

令和5年（行コ）第56号環境影響評価書確定通知取消請求控訴事件

控訴人 鈴木陸郎 外44名

被控訴人 国

2023年（令和5年）4月10日

東京高等裁判所第10民事部ニホ2係 御中

控 訴 理 由 書 3

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 小 島 延 夫

弁護士 千 葉 恒 久

弁護士 呉 東 正 彦

弁護士 長 谷 川 宰

弁護士 浅 岡 美 恵

弁護士 半 田 虎 生

弁護士 永 井 久 楽 太

(目次)

(本件通知処分 of 違法性について その1)	3
第1 燃料種等に係る複数案の検討について (環境アセスメントについての総論的意見を兼ねて)	3
1 原判決の判示.....	3
2 原判決の法令解釈の誤り.....	3
3 環境アセスメントはベスト追求型であること.....	4
4 環境アセスメントにおける、市民・地方自治体意見、参加の意味 (意思決定過程の透明化と実効的な参加による環境保全の実現)	6
5 手続的統制を通じた適正な環境配慮の実現、代替案検討をすることが環境アセスメントの核心的要素であること.....	10
6 計画段階配慮という時点・段階における、複数案検討の意味.....	12
7 基本的事項告示及び発電所アセス省令3条1項の解釈.....	15
8 小括.....	18
9 被控訴人の責任.....	18
第2 「裁量」をめぐる議論について.....	19
1 環境アセスメント手続きについての事業者の前提としての、新潟水俣病訴訟判決から導かれる事業者の環境保全についての義務厳格責任とその行政法規化 (調査義務、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務の行政法規化)	19
(1) 新潟水俣病訴訟判決の厳格責任.....	19
(2) 環境基本法及び環境影響評価法による、新潟水俣病訴訟判決が示した、調査義務、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務の行政法規化.....	20
2 環境アセスメント手続を尽くすべき事業者の義務.....	24
3 電気事業法46条の17第1項の「環境の保全についての適正な配慮がなされることを確保するため特に必要があり、かつ、適切と認めるとき」との要件該当性判断について.....	25

(本件通知処分^の違法性について その1)

第1 燃料種等に係る複数案の検討について(環境アセスメントについての総論的意見を兼ねて)

1 原判決の判示

原判決は、本件環境アセスの計画段階配慮事項における複数案として、石炭のみならず天然ガス等の複数の燃料種や風力発電等の再生可能エネルギーを検討すべきであったかどうかという点について、「基本的事項告示、発電所アセス省令3条1項及びその他の法令において、燃料種等に係る複数案の検討を義務付ける規定は見当たらない。」点を理由に、「本件評価の計画段階配慮事項として石炭以外の燃料種等が検討されなかったことが違法であるとはいえない。」としている。

2 原判決の法令解釈の誤り

しかし、そもそも、基本的事項告示、発電所アセス省令3条1項及びその他の法令が、燃料種等に係る複数案の検討を義務付けていないとの理解自体が誤りである。

その上、① 環境アセスメントは法令に具体的な基準が明記されているものについてその基準をクリアしているかどうかを事前にチェックする(基準クリア型)だけでは、環境保全ができないことに鑑み、事前に、環境影響について調査し、予測し、評価するという手続をとることによって、可能な限り環境負荷を低減し、最善の措置をとることができるようにする(ベスト追求型)というものであること、② 環境アセスメントは、十分な情報公開と、住民、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの十分な対話を通じ、具体的な環境保全策を実現していくもの(意思決定過程の透明化と実効的な参加の実現)であること、③ 環境アセスメントは、環境配慮をしたかどうかの実体的判断を、代替案検討を尽くしたかという手続的要件を満たしたかどうかという、手続法としての環境アセスメントにおける手続的判断に置きかえることによって、司法審査を容易にし、適正な環境配慮を実現するとともに、住民との適切なコミュニケーションを通じ

て、より適正な環境配慮を実現していくことを容易にするものであり、手続的統制を通じて適正な環境配慮を実現するものであって、代替案検討をすることが環境アセスメントの核心的要素であること、以上の3点を実現するためには、④計画段階配慮という時点・段階における、複数案検討が極めて重要であること、の4点の計画段階配慮における複数案検討制度の意味を看過するものであって、法令解釈を誤るものである。

以下、詳論する。

3 環境アセスメントはベスト追求型であること

環境アセスメントは法令に具体的な基準が明記されているものについてその基準をクリアしているかどうかを事前にチェックする（基準クリア型）だけでは、環境保全ができないことに鑑み、事前に、環境影響について調査し、予測し、評価するという手続をとることによって、可能な限り環境負荷を低減し、最善の措置をとることができるようにする（ベスト追求型）というものである。

その趣旨からみて、発電所アセス省令に明文の規定があるかどうかだけを判断基準にすることはそもそも適切ではない。

環境アセスメントが、ベスト追求型とされているのは、今日、環境に影響を及ぼす事業や施策が増加し、基準が設定されている項目の基準を満たすだけでは、環境を健全で恵み豊かなものとして維持することも生物の多様性の確保も、さらには、人間の生命健康、生活環境の保全も、困難となってきたことによるものである。

したがって、基準が設定されていないが、重大な環境影響が予想されるものについては、環境アセスメントによってその影響を明らかにすること、すなわち、事前に、環境影響について調査し、予測し、評価するという手続をとることが必要となっているのである。

今回、設置され操業されようとしている、石炭火力発電所は、硫黄酸化物、窒素酸化物による健康被害、ばいじん、特に、PM2.5による健康被害、光化学スモッグによる健康被害、温排水による漁業被害、温室効果ガスによる地球温暖

化によって生じる豪雨災害・熱中症被害・漁業被害といった重大な環境影響を及ぼすおそれがある。しかし、硫黄酸化物、窒素酸化物とばいじんを除き、いずれも、明確な基準はない。

このように基準が設定されていないが、重大な環境影響が予想されるものについては、石炭火力発電所の目的を達成できる別の事業と比較検討することによって、環境影響を明らかにし、また、最善の措置を探り、総体として、環境影響を回避、低減する措置があるか検討する。それが環境アセスメントである。

したがって、実行可能な範囲内で環境影響が回避され又は低減されているか否か、という検討は、複数案の検討を経ることではじめて実効的なものとなる。

本件の場合、本件新設発電所は、石炭火力発電所の計画であるが、石炭火力発電所の目的である電気エネルギー供給をする方法は、他にも多くの選択肢がある。

火力発電所としても、天然ガス火力発電、バイオマス専燃火力発電があり、さらに、太陽光発電、風力発電といった再生可能エネルギー発電がありうる。

例えば、石炭火力発電所の場合、本件新設発電所で採用されたUSC（超々臨界圧発電）などの高効率の設備（国のいう「最良の技術」を用いた設備）であっても、発電電力1単位当たりの石炭火力発電からのCO₂排出量（CO₂排出係数740g-CO₂/kWh前後 本件新設発電所で 749g-CO₂/kWh）を排出することとなる。ところ、天然ガス火力発電は、現在のガスタービン複合発電（GTCC）でも、発電電力1単位当たりのCO₂排出量の係数は340g-CO₂/kWhが標準的となり、発電電力1単位当たりのCO₂排出量は、約1/2となる。

温排水の排出量も、天然ガス火力発電においては、石炭火力発電所の約1/2となる。

それだけでなく、天然ガス火力発電においては、硫黄酸化物とばいじんの排出はほぼゼロになり、PM_{2.5}もほぼゼロとなる。窒素酸化物の排出もほぼ半減し（乙8・1125頁）、光化学スモッグの可能性も大幅に削減される。

環境負荷の低減という観点からすれば、天然ガス火力発電の案と比較検討する

ことは欠かせない。

もちろん、バイオマス発電（専焼）、太陽光発電、風力発電などの再生可能エネルギー発電は、発電によってCO₂は排出しない。太陽光発電、風力発電では、硫酸化物、ばいじん、PM_{2.5}、窒素酸化物のいずれも排出されない。

天然ガス等の複数の燃料種による火力発電事業や風力発電等の再生可能エネルギー発電事業との比較検討は、環境影響を明らかにし、また、最善の措置を探り、総体として、環境影響を回避、低減する措置を探すために不可欠のものなのである。

既にみてきたように、PM_{2.5}による健康被害、光化学スモッグによる健康被害、温室効果ガスによる地球温暖化によって生じる豪雨災害・熱中症被害・漁業被害、温排水による漁業被害といった環境影響は、極めて重大なものであり、その被害を受ける利益の性質・被害の程度内容のいずれの点でも、極めて深刻なものである。

そうした重大かつ深刻な環境影響を、あるいは、完全に、あるいは半分以上に減らしつつ、同一の目的である、電気エネルギー供給を達成できる方法が存在しうる以上、ベスト追求型としての環境アセスメントの手続きにおいては、それらの複数案検討をしないことは、重大な瑕疵となる。

4 環境アセスメントにおける、市民・地方自治体意見、参加の意味（意思決定過程の透明化と実効的な参加による環境保全の実現）

また、環境アセスメントは、十分な情報公開と、住民、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの十分な対話を通じ、具体的な環境保全策を実現していくもの（意思決定過程の透明化と実効的な参加による環境保全の実現）である。

その点で、複数案検討は、極めて重要な意味を持つが、原判決はその点を看過した点でも、重大な誤りがある。

前述したように、環境アセスメントは、今日、環境に影響を及ぼす事業や施策が増加し、基準が設定されている項目の基準を満たすだけでは、環境を健全で恵

み豊かなものとして維持することも生物の多様性の確保も、さらには、人間の生命健康、生活環境の保全も、困難となってきた中、環境アセスメントによってその影響を明らかにすること、すなわち、事前に、環境影響について調査し、予測し、評価するという手続をとることによって、適切な環境保全策を実現していくというものである。

それ故に環境アセスメントは、ベスト追求型と言われるのであるが、そうであるとすれば、実体的な要件は、抽象的で規範的なものとなり、その該当性判断は、必ずしも容易ではない。そこで、事業者だけでなく、環境保全の観点から意見を有するものに広く意見を提出させ、そうした意見をどのように採用し、あるいは採用しなかったのかというプロセスをすべて明らかにするという、住民、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの十分な対話プロセスを取ることによって、判断過程を透明化する。そのことによって、適切な判断、適切な環境保全策を実現していくというものである。

そのためにも、本来の提案以外に、複数の代替案検討をすることは、極めて重要である。

なぜならば、一つの提案についての絶対的分析をするだけでは、具体的な対応策の検討も困難となる上、比較検討という相対的分析もできないので、住民、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの適切なコミュニケーションも困難となる。

他方、本来の提案以外に、複数の代替案検討をすることは、比較検討という相対的分析を可能とし、また、様々な環境保全のための選択肢が提示されることから、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの適切なコミュニケーション・対話を可能にすることになり、そうしたコミュニケーション・対話を通じて、より適正な環境配慮を実現していくことを容易にするからである。

その意味で、意思決定過程の透明化と実効的な参加は、環境アセスメントにおいては、もう一つの極めて重要な要素となっている（原科幸彦「環境アセスメントとは何か」岩波書店、原科氏は、そうした過程を、環境アセスメントの民主

性と呼び、それを環境アセスメントの重要な要素の一つとしている)。

意思決定過程の透明化と実効的な参加が環境アセスメントにおいては、もう一つの極めて重要な要素となっているという点は、環境影響評価法が「事業者は、(中略)第18条第1項の意見(準備書について環境の保全の見地からの意見を有する者が、所定の期間内に、所定の方法で、提出した意見)に配意して準備書の記載事項について検討を加え」ることを義務付け(同法21条第1項柱書き)、「第18条第1項の意見についての事業者の見解」の記載を求め(同法21条第2項4号)、準備書の段階でも、同様の規定を設けている(配慮義務・同法11条1項、応答義務・同法14条1項4号)など、他の法令(例えば都市計画法)と比較して、特別の手続き的配慮をしている点からも明らかである。

参加の程度・段階については、アメリカ合衆国の社会学者のシェリー・アーンシュタインの論文である「参加のはしご」¹がしばしば引用されるが、参加の保障にとっては、「意見を言うことができる」という規定だけでは不十分であり、そうした意見への配慮が義務づけられているかどうか、意見に対する応答が義務づけられているかどうか(意見をどう配慮したかなどのプロセスを书面化することを含む)によって、意味ある応答がされていくことになる。日本の現在の法律(形式的意味での法律をいう)の中で、このような「意味ある応答」を制度化しているのは、環境影響評価法だけである²。以上は、原告準備書面5・43-45頁に詳述しているところでもある。

したがって、本来の提案以外に、複数の代替案検討がされていないこと、その検討過程において、複数の代替案が示され、それをもとに、住民、環境保護団体や専門家、地方自治体関係者などとの十分なコミュニケーション・対話がされていないことは、環境アセスメントにおける重大な瑕疵となる。

¹ Sherry R. Arnstein 'A Ladder Of Citizen Participation' Journal of the American Institute of Planners 35, 216-224, 1969

² 原科幸彦「環境アセスメントと住民合意形成」廃棄物学会誌 13(3), 151-160, 2002-05-31・154頁(甲63)

その点、本件環境アセスにおいては、市民や地方自治体から、発電という目的を達成しうる、石炭火力発電所以外の選択肢について、複数案として検討することを求められたのにそれを行っていない。

そして、計画段階配慮における書面は、文献調査によって認められる資料によって取りまとめるものでいいので、複数案検討といっても、その検討の内容は重いものではなく、簡易アセスメント的なものにすぎず、本件事業者において準備することが十分に可能である。

ここでは、繰り返しになるが、市民意見が求める実行可能な環境影響回避策・低減策を採用したかが問題となるのではない。地域住民・環境問題の専門家、地方自治体が求めた、同一の目的を達成しうる、実行可能な、複数案を検討したかが問題となるのである。

計画段階配慮における検討がさほど重いものではないことと、そのプロセスにおける、透明化、双方向のコミュニケーションという点を踏まえると、少なくとも、地域住民・環境問題の専門家、地方自治体が求めた、複数案については、検討する必要がある。

ところが、本件においては、発電という目的を達成しうる、石炭火力発電所以外の選択肢について、複数案として検討していない。これは、環境アセスメントの重要な要素である民主性に反するものであり、また、地域住民・環境問題の専門家、地方自治体などとの意見交換という相互コミュニケーションを通じ、十分に環境影響を調査、予測、評価し、それによって、意思決定過程を透明化していくという点からも重大な問題である。

その点からも、本件において、発電という目的を達成しうる、石炭火力発電所以外の選択肢について、複数案として検討していないことは、重大な欠陥・瑕疵である。

ちなみに、本件では、原告準備書面6(3)で詳述したように、石炭を燃料とすることは神奈川県環境影響審議会の審議でも繰り返し問題視された。配慮書に対する神奈川県知事の意見でも県知事は、

「…設定した出力の規模及び燃料種の選定理由について、他の選択肢の検討経緯や環境保全の考え方と併せて明らかにするとともに、住民の理解が得られるよう、分かりやすく丁寧に説明すること」（乙8・377頁）

と要求した。ところが、こうした県知事意見にもかかわらず、事業者は方法書においても石炭を燃料として選択した理由について詳細に記述することはなかった。このため、県知事は方法書に関する意見書でも、再度、以下のように要求した。

「…について、天然ガスとの比較を適切に行い、優劣を総合的に明らかにした上で、石炭を燃料として選択した理由を具体的に準備書に示すこと。」（乙8・451頁）

ところが、こうした明確な意見の表明があったにもかかわらず、事業者は複数案の検討をしなかったのであり（詳細は上記原告準備書面6（3）のとおり）、その手続き的瑕疵は明白である。

5 手続的統制を通じた適正な環境配慮の実現、代替案検討をすることが環境アセスメントの核心的要素であること

以上からも明らかなように、環境アセスメントは、環境配慮をしたかどうかの実体的判断を、代替案検討を尽くしたかという手続的要件を満たしたかどうかという、手続的判断に置きかえることによって、司法審査を容易にするものであって（及川敬貴「環境配慮義務から代替案検討要件へ—アメリカ国家環境政策法（NEPA）の再評価—」（甲177号証））、ベスト追求型という環境アセスメントの基本的性質を実現するために極めて重要なものである。

同時に、本来の提案以外に、複数の代替案検討をすることは、一つの提案についての絶対的分析をするのではなく、比較検討という相対的分析を可能にすることになるので、住民との適切なコミュニケーション・対話を通じて、より適正な環境配慮を実現していくことを容易にするものであって、意思決定過程の透明化と実効的な参加による環境保全の実現という、環境アセスメントのもう一つの基

本的性質を実現するために極めて重要なものである。

その意味で、代替案検討をすることが環境アセスメントの核心的要素であるとされる（大塚直「環境法（第4版）」171頁）のであり、複数案検討は、手続的統制を通じ、適正な環境配慮を実現するために不可欠かつ重要なものである。

したがって、特に、当該事業について最善の環境保全策を取った場合よりも、環境影響を回避したり、低減したりする可能性がある事業がある場合には、それらの事業について、代替案として検討することが必要となる。

その点、前項においてみたように、本件新設発電所が引き起こしうる、硫黄酸化物、窒素酸化物による健康被害、ばいじん、特に、PM2.5による健康被害、光化学スモッグによる健康被害、温室効果ガスによる地球温暖化によって生じる豪雨災害・熱中症被害・漁業被害、温排水による漁業被害などの重大かつ深刻な環境影響は、天然ガス火力発電、バイオマス専燃火力発電、太陽光発電、風力発電といった再生可能エネルギー発電によって、あるいは完全に、そうでないとしても半分以下に減らすことができる。

他方、本件新設発電所において採用された、「最善の環境保全策」によっても、環境影響は、天然ガス火力発電、バイオマス専燃火力発電、太陽光発電、風力発電といった再生可能エネルギー発電の約2倍以上となり、環境影響の低減は極めて不十分なものとなる。

以上の通り、本件においては、当該事業について最善の環境保全策を取った場合よりも、環境影響を回避したり、低減したりする可能性がある事業があるから、それらの事業について、代替案として検討することが必要となる。

ところが、本件環境アセスでは天然ガスなどの代替燃料を選択することやバイオマス発電（専焼）、太陽光発電、風力発電などの再生可能エネルギー発電について、複数案として取り上げて調査、予測、評価していない。

これだけ明確に環境影響が異なる代替案が存在するのに、それらの案を複数案として検討しないことは、実行可能な範囲内で環境影響が回避され又は低減されているか否か、という検討をしていないものと言わざるをえない。

なお、ここでは、代替案検討を尽くしたかという手続的要件を満たしたかどうかという点が問題とされていることには注意されたい。

ここで問題となるのは、実行可能な環境影響回避策・低減策が取られたかではない。同一の目的を達成しうる、実行可能な、複数案が検討されたかである。

環境配慮をしたかどうかの実体的判断を、代替案検討を尽くしたかという手続的要件を満たしたかどうかという、手続法としての環境アセスメントにおける手続的判断に置きかえることによって、司法審査を容易にするとともに、住民との適切なコミュニケーションを容易にして、適正な環境配慮を実現するという環境アセスメントの本質から考えると、同一の目的を達成しうる、実行可能な、複数案が検討されていない以上、それだけをもって、重大な手続的瑕疵があると言わざるをえないのである。

なお、諸外国の環境影響評価制度でも、複数案の検討は環境アセス制度の核心とされている。原告準備書面（12）7頁以下で詳述したように、アメリカ合衆国の国家環境政策法（NEPA）では「提案行為の代替案」についての詳細な報告を要求している。

欧州でも同様に、EUの環境影響評価指令（2014年）の5条1項では、

「事業者が環境影響評価を実施しなければならない場合、事業者は環境影響評価報告書を作成し提示しなければならない。報告書には少なくとも以下の情報が含まれる。

- d) 事業者が調査した、事業とその特性に係る適切な代替案（the reasonable alternatives）に関する記述、および、事業が環境に及ぼす影響についての考慮のもとで行った選択についての主たる理由。」

と定めており、「適切な代替案」についての検討を必須としている。

この「適切な代替案の検討」の義務付けは、欧州各国の環境影響評価法において制度化されている（例えばドイツの環境影響評価法40条1項）。

6 計画段階配慮という時点・段階における、複数案検討の意味

さらに、計画段階配慮という時点・段階における、複数案検討をすることの意

味からしても、天然ガス等の複数の燃料種や風力発電等の再生可能エネルギーを検討しなかったことは極めて重大な欠陥である。

すなわち、環境影響評価法の2011年改正では、本件事業のような、環境影響の大きい事業について、環境影響を回避したり、十分に低減したりできるような別の事業案の検討をすることを可能とするため、事業実施前の計画検討の時点・段階において、事業を検討するに当たり、複数案を検討することを原則とし、それを含む計画段階配慮書を作成することを義務化した。

これは、環境省総合環境政策局環境影響評価課作成「改正環境影響評価法等について」（甲178号証）25頁において、その趣旨を説明している通り、それまでの、事業実施段階に入ってから環境アセスメントを開始する方法では、たとえば、全く別の立地の道路計画や空港計画などの検討の余地や、工場その他を複数立地の中から選択する事業などの検討の余地がなくなり、「柔軟な環境保全の視点が困難（より有効な生物多様性保全策が選択される可能性が低くなるなど）」であるので、事業計画が固まる前の段階において、同じ目的を達成しうる事業を複数検討するというものである。

また、あくまでも事業実施前の計画検討段階における検討であるので、位置・規模や配置・構造が異なる広範な複数案の検討をすることができ、また、それをするのが通常であるということによるものであった。

本件のような発電事業を営むという場合において、火力発電とするのか、太陽光・風力などの再生可能エネルギー発電とするのかは、大きな選択点である。また、火力発電とする場合も、燃料種について、石炭、天然ガス、バイオマス専燃などのいくつかの選択肢があり、そうした複数の選択肢の中から選ぶのが通常である。その選択のプロセスを表に出して、計画策定に先立って、市民や地元自治体とともに検討していこうというのが、計画段階配慮制度であり、計画段階配慮制度における複数案検討である。

本件の場合、事業者は、最初から石炭火力発電所と決め、煙突の高さだけの複数案を検討している。煙突の高さだけの問題ならば、事業実施段階でも検討

可能なものであり、計画段階で検討するものではない。

計画段階配慮制度において検討されるべきことは、発電という目的を達成しうる選択肢をできるだけ挙げ、それを比較検討することである。最初から石炭火力発電所と決めることは、計画段階配慮制度の趣旨を没却し、2011年の環境影響評価法改正の趣旨を理解しないものであって、適切ではない。

なお、天然ガス火力発電について、事業者は、設備を設けることが困難であることを挙げて、検討する必要がないとしている。

しかし、これは、本来、複数案検討した中で記述されるべきことである。複数案検討をしない理由とはならない。

その上、本件の場合、元々存在した火力発電所は、石油火力発電所であったので、石炭火力発電所を作った場合であっても、従来の設備を全て撤去し、一から設備を新設しなければならず、その点では、天然ガス火力発電所を作る場合と差異がない。新設発電所の燃料を石炭とする場合であっても、船からの石炭の積み下ろしやストックヤードなどの新たな設備の建設が必要になり、石炭灰の処理のための新たな施設も必要となる。天然ガスを燃料とする場合も同じで、LNG船からのガスの搬入やガスタンクなどの新たな設備が必要になる。

また、本件事業者は石油、石炭、天然ガスなど各種の燃料を使った火力発電事業を各地でおこなっており、他の場所では天然ガス火力発電所を建設・運用していた。さらに、天然ガス火力発電所は、さほど遠くないところに複数存在し、備蓄基地も存在するので、そこから天然ガスを送る設備を作ることも可能であって、天然ガス火力発電の設備ができないとも客観的に認められない。

また、太陽光発電、風力発電については、本件立地だけで考えれば、得られる発電量は少ないかもしれないが、そもそも立地・規模についての複数案を検討することが求められているのであって、他の立地なども併せ検討する複数立地などの選択によって、十分な発電量の確保も可能であり、現実的な選択肢となりうる。

なお、環境影響評価制度ではないが、ドイツにおける都市計画・建造物建築

許可・再開発についての法律である建設法典（Baugesetzbuch）の3条では、
「住民は、可能な限り早い時期に、計画の一般的な目標と目的、当該区域の再編成または発展として考えられる本質的に異なる解決、および計画で予測される影響に関し、公的に情報を知らされるものとし、意見を表明し議論を行う機会を与えられるものとする。」（下線は本件原告ら訴訟代理人がつけたもの）と定めている³。実効的な住民参加のためには、早期段階での本質的に異なる複数案の検討が不可欠としているのである。これもまた、案が確定してからでは、実効的な住民参加を実現して、より良い案への変更が困難になることから、早期（事業の計画段階・検討段階）での、複数案を、公開・参加のもとで検討することを義務付けるものである。

こうした法整備がされていることから、環境保全・景観保全のためには、早期（事業の計画段階・検討段階）での、複数案を、公開・参加のもとで検討することが必要不可欠であることが裏付けられる。

7 基本的事項告示及び発電所アセス省令3条1項の解釈

2011年法改正以前の日本の環境影響評価法は、特定の事業を実施することとなった段階で当該事業が及ぼす影響についての調査・予測・評価をするものとなされ、代替案（複数案）検討は、当該事業による環境影響を回避するための措置、低減するための措置等について、具体的に複数案を検討することが義務付けられた⁴（環境影響評価法第14条第1項第7号ロ）のみであった。

³ <http://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/>より

§3 Beteiligung der Öffentlichkeit

(1) Die Öffentlichkeit ist möglichst frühzeitig über die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung, sich wesentlich unterscheidende Lösungen, die für die Neugestaltung oder Entwicklung eines Gebiets in Betracht kommen, und die voraussichtlichen Auswirkungen der Planung öffentlich zu unterrichten; ihr ist Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung zu geben. Auch Kinder und Jugendliche sind Teil der Öffentlichkeit im Sinne des Satzes 1. Von der Unterrichtung und Erörterung kann abgesehen werden.

⁴ 環境影響評価法第14条第1項第7号ロにおいて、準備書の記載事項として、「環境の保全のための措置（当該措置を講ずることとするに至った検討の状況を含む。）」が定められ、それを受けた基本的事項の「環境影響の回避・低減に係る評価」において、「建造物の構造・配置のあり方、環境保全設備、工事の方法等を含む幅広い環境保全対策を対象として、複数の案を時系列に沿って又は並行的に比

この制度の元では、道路・空港開発であれば、特定の立地を前提として、その場における環境保全策（例えば、地下化や空港下のコウモリの生育地まで通路を作って保全するなどの策）を取ることはできず、抜本的な対策が取れなかった。本件の事業などで見れば、本件で事業者が行なったように、石炭火力発電所という枠組みの中で、最善の手段を探るという方法とならざるを得なかった。

しかし、それだと、重大な環境影響の回避が十分とならず、貴重な生物種の生息を困難にするような道路・空港開発において、他の立地を検討することもされなかった。それでは、政府でも「柔軟な環境保全の視点が困難（より有効な生物多様性保全策が選択される可能性が低くなるなど）」となる（環境省総合環境政策局環境影響評価課作成「改正環境影響評価法等について」（甲178号証）25頁）と評価され、重大な環境影響を回避し、実効的な低減策を取るために、より早い、事業計画が固まる前の段階において、同じ目的を達成しうる事業を複数検討することとされたのである。

この段階だと、同じ目的を達成できるが、位置・規模や配置・構造が異なる全く別の複数案の検討をすることができ、重大な環境影響を回避し、実効的な低減策が取られることが期待され、ベスト追求型としての環境アセスメントが機能することが期待された。

その制度の趣旨からいって、当該事業とは異なると評価できる内容を持った事業を、発案し、検討するという必要とするものである。

基本的事項は、この点、「計画段階配慮事項の検討に当たっては、第一種事業に係る位置・規模又は建造物等の構造・配置に関する適切な複数案（以下「位置等に関する複数案」という。）を設定することを基本とし、位置等に関する複数案を設定しない場合は、その理由を明らかにするものとする。」とする（基本的事項第一、一(3)）。これは主に、道路・空港などの事業を念頭に置いて、特定

較検討すること、実行可能なより良い技術がとり入れられているか否かについて検討すること等の方法により、対象事業の実施により選定項目に係る環境要素に及ぶおそれのある影響が、回避され、又は低減されているものであるか否かについて評価されるものとする」（旧基本的事項第二、五（3）のア）と定められていた。

の立地を前提とした計画では、より有効な生物多様性保全策が選択される可能性が低くなるなど、柔軟な環境保全が困難となるので、同じ目的を達成できるが、位置・規模や配置・構造が異なる全く別の複数案で、重大な環境影響を回避し、実効的な低減策が考えられる案を検討することを求めているものである。

また、発電所アセス省令では、上記の基本的事項と同様に、「計画段階配慮事項についての検討に当たっては、第一種事業に係る発電設備等の構造若しくは配置、第一種事業を実施する位置又は第一種事業の規模に関する複数の案（…）を適切に示すものとする。」（発電所アセス省令3条1項）としている。これも同じ趣旨によるものであって、同じ目的を達成できるが、位置・規模や配置・構造が異なる全く別の複数案で、重大な環境影響を回避し、実効的な低減策が考えられる案を検討することを求めているものである。

上記の基本的事項と発電所アセス省令では、検討する複数案の内容について「適切な」という限定が付されていることからわかるように、設定する複数案は環境負荷の回避・低減を図るうえで実質的な意味を持つものでなければならない（原告準備書面6（3）・32頁）。一般的に言えば、環境影響が重大であればあるほど、より密度の濃い、より広範な代替案の検討が必要であり、環境負荷を回避・低減するうえで効果が高い案について検討する必要性が高まる、と言える。

文理解釈としても、燃料種の選択は発電設備等の「構造」に直結する。したがって、燃料種の検討や他の発電方式の検討は基本的事項や発電所アセス省令がいう「構造」に関する複数案の検討に含まれる。

仮に、基本的事項や発電所アセス省令がいう「構造」には含まれないとしても、複数案の比較検討を通じて環境負荷を回避・低減しベストを追求する、また複数案を提示することにより意思決定過程の透明化と実効的な参加によって環境保全を実現する、という環境影響評価法の趣旨、及び、計画段階における適切な複数案検討が要求されている趣旨に照らせば、本件において天然ガスを燃料とする代替案などの検討は不可欠である（原告準備書面14・19頁以下）。

原判決は、この点、発電所アセス省令の理解を誤るものである。

なお、この点、一審で被告（本審の被控訴人）が提出した「環境影響評価法に基づく基本的事項に関する技術検討委員会」の報告書（乙40号証）においても「制度の運用の中で、『事業の早期段階において関係者の意見を聴くとともに事業の実施に伴う重大な環境影響を回避又は低減するという配慮書手続の趣旨を踏まえ、複数案を設定・検討することの意義及び重要性』について周知徹底し、事業者及び地方公共団体に働きかける必要がある。」としている（2018年（平成30年）11月）ことは留意されるべきである。

8 小括

以上の通り、本件においては、本件環境アセスの計画段階配慮事項における複数案として、石炭火力発電事業以外に、天然ガス火力発電、バイオマス専燃火力発電があり、さらに、太陽光発電、風力発電といった再生可能エネルギー発電を検討しなかった点は、重大な欠陥・瑕疵である。また、それによって害される利益の性質、内容、侵害の程度が重大かつ深刻である。したがって、本件確定通知の手続的な瑕疵は重大であり、取り消しは免れない。

9 被控訴人の責任

事業者は、本件環境アセスにおいて、燃料種の選択に係る複数案検討をおこなわなかった。なぜ事業者はこうした態度をとり続けたのか。それは、被控訴人（経済産業省）が事業者のこうした対応を容認する姿勢を見せていたためである。被控訴人（経済産業省）は、地域住民だけでなく県知事も石炭を燃料として採用することを問題視していることを知っていたし、環境省担当者からもその点について厳しい質問を何度も受けていた（原告準備書面16・4頁以下）。ところが、被控訴人（経済産業省）は事業者に対して代替燃料に関する検討を促そうとせず、極めて抽象的に「長期的な二酸化炭素排出削減対策について、所要の検討を行い、事業者として適切な範囲で必要な措置を講ずること」（配慮書に対する経済産業大臣意見）などの指摘を行うにとどまった（原告準備書面6（3）・10頁）。そして、最後には本件確定通知によって適切な複数案検討を欠く本件環境

アセスを追認したのである。

環境アセスにおいて核心的な意味を持つ複数案検討を実質的に放棄することを容認した被控訴人（経済産業省）の責任は非常に重大である。その点からみても、本件確定通知の手続的な瑕疵は重大であり、取り消しは免れない。

第2 「裁量」をめぐる議論について

1 環境アセスメント手続きについての事業者の前提としての、新潟水俣病訴訟判決から導かれる事業者の環境保全についての義務厳格責任とその行政法規化（調査義務、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務の行政法規化）

（1）新潟水俣病訴訟判決の厳格責任

日本法上、環境アセスメントを実施する手続きの主催者は、事業者とされているが、これは、人の生命や健康、財産や農林水産資源を含む生活環境に重大な危害を加えるおそれがある場合に事業者が負うべき民事上の義務をさらに展開したものである。

人の生命や健康、財産や農林水産資源を含む生活環境に重大な危害を加えるおそれがある場合に事業者が負うべき注意義務についてのリーディングケースは、四大公害訴訟の一つ、新潟水俣病訴訟判決（新潟地判昭和46年9月29日判例時報642号96頁）の以下の判示である。

「およそ、化学工業を営む企業（以下「化学企業」という。）の生産活動においては、日進月歩に開発される化学技術を応用して大量に化学製品を製造するものである以上、その化学反応の過程において、製品が生成されるかたわらいかなる物質が副生されるかも知れず、しかもその副生物のなかには、そのまま企業外に排出するときは、生物、人体等に重大な危害を加えるおそれのある物質（以下「有害物質」という。）が含まれる場合もありうるから、化学企業としては、これらの有害物質を企業外に排出することがないよう、常にこれが製造工場を安全に管理する義務があるというべきである。

したがって、化学企業が製造工程から生ずる排水を一般の河川等に放出して処理しようとする場合においては、最高の分析検知の技術を用い、排水中の有害物質の有無、その性質、程度等を調査し、これが結果に基づいて、いやしくもこれがため、生物、人体に危害を加えることのないよう万全の措置をとるべきである。そして、右結果回避のための具体的方法は、その有害物質の性質、排出程度等から予測される実害との関連で相対的に決められるべきであるが、最高技術の設備をもつてしてもなお人の生命、身体に危害が及ぶおそれがあるような場合には、企業の操業短縮はもちろん操業停止までが要請されることもあると解する。」

同判決は、「人の生命健康・生活環境に重大な危害を加えるおそれがある」事業を営む場合の事業者の注意義務について、従来の大阪アルカリ事件の法理を変更し、そのような事業者は、「最高の技術を用いて調査し、これが結果に基づいて、生物、人体に危害を加えることのないよう万全の措置をとるべき」「右結果回避のための具体的方法は、その有害物質の性質、排出程度等から予測される実害との関連で相対的に決められるべきであるが、最高技術の設備をもつてしてもなお人の生命、身体に危害が及ぶおそれがあるような場合には、企業の操業短縮はもちろん操業停止までが要請されることもある」との厳格な注意義務を負うことを判示した。この判決が示した法理はその後の「人の生命健康・生活環境に重大な危害を加えるおそれがある」事業を営む場合の事業者の注意義務について、指導的法理として機能してきた。

(2) 環境基本法及び環境影響評価法による、新潟水俣病訴訟判決が示した、調査義務、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務の行政法規化

新潟水俣病訴訟判決が示した法理は、民事法上の法理であるが、その考え方は、環境基本法3条、14条の定め反映され、行政法規化していった。そして、環境影響評価法の制定、特に、環境影響評価法33条の定めによって、明示的に行政法規化した。

すなわち、

環境基本法は、「環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の健康で文化的な生活に欠くことのできないものであること」及び「生態系が微妙な均衡を保つことによって成り立っており（中略）限りある環境」が「人類の存続の基盤である」（3条）、「人の健康が保護され、及び生活環境が保全され、並びに自然環境が適正に保全されるよう、大気、水、土壌その他の環境の自然的構成要素が良好な状態に保持されること」「生態系の多様性の確保、野生生物の種の保存その他の生物の多様性の確保が図られるとともに、森林、農地、水辺地等における多様な自然環境が地域の自然的社会的条件に応じて体系的に保全されること」「人と自然との豊かな触れ合いが保たれること」が確保されなければならない（14条）と定める。

そして、こうした環境が、人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、「環境の保全は、（中略）、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に行われなければならない。」（3条）、「環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として、行われなければならない。」（4条）と定める。

これらの定めは、「人の生命健康・生活環境に重大な危害を加えるおそれがある」場合には、「未然に」しかも「現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に」行わなければならないとする点で、新潟水俣病訴訟判決が示した法理（未然防止原則）を広く、行政法上も採用したものである。

そして、環境影響評価法はそうした環境基本法によって定められた、「人の健康が保護され、及び生活環境が保全され、並びに自然環境が適正に保全されるよう、大気、水、土壌その他の環境の自然的構成要素が良好な状態に保持されること」などの確保のための施策として、「あらかじめ」「その事業に係る

環境の保全について適正に配慮することを推進するため」（環境基本法20条）設けられたものであるが、環境影響評価法33条1項において「対象事業に係る免許等を行う者は、当該免許等の審査に際し、評価書の記載事項及び第24条の書面に基づいて、当該対象事業につき、環境の保全についての適正な配慮がなされるものであるかどうかを審査しなければならない。」と、環境影響評価法の定める環境影響評価の対象となるすべての事業についての行政法に、事前に「環境の保全についての適正な配慮」をしなければならないとの要件を横断的に追加した。

しかも、環境影響評価法3条は、「環境への負荷をできる限り回避し、又は低減することその他の環境の保全についての配慮が適正になされるように」と、ミティゲーションの責務（環境影響をできる限り回避し、それができない場合は、できる限り低減し、それができない場合は、代償措置を講じる責務）を定めた。

これは、新潟水俣病訴訟判決が示した、「最高の技術を用いて調査し、これが結果に基づいて、生物、人体に危害を加えることのないよう万全の措置をとるべき」「右結果回避のための具体的方法は、その有害物質の性質、排出程度等から予測される実害との関連で相対的に決められるべきであるが、最高技術の設備をもつてしてもなお人の生命、身体に危害が及ぶおそれがあるような場合には、企業の操業短縮はもちろん操業停止までが要請されることもある」という法理、すなわち、調査義務、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務を、明示的に行政法規化したものといえる。

ちなみに、アメリカ合衆国の水質保全法404条、種の保存法10条及びそれに基づく連邦規則は、実体法規定として、明示的に、環境に影響を及ぼす事業は、環境影響を回避することがされ、低減され、それができない場合には代償措置などを取らなければならないと定め、それらができない場合は、事業は許可されない＝事業は中止となることを原則とすると定めている（アメリカ合衆

国水質保全法404条⁵及びそれに基づく連邦規則⁶40 CFR 230.10(d), 230.91 (c) (2), 230.93 (a) (1)、種の保存法⁷9条、10条(a) (2))。湿地（アメリカ合衆国水質保全法）、貴重生物種の生息地（アメリカ合衆国種の保存法）の保全のための厳格な法規制があるのである。

ドイツでも、連邦自然保護法⁸13条は、自然及び景観への影響（侵害）について、以下のように原則的な回避義務を規定している。

「自然及び景観に対する大きな影響は、第一に回避しなければならない。

回避できない大きな影響は、回復及び代償措置を講じ、それが不可能なときは金銭的な補償をおこなわなければならない。」

この連邦自然保護法の定めは、土地の改変行為一般に適用される。同法が定める保護義務には、舗装された土地の自然への回復（同法1条3項2号）、空気の流れや気候の保護（同項4項）、建造物を含む歴史的に形成された文化的景観の保全（同法1条4項1号）も含まれる。

日本法上も、環境基本法及び環境影響評価法において、新潟水俣病訴訟判決が判示した法理が行政法化されたことを考えると、少なくとも、新潟水俣病訴訟判決が対象としたような、「人の生命健康・生活環境に重大な危害を加えるおそれがある」場合には、そのような事業については、第一に、及ぼす環境影響を調査する義務があり、第二に、未然に、環境影響を回避することがされ、低減され、それができない場合には代償措置などを取らなければならないものとされ、第三に、それらができない場合は、事業はできないという中止を含む厳格な注意義務という内容の実体規制があると考えられる。

5 <https://www.epa.gov/cwa-404/overview-clean-water-act-section-404> ちなみに、アメリカ合衆国の水質保全法は、一般に、clean water act と呼ばれ、アメリカ合衆国環境保護庁もそのようにしている (<https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-water-act>) が、正式名は、the Federal Water Pollution Control Actである。

6 https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-03/documents/cwa_section404b1_guidelines_40cfr230_july2010.pdf

7 <https://www.fws.gov/international/pdf/esa.pdf>

8 https://www.gesetze-im-internet.de/bnatschg_2009/

2 環境アセスメント手続を尽くすべき事業者の義務

上記の通り、環境アセスメントは、人の生命や健康、財産や農林水産資源を含む生活環境に重大な危害を加えるおそれがある場合に事業者が負う、未然防止義務、中止を含む厳格な注意義務（実体的義務）を、調査を尽くす義務、未然防止義務としてのミティゲーション検討義務、影響次第での中止措置検討義務といった手続的義務に置き換えたものといえる。調査を尽くす義務、未然防止義務としてのミティゲーション検討義務、影響次第での中止措置検討義務との関係では、相対比較の重要性が、環境影響評価制度を最初に法制度化したアメリカ合衆国では最初から明示されていた。すなわち、NEPA 102条(2)(c)(iii)は、複数の代替案検討を義務付け、一つの提案についての絶対的分析をするのではなく、比較検討という相対的分析をすることによって、環境影響についての比較検討、ミティゲーション措置についての検討などを、よりわかりやすいものとし、意思決定過程の透明化と実効的な参加によって環境保全を実現し、かつ、ベストを追求する、ことを容易にし、手続き面での義務を課することによって、実体的義務の実効的な実現を図っていったのである。

では、具体的な事案について、事業者が尽くすべき、環境アセスメントの義務はどのようにして定まっていくのであろうか。

事業がもたらす環境影響は、事業ごとにある程度類型化は可能だとしても、地域の環境条件、事業の内容、規模が全ての事案ごとに異なってくるので、事業者が尽くすべき環境アセスメントの内容も事業ごとに異なる。それを事前に一律に定めることはできないので、事前に示せるのは、類型ごとの参考となる手法である。

事業者は、主務省庁が定めた参考となる手法についての規定を参照しながら、それぞれの土地・環境などの特性を見極め、それについての概要と、対象事業と同じ目的を達成しうる複数の案を示し、それに対し、地域の特性に詳しい住民・専門家・地方自治体などと意見交換をして、どのような調査をするかを決定していく。その意味では、事業者がどのような項目についてどのような内容の環境ア

セスメントを尽くすべきかは、自らの調査はもちろん、関係者から出された意見をもとに特定されていくのである。

資料はすべて公開で示され、議論も公開されていく。事業者が環境配慮をするべき実体的義務の内容について、ある程度は行政法規で規定することは可能だとしても、最終的には、事案ごとの個別判断となり、民事訴訟における、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における注意義務違反の有無、あるいは、差止訴訟における違法な権利侵害の有無といった、要件該当性判断の問題となる。

この場合、専門的要素を含み、かつ、抽象的であるからといって、裁判所の判断になじまないということはない。

実体的な環境保全義務に結びつく、環境アセスメント手続を尽くすべき義務の違反の有無についても、同様に、裁判所が判断すべきものであり、行政庁に委ねるべきものではない。

3 電気事業法46条の17第1項の「環境の保全についての適正な配慮がなされることを確保するため特に必要があり、かつ、適切と認めるとき」との要件該当性判断について

事業者が、環境アセスメント手続を尽くすべき義務を怠っている場合、その義務違反が重大なものである場合は、「環境の保全についての適正な配慮がなされることを確保するため特に必要があり、かつ、適切と認めるとき」と判断される。

なぜなら、環境アセスメントは、抽象的な実体的義務違反の有無の判断を、より判断のしやすい手続的義務の履行の有無という問題に置き換えたので、手続的義務の履行がされない以上、実体的義務違反として取り扱う必要があるからである。

それに対し、原判決は、「多方面にわたる科学的、専門技術的知見に基づく総合的判断が必要とされる」（原判決125頁）との理由で、この要件該当性判断について、「経済産業大臣の合理的な裁量に委ねられる」とした。

しかし、第一に、環境アセスメントは、ベスト追求のため、意思決定過程の

透明化と実効的な参加によって環境保全を実現するというものであり、多方面にわたる科学的、専門技術的知見に基づく検討は、環境アセスメント手続の過程においてなされるべきことである。環境アセスメント手続の過程において、さまざまな意見が出され、そこで、事業者との応答がないまま、電気事業法46条の17第1項の要件該当性判断の場面だけで、しかも、公にされない形で、科学的、専門技術的知見に基づく検討がされることは、環境アセスメント手続とは全く異質のものである。それが、「経済産業大臣の合理的な裁量に委ねられる」ことの理由にはならない。

第二に、電気事業法46条の17第1項の要件該当性判断にあたり、「経済産業大臣の合理的な裁量に委ねられる」ことを基礎付けるような「科学的、専門技術的知見に基づく検討」を制度的に担保する仕組みは存在しない。経済産業大臣が、電気事業法46条の17第1項の要件該当性判断をするに先立って、科学的、専門技術的意見を有する専門家の意見を聴取する制度はない。その上、本件環境アセスにおいて、どのような専門家に意見聴取をし、どの専門家がどのような意見を述べたのかといった事実も公表されていない。現在の制度上も、また、本件環境アセスの運用上も、「経済産業大臣の合理的な裁量に委ねられる」ことを基礎付けるような「科学的、専門技術的知見に基づく検討」はされていない。

そもそも、多方面にわたる科学的、専門技術的知見に基づく総合的判断が必要だという点だけから、裁量は基礎付けられない。その点は、最判平成25年4月16日民集67巻4号1115頁が、水俣病に罹患しているかどうかの判断について、「医学的判断のみならず、患者の原因物質に対するばく露歴や生活歴及び種々の疫学的な知見や調査の結果等の十分な考慮をした上で総合的に行われる必要がある」として、専門的知見に基づく総合的判断であることを当然の前提とした上で、「この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではない」としていることが参照されるべきである。

以上