よりも人格秩序で捕捉するその方が強いことは確かである。人格秩序における法益侵害は、被侵害者の生命・身体等に直接、影響を与えるからである。このように考えると、判断基準における秩序の交錯は、水利権の要保護性を判断するための現象として理解することができるのである。

（２）仙台地裁平成４年決定以降の裁判例の類型化

差止請求の成否の判断基準における財貨秩序と人格秩序の交錯は、法的評価の場面において市民社会の根本的秩序が錯綜していることを表し、それが事案適合性および法的安定性を欠いた判断基準であることを示している。⁶⁷⁾ 判断基準における秩序の交錯を回避する視座を得るために、水源に対する水利用権限の有無の観点から、裁判例を分析していくことにする。すなわち、差止請求（申立）者が水源に対して水利用の権限（水利権や地下水利用権等）を有しているか否かという観点から、仙台地裁平成４年決定以降の水質汚濁に関する差止請求の裁判例について類型化を試みる。⁶⁸⁾ なぜなら、水利用に関する法益侵害のケースにおける財貨秩序は、水源に対する水利用権限の存在を基礎としているからである。ここでは、差止請求者が水利用権限を有していない場合には、水道利用者として差止めを請求しているという共通項に注目したい。そうすると、水利用の権限を有する者からの差止請求のケース（以下、利用権限者型という。）と、水道水の利用者からの差止請求のケース（以下、水道利用者型という。）との２つの類型に区分できる。前者の類型には、仙台地決平４・２・２８判時１４２９号１０９頁、熊本地決平７・１０・３１判時１５６９号１０１頁、福岡地田川支決平１０・３・２８判時１６６２号１３１頁、長野地判平１２・１・２６判時１７５２号１１５頁、鹿児島地決平１２・３・３１判タ１０４４号２５２頁、前橋地決平１３・１０・２３判時１７８７号１３１頁、福岡高判平１５・１０・２７判タ１１６８号２１５頁、千葉地木更津支判平１７・５・１２判タ１１９８号２３０頁、鹿児島地判平１８・２・３判時１９４５号７５頁および千葉地判平１９・１・３１判時１９８８号６６頁が属し、後者の類型には、大分地決平７・２・２０判時１５３４号１０４頁、水戸地決平１１・３・１５判時１６８６号８６頁、福島地いわき支判平１３・８・

10判タ1129号180頁および水戸地判平17・7・19判時1912号83頁が該当することになる。⁷⁰⁾

利用権限者型において、差止請求者が有する水利用の権限は、物権的効力を有する水利権または地下水利用権⁷¹⁾である。したがって、水質汚濁が発生する蓋然性が高い場合には、物権または物権的権利に対する侵害のおそれがあると解し、物権的請求権の行使として差止請求を容認することが妥当であろう。一方、水道利用者型においては、水道利用者は水道水源に対する水利用権限を有しない場合が大部分である。したがって、このような場合には水利用権限に基づいて差止請求できないため、水道利用者の人格権を根拠に差止請求を認容せざるを得ないのである。

ところで、水道法3条5項に定める水道事業者は、給水を受ける者（水道利用者）に対して常時水を供給しなければならない（同法15条）。すなわち、水道事業者は、水道利用者に対して給水義務を負うのである。したがって、水道利用者については、水道事業者の給水義務に対応する、給水を受ける権利（給水権）を覬念することができる。このような給水権は、水道事業者に対して適切な量と質の水を供給するように請求しうる権利（債権）であるから、水道利用者自らが水道水源の汚染者に対して物権的請求権を行使することはできない。つまり、水道水源に対する水利用権限をもたない水道利用者は、水道水源の汚染者に対し直接的に給水権に基づいて差止めを請求することができないのである。したがって、かかる場合には、水利権等の水利用権限を有する水道事業者が物権的請求権の行使として差止めを請求することが事案適合的な構成であろう。この意味において、水源地の所有権を有する水道事業者が原告となって水道原水の汚染を回避した長野地裁平成12年判決は、この理論構成に沿った差止訴訟として評価されるのである。

判例による法形成の現在の到達点と解される人格権に基づく差止請求を受用するにしても、水道水源に対する水利用権限をもたない水道利用者が水源汚染によって被害を受けるおそれのあるケースにおいて、はじめて水道利用者自身の人格権に差止請求の論拠を求めることが許されるのではないか。換言すれば、水質汚濁に関する差止請求の事案において人格権に基づく差止請求が認容される場面は、水源に対する水利用権限を有しない者（水道利用者等）が差止めを

請求するケースに限定して解されるべきであろう。すなわち、水利権等の水利用権限を有する場合には、人格権に依拠するのではなく、物権的請求権の行使として差止請求が認容され、その権限がない場合においてのみ水利利用者の人格権に基づいて差止請求が認められると考えるのである。

(3) 平穩生活権の位置づけ

人格権概念への過度な依存（人格権のインフレーション）が指摘され、一般条項的概念である人格権を多用することへの批判を考慮すると、このように人格権に基づく差止請求が許容される場面を制限する指向性は、あながち的外れな議論でもないであろう。しかし、判例が展開してきた人格権に基づく差止請求の法的構成によって、生命・健康およびそれらに直結した精神的平穩を保護する法理論を導出した点は評価されてよいと思われる。

いわゆる平穩生活権については、建物の暴力団事務所としての使用あるいはその使用のおそれによって近隣住民の平穩生活権が侵害されるとして、使用差止めを認容した裁判例が注目されている。⁷³⁾他方、廃棄物処理施設をめぐる差止訴訟の一連の裁判例は、「平穩生活権としての浄水享受権」の概念に言及し、平穩生活権を浄水享受権の内容の一つとして捉えている。すなわち、適切な量と質の水を確保する権利につき、「人格権としての浄水享受権」という文言を用いて説示し、その具体的内容を「身体権としての浄水享受権」および「平穩生活権としての浄水享受権」⁷⁴⁾に区分し詳説するのである。⁷⁵⁾なかでも、浄水享受権の内容に平穩生活権を包摂させているところに留意する必要がある。つまり、平穩生活権なる概念によって、適切な量と質の水を確保できないことに起因する、生命・健康侵害に対する危険・不安感から精神的平穩を保護する法理論について提示したのである。⁷⁶⁾

平穩生活権とは、「生命、身体に対する侵害の危険から直接に引き起こされる危険感、不安感によって精神的平穩や平穩な生活を侵害されない権利」であり、生命・健康に直結する精神的人格権である。⁷⁷⁾平穩生活権の侵害は、生命や健康そのものに対する侵害ではなく、それらと直結した精神的人格権であるから、差止請求の判断基準は相關衡量的に判断されると解される。したがって、身体権という絶対権が侵害された場合には、被害の程度や侵害行為の態様を問うこ

となく直ちに差止めが認められるのに対して、身体権侵害には至らない精神的
人格権の侵害の場合には、被害の程度や侵害行為の態様等を考慮した総合的判
断がなされ⁷⁸⁾とするならば、平穏生活権は、「身体権に準じた重要性を有する」
と評されるものの、その本質はあくまでも精神的人格権として構成されるので
ある。

このような性質をもつ平穏生活権につき、権利内容の不明確性を否定するこ
とはできない。この不明確性に関する問題の核心は、生命・健康侵害に対する
どの程度の危険・不安感があれば、平穏生活権の侵害と解することができるか、
という点にある。これも相關関係的な総合判断に委ねられるとするならば、受
忍限度論に対する批判が、そのままここにも当てはまることになる。したがっ
て、平穏生活権への安易な依拠を回避するためにも、権利の内容およびその射
程範囲をできるだけ、明らかにしておくことが必要となろう。

この要請に応接するため、平穏生活権について再構成を試みる学説がある。
すなわち、平穏生活権につき、精神的な人格権（人格的利益）と生命・身体に
関連する不安・恐怖感に大別したうえで、精神的な人格権は従前より法的救済の
対象とされてきたが、生命・健康侵害に対する不安・恐怖感については、身体
権侵害（生命・健康侵害）の範疇で取り扱われることが多く、これから抜け落
ちた不安・恐怖感は法的に保護されてこなかったとし、このような不安・恐怖
感に焦点をあてたところに平穏生活権の意義を見出すことができると説述⁸⁰⁾
する。そして、具体的事案において問題となるのは、生命・健康侵害に対する危険性
の程度が科学的に不明確で、それについて原告が不合理な不安・恐怖感を有し
ている場合であると述べ、原告はそのことについて証明できない不利益を負う
ことになるから、その不安・恐怖感が単なる危惧感ではなく、科学的に合理的
なものであれば、その不安・恐怖感の原因を作出している被告が、不合理なり
スクがないことにつき確認する義務を負うとする⁸¹⁾。さらに、当学説は、平穏生
活権の侵害を理由に差止めを認容する要件について、科学的不確実性があるこ
とと、侵害に不可逆性・深刻性があることという、予防的科学訴訟特有の事案⁸²⁾
に限定することが重要であると指摘する⁸³⁾。

精神的な人格権のほかにも、生命・健康侵害に対する不安・恐怖感を受けずに
生活することにつき、平穏生活権概念をもって独立した保護法益として捕捉す

る趣旨は理解できるし、⁽⁸⁴⁾ 平穩生活権の侵害という理論装置が人格権の中核である生命・健康に対する重層的な保護をもたらすことは確かであろう。⁽⁸⁵⁾ しかし、本説で主張される「不合理な不安・恐怖感」は、具体的危険やリスクの確定を必要とせず、科学的にどの程度の範囲のリスクかについて鑑定等を用いて分析することにより、科学的にみて不合理な不安・恐怖感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し、具体的（現実化した）危険を要求する従来の考え方とは一線を画する。たとえば、浄水享受権の侵害として差止請求が認容されるためには、水に含有される有害物質を特定し、それによる人体への具体的な危険性を証明することによって、抽象的な不安感を超える具体的な利益が侵害されたことを論証しなければならないとした千葉地判平19・1・31判時1988号66頁の立場と対比させるならば、判例の見解と当学説の考え方が対極をなすことは明らかである。生命・健康侵害の危険性が抽象的レベルに止まっているか、具体的な（現実化した）危険が生じているのかを問題とする判例・通説の立場を排し、生命・健康侵害の不安・恐怖感について科学的見地からその合理性の有無を判断する理論について、その妥当性が慎重に検討されるべきであろう。

財産権侵害が人格的利益の侵害に繋がる法分野は、財貨秩序と人格秩序が重畳する領域として捉えることができるが、ここでは平穩生活権概念を用いることなく、精神的平穩や平穩な生活を侵害されない法益を保護することもできる。すなわち、土地・建物利用権、水利権等のような生活環境に関連する財産権が侵害された場合には、その財産権が物権的効力を有するならば、物権的請求権の行使によって差止請求を認めることにより、結果として平穩生活権が保護されることになるのである。権利内容が曖昧な平穩生活権を根拠とするよりは、物権的請求権を用いて差止めを認容し、精神的平穩や平穩な生活を確保するほうが法的安定性に優れている点も看過されてはならない。

財貨秩序と人格秩序が重複する領域では、少なくとも物権侵害と捉えられる場合には、あえてその内容と外延の不明確な人格権の侵害を前面に押し出す必要はなく、物権的請求権の行使によって保護すれば足りるであろう。そうすると、平穩生活権は、財貨秩序の枠内では対処できない生命・身体に直結する精神的人格権を保護する機能を担う法概念であると解することができよう。

（４）水資源の要保護性

水資源は、人間の生存や生態系の維持にとって絶対的に必要な循環資源であるから、公共性がその核心部分に存在するといっても過言ではない。不可欠性、循環性、公共性を有する水資源は、人の生命・健康や生態系を支える根源的な資源なのである。したがって、水資源をめぐる差止請求の法的根拠については、不可欠性、循環性、公共性といった水資源の性質がその保護を必然的に要請する点に着目する必要がある⁸⁷⁾。水資源利用の利益が保護に値する法益であるか否かの判断は、利用の客体である水資源そのものの性質からその保護の必要性を導き出すほうが、生態系を支える循環資源としての水の保全に適合的であると考えられるからである⁸⁸⁾。

判例が差止請求の成否の判断基準を人格権侵害の有無に依拠させているのも、被侵害利益の要保護性を判断するための理論装置を人格権侵害の解釈に求めたからである。被侵害利益の要保護性が人格秩序における権利侵害という形をとって外面に表れていると考えられるのである。そうすると、人格権侵害に代えて被侵害利益の要保護性そのものを前面に出し、理論構成することの有意性も検討されてしかるべきであろう。

安全な水の確保は人の生命、身体、健康にとって絶対的要請であると判示する裁判例がある。すなわち、前掲水戸地判平17・7・19は、「水が人の生存にとって絶対的必要性をもつこと、我が国のほとんどの国民が飲用に供する水を水道水によっていること、水道水の供給を受けている多くの住民らは、世代を超え、長期間にわたって、同じ水道水を摂取し続けていることから、水道水に有害物質が混入するときは、人の生命、身体、健康に不可逆的な直接の影響を及ぼすおそれがあり、人が摂取する水の中に有害物質が混入することを可及的に防止することは、人の生命、身体、健康にとって、ほぼ絶対的要請であるということが出来る」と論及するのである。人の生存と健康の維持に不可欠な存在である安全な水の確保が絶対的要請であるとするならば、この要請は、飲用水や生活用水の利用権限の保護とともに、その根源である水源の保護の必要性を導出し、それらを結合させたものが水資源の要保護性として捕捉される。換言すれば、飲用水・生活用水の保全の要請は、その水源の要保護性にまで遡るといえるのである。

差止請求の裁判例の転換期（平成元年から5年）におけるリーディング・ケースとして位置づけられる仙台地裁平成4年決定は、水源に対する保護の必要性について、飲用水・生活用水の利用者の立場から「適切な質量の水を確保する権利」として構成したと考えられる。したがって、裁判所が水源に対する要保護性を認識したことが、従前からの水質汚濁に関する差止請求の裁判例の消極的姿勢を転回させた主たる要因であると理解できるのである。その後の裁判例により定着した「人格権としての浄水享受権」の概念は、水源を保全することによって、そこからの水を利用する人の生命・健康およびそれらに直結した精神的平穏を保護する権利であると解される。したがって、水源に対する侵害行為がその価値を著しく低下させ、人の生命と健康を維持する絶対的要請に応えることができなくなるおそれがある場合には、その侵害行為を差止めることができると考えられるのである。

また、水道水に関する水源の保護については水道水源保護条例をめぐる議論が示唆的である。本条例は、住民が安心して飲める水を確保するため、水道の水質汚濁を防止するとともにその水源を保護することによって、住民の生命、健康を守ることを目的とするものである。水道水源保護条例に係る規制対象事業場の認定処分取消訴訟に関する名古屋高判平12・2・29判タ1061号178頁は、水循環を前提とした適正な水資源の利用について、つぎのように論及する。すなわち、「適正な水資源の利用は、流域全体の水収支がマスナスにならないように配慮すべきであり、そのためにはそれぞれの利用者がその敷地面積に応じた涵養量を遵守しなければならず、敷地面積単位の水収支を検討するのも相当と認められる」として、水源地の所有者がその敷地面積に応じた地下水を涵養することによって、流域全体の水収支の均衡を保たなければならないと説述するのである。つまり、水道水源保護条例等によって指定された水源保護地域における適正な水資源の利用については、水源地の所有者に対して地下水の採取制限のような消極的な不作為にとどまらず、地下水の涵養という積極的な作為を求める見解を示したのである。かかる考え方は、水源保護地域に限られているとはいえ、水利用権限には水源の保護義務が伴うことを表していると解される。また、水源の保護について積極的な行為を要求することは、水利用権限の行使によって水源の価値を減損させた者に対し、原状回復の責任を負わせることを

明確にしたとも捉えられるのである。

地下水の涵養について、水道水源をすべて地下水に依存する熊本市は、平成19年に地下水保全条例を全面的に改正し、開発や建築の際に雨水浸透施設の設置を義務化するとともに、大規模採取者に対しては涵養対策の努力義務に関する規定を設けた。このような条項は、水源保護のための積極的行為を具体化したものとして評価できよう。⁸⁰⁾

他方、水源からの水を利用する権利である水利権等のような水利用権限を有する者の立場からみれば、水資源の要保護性は、水利用権限それ自体の保護の必要性として解される。それと同時に、同一水流において競合する他の水利権者や利用権限がない者の見地からは、水利用権限に本来的に内在する水利用の制限と捉えることができる。すなわち、水資源の循環性・公共性に由来するその保護の必要性は、水利権そのものの保護とともに、その権利の内在的制約である不要な水利用の排除という、相反する方向に機能することになるのである。

水資源の性質からその要保護性が導かれることの実質は、水資源をめぐる差止請求の成否の判断に際して、水資源の性質がその判断の基礎に置かれることにより、法秩序の中において水源および水利用権限が重要な保護法益として位置づけられることを意味する。

水利権のような水利用権限が侵害されることによって利水目的を達成できなくなるおそれがある場合は当然のことながら、水道利用者のように水源に対する利用権限がなくとも、その水源に対する侵害行為によって深刻かつ不可逆な損害が発生するおそれがある場合には、循環性や公共性といった水資源の性質から導かれるその要保護性を論拠として侵害行為を差止めることができると解すべきであろう。要するに、水源に対して何らの権限も有していなくても、侵害行為によってその水源に深刻かつ不可逆な損害を発生させる高度な蓋然性がある場合には、水資源の要保護性を論拠として差止請求を認容することができるのである。⁸²⁾

水資源の保護は、その利用と保全に関する当該地域のルールを基礎にして考察されなければならない。⁸³⁾ すなわち、その地域において水源がどこに存在し、そこでの水循環を考慮したうえで、水資源をどのように保全すべきかは、当該地域固有の問題として捕捉されねばならないのである。⁸⁴⁾ したがって、水資源の

保護を考えるに際しては、その地域における適正な水の利用と保全の秩序を探究することが肝要となる。当該地域における適正な水秩序を考究し、その秩序を維持することが水資源の保護に直接繋がるからである。⁹⁵⁾⁹⁶⁾

4 むすびにかえて

水質汚濁に関する差止請求の裁判例が見られるようになるのは、昭和30年代後半からである。損害賠償訴訟が多く提起された昭和40年代には、差止訴訟も次第に存在感を示すようにはなるが、昭和50年代では差止請求を認めた裁判例は極めて限られていた状況であった。

しかし、平成期に入ると廃棄物処理施設をめぐる紛争が多発し、裁判例の態度が一転することになる。すなわち、昭和50年代から見られた水質汚濁に関する差止請求の裁判例の消極的姿勢が転回されたのである。かかる転回を生起させた要因は、裁判所が水源に対する保護の必要性を強く認識したところにある。リーディング・ケースである仙台地裁平成4年決定は、飲用水・生活用水の利用者の立場から、水源保全の必要性について「適切な質量の水を確保する権利」、いわゆる「浄水享受権」と権利構成して、水源保護の理論を提示した。その後の裁判例により定着した「人格権としての浄水享受権」の概念は、「身体権としての浄水享受権」と「平穏生活権としての浄水享受権」に区分され、前者は生命・健康に危険のない質と量の飲用・生活用水を確保する権利であり、後者は一般通常人の感覚に照らして飲用・生活用に供するのを適当とする水を確保する権利であると解されるのである。

平成期の一連の廃棄物処理施設をめぐる裁判例では、差止請求の成否の判断基準において財貨秩序と人格秩序の交錯が散見される。すなわち、裁判例は、農業用水汚染によって水利権侵害が生じている場合にも、また、水道水汚染による人格権侵害のおそれがある場合でも、差止請求の成否の判断基準を一律に人格権侵害の有無で決定するのである。裁判例が差止請求の成否の判断基準を人格権侵害の有無に依拠させるのは、被侵害利益の要保護性を判断するための理論装置を人格権侵害の解釈に求めるからである。そう考えると、判断基準における秩序の交錯は、水源または水利用権限の要保護性を判断するための現象

として理解することができるのである。そして、ここでは被侵害利益の要保護性が人格秩序における権利侵害という形をとって外面に表れていると解するならば、人格権侵害に代えて被侵害利益の要保護性そのものを前面に出し、理論構成することの有意性も否定されるべきではないであろう。

水資源は、人間の生存や生態系の維持にとって絶対的に必要な循環資源であるから、公共性がその核心部分に存在するといえる。不可欠性、循環性、公共性を有する水資源は、人の生命・健康や生態系を支える根源的な資源なのである。したがって、水資源をめぐる差止請求の法的構成を考察するにあたっては、不可欠性、循環性、公共性といった水資源の性質がその保護を必然的に要請する点に着目する必要がある。

人の生存と健康の維持に不可欠な存在である安全な水の確保が絶対的要請であるとするならば、この要請は、飲用水や生活用水の利用権限の保護とともに、水源の保護の必要性をも導出し、それらを結合させたものが水資源の要保護性として捕捉される。そして、その要保護性は、水利権限を有する者の立場からみれば、水利権限そのものの保護の必要性として解されるとともに、同一水流において競合する他の水利権者や利用権限がない者の見地からは、当該権限に本来的に内在する水利利用の制限と捉えることができる。すなわち、水資源の循環性・公共性から導かれるその要保護性を根拠として、水利権限の侵害に対しては権限それ自体の保護が、他方、権限の内在的制約として不要な水利利用の排除が導出されるのである。

水利権のような水利権限が侵害されることによって利水目的を達成できなくなるおそれがある場合は当然のことながら、水道利用者のように水源に対する水利権限がなくても、その水源に対する侵害行為によって深刻かつ不可逆な損害が発生するおそれがある場合には、循環性や公共性といった水資源の性質から導かれるその要保護性を根拠に侵害行為を差止めることができる。つまり、水源に対して何らの権限も有していなくても、侵害行為によってその水源に深刻かつ不可逆な損害を発生させる高度な蓋然性がある場合には、水資源の要保護性を論拠として差止請求を認容することができるのである。

水資源の性質からその要保護性が導かれることの実質は、水資源をめぐる差止請求の成否の判断に際して、水資源の性質がその判断の基礎に置かれること

により、法秩序の中において水源および水利用権限が重要な保護法益として認識されるとともに、その権限には内在的制約を伴うから、不要な水利用を排除できることとなり、その結果、水資源の保護が図られることにある。

水資源の法的保護のあり方として、水利用権限を重要な保護法益と解してそれに基づく水利用を保護するとともに、水循環の地表の起点であり、かつ、水資源の根源である水源の保護をその中核に置くことによって水資源保全の構図を描くべきであろう。そして、このような水資源保護の構造の基礎にはその公共性が据えられるべきであり、かかる思考が健全な水循環系の構築に向けた法理論の基盤を形成していくことになると考えられるのである。⁵⁷⁾

(完)

注

56) 市民社会の根本的秩序である人格秩序については、広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』（創文社、2006年）13頁以下、財貨秩序については、同3頁以下参照。

57) 財貨帰属秩序に反する財産権侵害において、その侵害行為が他人の生命・身体の侵害に至っている場合には、人格的利益の帰属が侵害され、そのことは直ちに人格秩序に反するものと評価され、財貨秩序と人格秩序との重畳が指摘されるが、一方で、水利権等の財産権の侵害が、他人の生命・身体を害するまでには至らないが、その他人において受忍を期待される限度を超えて生活環境を悪化させ生活利益を侵害している場合には、生活利益秩序に反することになると解し、財貨秩序と生活利益秩序との重複を混念することもできる（生活利益秩序については、広中・前掲注56）19頁以下参照）。

58) 拙稿・前掲注4）79頁。

59) 水利用の用途は被侵害利益の種類・性質と密接に関係している点に着目すべきである。

60) 日本不動産鑑定協会調査研究委員会鑑定評価理論研究会編『新・要説不動産鑑定評価基準』（住宅新報社、2007年）55頁。現在の実務において、土壌汚染の有無は、不動産取引の重要な懸念要因となっており、不動産鑑定評価に反映されるようになってきている（大阪経済大学松田佳久教授（不動産鑑定士）に対するヒアリング調査（2009年8月8日実施））。

61) 神戸秀彦『産業廃棄物最終処分場の差止めについて——廃棄物処理法の自己責任原則との関連で——』清水誠先生古稀記念論集『市民法学の課題と展望』（日本評論社、2000年）423、424頁は、本決定の意義について、安定型処分場の差止めに関する判例で共通する問題点を集約・整理し、同種の処分場における差止請求の判断モデルを示したところにあると論及する。

62) 本件処分場建設をめぐる一連の差止請求訴訟について、市民運動の視点から考察する論考として、小林三箇『市民運動としての裁判（1）、（2・未完）——水戸市全殿町における産業廃棄物最終処分場建設に反対する事例をとおして』茨城大学地域総合研究所年報38号（2005年）1頁以下、39号（2006年）1頁以下がある。

- 63) 本決定は、人格権そのものが被保全権利であるかのような説示をし、被保全権利を「差止を認めることによって保全される権利ないし法的利益」の意味で使用していると指摘されている（判タ1053号275頁）。
- 64) 公共性（社会的有用性）の観点からも両者の相違を見出すことができる。すなわち、水道水は住民一般の利益に係り公共性が高いが、農業用水は主として水利権者が利益を享受しうるのであるから、概して公共性は低いと考えられる。
- 65) その後、東京高判平19・11・29判例集未登載は本件処分場の差止めを認容し、最決平20・5・27判例集未登載がこれを支持し確定させている。詳細は、神戸秀彦「産業廃棄物処分場に関する最近の民事差止め2判決（全隈・鹿屋）について——人格権論・立証責任・廃棄物処理法に注目して——」渡辺洋三先生追悼論集『日本社会と法律学——歴史、現状、展望』（日本評論社、2009年）295頁以下参照。
- 66) 飯塚・前掲注42）31頁は、本判決について、汚染発生の蓋然性に関して「現実をリアルに捉えて汚染の蓋然性を導き出している点で説得力がある」と評価する。
- 67) ここでは、財産権侵害が人格権侵害とも解される事案自体を問題にしているわけではなく、差止請求の成否の判断基準として財産的価値と人格的価値が混同されることに對して疑問を呈している点に留意すべきである。したがって、事案における秩序の重量と判断基準としての秩序の交錯を区別したうえで、これらの差異を認識することが重要である。
- 68) 仙台地裁平成4年決定は人格権としての浄水享受権に基づく差止請求のリーディング・ケースであり、これを契機に差止めを認容する裁判例が累積されたため、当該決定以降の裁判例を類型化の対象とした。
- 69) 本決定については、本案訴訟が提起され、福岡高宮崎支判平18・11・29判例集未登載によって確定されている。詳細は、神戸・前掲注65）295頁以下参照。
- 70) この種の差止請求事件は、複数人によって請求または申立てられているが、水利権限の有無に関しては、当該事件における主要な請求（申立）者について判断している。
- 71) 地下水利用権については、土地所有権の効力としてのそれと、土地所有権から切離され独立したそれとの2種類の地下水利用権が観念できる。
- 72) 生活妨害の事案においては、人格権に基づく差止請求権を肯定的に解した大阪国際空港事件控訴審判決（大阪高判昭50・11・27判時797号36頁）が、判例による法形成の到達点を示す典型的なものである。
- 73) 静岡地浜松支決昭62・10・9判時1254号45頁、東京高決昭63・1・27判タ656号261頁、大阪高判平5・3・25判時1469号87頁、大阪高決平6・9・5判タ873号194頁等。
- 74) 潮見佳男『不法行為法1【第2版】』（信山社、2009年）252頁は、単に暴力団事務所等が存在しているという事実だけで具体的危険（現実化した危険）と捉え、法的に救済している点を挙げ、「この問題は、暴力団以外の団体・自然人の行動により生活の精神的平穏がおびやかされたり、不安感が惹起・増悪されている場合の法的処理に関する問題にもつながるひろがりをもせている」と言及する。しかし、暴力団事務所としての使用の差止めを認容した裁判例については、これをその他の事案と同列に扱うことにつき、慎重な検討が必要である。なぜなら、暴力団はそれ自体が合法とは認められない特殊な存在であり、その活動によって住民の平穏な生活が侵されるおそれがあると解されるのであって、暴力団事務所と、廃棄物処分場のような嫌悪施設ではあるが社会的に不可欠な施設とでは、そ

もそも存在意義に大きな相違があるからである。

- 75) なお、神戸・前掲注65) 304頁によれば、東京高判平19・11・29は、直接、平穏生活権に言及することなく、生命・身体・健康に対する侵害のおそれを人格権の内容と捉え、福岡高宮崎支判平18・11・29も、受忍限度判断における被侵害利益を健康に限定していると分析する。
- 76) 須加憲子「高度な危険性を有する（バイオハザード）研究施設による『不安感・恐怖感』と『平穏生活権』について ― 国立感染症研究所実験等差止事件を契機として ―」早稲田法学78巻1号（2002年）182頁は、裁判例において平穏生活という概念が利用されてきた場面とその発展をたどることにより、平穏生活権が果たす役割をつぎの5点にまとめている。すなわち、①差止請求の根拠、②プライバシー侵害事例のような純粋な精神的平穏の保護、③家庭生活に関連する平穏の保護、④身体、生命に直結した精神的平穏の保護、⑤身体、生命に直結しない精神的平穏の保護である。
- 77) 淡路・前掲注33) 12頁。
- 78) 沢井裕『事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、1996年）123頁以下、吉村良一『不法行為法（第3版）』（有斐閣、2005年）36頁以下参照。
- 79) 淡路・前掲注33) 12頁。また、潮見・前掲注74) 251、252頁は、暴力団事務所の裁判例に関して、ここでの平穏生活権という表現につき、「周辺住民の生命・身体に対する侵害の危険、精神的平穏に対する侵害が問題とされている点で、被侵害利益の点では絶対権・絶対的利益侵害と同質である」と述べ、被侵害利益の要保護性を強調する。
- 80) 大塚直「予防的科学訴訟と要件事実」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』（2009年、日本評論社）147頁。
- 81) 大塚・前掲注80) 148、149頁は、リスクについての不安・恐怖感について、リスクの原因者が不合理なリスクがないことを証明し、かつ、そのための調査をしなければならないと述べ、この場合には社会的な利益との衡量は含まれにくいと説明する。
- 82) 予防的科学訴訟については、大塚・前掲注80) 139頁以下参照。
- 83) 大塚・前掲注80) 151頁。
- 84) 淡路・前掲注33) 12頁は、「単なる不安感や危機感ではなく、生命、身体に対する侵害の危険が、一般通常人を基準として深刻な危険感や不安感となって精神的平穏や平穏な生活を侵害していると評価される場合には、人格権の一つとしての平穏生活権の侵害として差止請求権が生じる」としたうえで、平穏生活権は「身体権に直結した精神的人格権であるから、身体権に準じた重要性を有する」と論及する。
- 85) 平穏生活権を考察するにあたっては、人格権侵害の場合の要件および効果と、平穏生活権侵害の場合のそれらとの関係性が問題となる。大塚・前掲注80) 150、151頁は、平穏生活権侵害につき、人格権侵害の一類型ではあるが、要件としては、生命・身体のような不可逆な侵害に関連する不安・恐怖感を問題とする点、効果としては、因果関係の着重点を前倒し、場合によっては因果関係の証明責任の部分的転換が認められることの2点において、通常的人格権とは相違すると論述する。
- 86) 差止請求の法的根拠については、消費者団体による差止訴訟も含めた形で一般的な法的根拠を探究する議論がなされている。たとえば、平成19年度日本私法学会シンポジウム「競争秩序と民法」の報告が掲載されているNBL863号（2007年）39頁以下および私法70号（2008

年）４頁以下参照。

- 87) 美濃部達吉「慣習法上の公水使用権（１）——判例の研究を主眼として——」法学協会雑誌51巻7号（1933年）1207頁は、「成文法規が既に制定せられた後に於いても、公水に付いては自然力の支配が尚頗る顯著であつて、自然の事実に従つて法規の缺漏を補充し時としては之を修正する必要を生ずることが比較的多いことを免れない」と論及する。当初から、自然の事実（自然界の作用としての水の性質）にしたがって制定法の欠缺補充またはその修正をなすべき必要性が指摘されていた点は興味深い。
- 88) 水資源の性質から導出されるその要保護性を重視する考え方は、違法侵害説と親和的である。たとえば、舟橋諤一「いわゆる物権的請求権について」私法29号（1967年）379頁は、「違法な侵害を受けた利益の要保護性」に差止請求の法的根拠を求め、藤岡康宏「不法行為と権利論——権利論の二元的構成に関する一考察——」早稲田法学80巻3号（2005号）178頁も、「違法な侵害からの法益保護の必要性そのものを直接的な根拠として」差止請求権が発生すると解する。
- 89) 熊本市地下水保全条例13条および14条1項。なお、同条例2条2項は、地下水が社会経済活動を支える貴重な資源であることに鑑み、それを公水（市民共通の財産としての地下水）と認識して、地下水保全の必要性を導き出している。本条項が地下水を公水と規定した背景には、水道水源を全面的に地下水に依存しているという特殊な事情があることを看過してはならない。
- 90) 差止請求が認容されるためには、私人の法益に対する侵害が必要であるとする伝統的な見解によれば、水源に対する何らの権限もない者からの差止請求は認められないことになる。
- 91) 水源に対する侵害行為には、水質と水量の両面がある。たとえば、水質については飲用水や生活用水としての安全性を損なわせるような汚染行為であり、水量については水源に係る流域の水収支の均衡を失わせるような過剰な取水行為が、これに該当するであろう。
- 92) 環境破壊行為のような私人の法益侵害を伴わない行為に対する差止請求の可否の問題にも応接する、差止請求の一般理論を考究した新違法侵害説は注目に値する。すなわち、藤岡康宏「競争秩序と差止論」NBL863号（2007年）61頁は、「個人的利益の侵害があったとは把握できない場合には、差止請求の制度的基礎に基づいた救済、すなわち、本来あるべき法状態に対する違法の侵害を除去するとの、差止請求の存在根拠から発せられる（広い意味での）違法論により、差止請求の目的を達成することができる」として違法侵害説を再構成する。新違法侵害説を支える基盤理論に関して考察する一連の研究においても、根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察（４）——差止請求権の基礎理論序説——」早稲田法学81巻4号（2006年）374頁は、「私人の個人的法益が侵害されていない場合でも、なお当該私人に差止請求権の行使を認めるべき必要性があると判断されるときには一右請求権の理論上の発生根拠である一差止請求権制度が発動されることによりその者に差止請求権が生ずる」と論及する。
- 93) 吉田克己『『景観利益』の法的保護』判タ1120号（2003年）71頁が、「土地利用に関する地域的ルール」に法源としての性格を認めている点は示唆に富む。
- 94) 水源の保護を目的とした水道水源保護条例が地方公共団体によって制定されていることも、水資源の利用と保全に関するルールがすぐれて地域性に富むことの証左であるともい

えよう。

- 95) 水秩序に関連して、「いままでの水管理に代わる新しい水秩序の形成」を「水のガバナンス」として定義する考え方がある（蔵治光一郎「水のガバナンスとは何か ― 日本の水資源の歴史と現状、将来展望」同編『水をめぐるガバナンス ― 日本、アジア、中東、ヨーロッパの現場から』（東信堂、2008年）8頁）。この見解は、これまでの水管理の発想には限界があるという視座から、「水管理に代わる人と水との新しい関係」を探究することが必要であると論述する。本稿でいう水秩序は、水資源の利用と保全に関する法秩序という意味であるから、「水のガバナンス」にいう治水の内容を含意した水秩序とは相違する点に留意すべきである。
- 96) この考え方は、環境秩序説と接合しやすい。環境秩序説は、広中俊雄教授が構想した市民社会における基本的諸秩序の理論（広中・前掲注56）13頁以下参照。）に依拠して説を展開する。すなわち、「環境秩序」は、「人格秩序」の外郭秩序である「生活利益秩序」の一部をカバーするとしうえて、外郭秩序は市民総体の公共的利益と私的・個別的利益とが交錯する領域であり、ここでは本来の意味での「権利」を語ることができないから、「権利侵害」というよりも「秩序」違反を根拠として差止請求を認めるべきであると主張する（吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）244頁以下、同「環境秩序と民法」北大法学56巻4号（2005年）1786頁以下等）。
- 97) 健全な水循環系の構築については、拙稿「地下水の利用と保全の法理 ― 健全な水循環の確保の視点から ―」創価法学36巻3号（2007年）6頁以下参照。

【付記】 本稿は、2009年度科学研究費補助金（基盤研究C、課題番号21530098）による研究成果の一部である。