

# 抽象的作為請求としてなされた放射性物質の 除去請求における訴えの適法性

池 田 愛

## 目 次

- 第1章 はじめに
  - 第1節 問題の所在
  - 第2節 議論状況
- 第2章 関連裁判例の紹介と分析
  - 第1節 関連裁判例の紹介
  - 第2節 関連裁判例の整理・分析
- 第3章 検 討
  - 第1節 請求の特定に関する問題について
  - 第2節 強制執行の可否に関する問題について
  - 第3節 その他——抽象的不作為請求と作為請求の相違について
- 第4章 おわりに
  - 第1節 私見のまとめ
  - 第2節 派生問題の提示と試論

## 第1章 はじめに

### 第1節 問題の所在

近年、2011年3月11日の東日本大震災による東京電力福島第一原子力発電所の事故によって放出された放射性物質に関して、その除去を求める訴えが数件提起されている。これらの訴えは、たとえば、「放射性物質を毎時 $0.04\mu\text{Sv}$ まで除去せよ」とか、「放射性物質を全て除去せよ」といったように、放射性物質の除去にあたって被告がなすべき具体的作為内容を特定することなく、「抽象的作為請求」という形式で提起されているのであるが、このような訴えに対して、裁判所の判断は、訴えの適法性を欠くことを理由に却下するものが

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
相次いでなされている（詳しくは、第2章第1節にて後述）。

すでに、筆者は、放射性物質の除去請求に関する裁判例の1つ（仙台高判平成30年3月22日判時2397号44頁<sup>①</sup>）につき、評釈の機会を与えられ<sup>1)</sup>、放射性物質の除去請求につき訴えを却下した右判決の結論に対し批判的な考察を行った。しかしながら、そこでは、紙幅の関係上、関連する別の裁判例を詳細に取り上げることができず、また、議論を展開するにあたって省略せざるを得ない部分もあった。本稿は、この判例評釈の補足を兼ねて、改めて、抽象的作為請求として提起された放射性物質の除去請求における訴えの適法性について、検討を試みるものである。

この問題の検討に入る前に、まずは問題の所在を明らかにするため、抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求一般について、「訴えの適法性」の問題としてなされてきた議論の概要を確認しておきたい。

第1に、抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求における訴えの適法性の問題の1つとして議論されてきたものとして、【①請求（訴訟物）の特定】の問題がある。

そもそも、請求は、訴状における請求の趣旨および原因の記載によって特定される（民訴133条2項2号参照）。請求の特定が欠けている場合で、裁判所の釈明等を通じてその後特定がなされないときは、訴えは不適法となり却下される。このように請求の特定が求められる趣旨は、審理の対象・範囲を明確にして、適切・迅速な訴訟指揮を行うために必要不可欠であり、また、被告において十分に防御権を行使するためにも必要となるほか、訴訟上の請求（訴訟物）は、既判力の客観的範囲、重複訴訟を禁ずべき訴訟係属の存否、当事者適格の有無、事物・土地管轄の有無、訴えの併合・変更の有無等の判断を行うために重要な観点となるからであるといわれている<sup>2)</sup>。

請求を特定する責任は原告にあるとされるが、一体どの程度まで請求を特定

---

1) 拙稿「判批」私法判例リマークス60号106頁以下（2020）。

2) 訴訟物の特定については、柏木邦良「訴訟物の特定」小山昇ほか編『演習民事訴訟法（上）』189頁、190頁（青林書院、1973）等を参照。

しなければならないのかについては、現行民事訴訟法においてその基準を定める明文の規定が存在しないことから、議論がある。とりわけ、本稿と関係する、抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求においては、たとえば、「60ホン以上の騒音が侵入しないよう防音設備をせよ」（抽象的作為請求）とか、「60ホン以上の騒音を侵入させてはならない」（抽象的不作為請求）というような、被告がなすべき義務内容を具体的に特定していない請求について、請求が十分に特定しているといえるのかが議論されてきた。

第2に、【①請求の特定】の問題と併せて、抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求における訴えの適法性の問題の1つとして議論されてきたものとして、抽象的作為あるいは抽象的不作為を命ずる判決は、【②強制執行が可能であるか】という問題がある<sup>3)</sup>。

この問題には、給付訴訟は、その請求認容判決を債務名義として、強制執行による給付の実現を予定していることから、取得される給付判決の主文が強制執行を可能にする程度に特定性を有する必要があるという前提がある<sup>4)</sup>。そして、このことから、請求として特定しているとしても、強制執行可能な程度に特定されていないものであれば、執行不能の給付を求める請求であるから、結局、不適法な訴えということになるのではないか、を論じるものである。

---

3) このように、抽象的不作為請求における訴えの適法性の問題には、①請求の特定と、②強制執行の可否の2つの問題があることを指摘するものとして、田中豊「判解」最判解民事篇平成7年度（下）749頁。また、同749頁は、抽象的不作為請求に関する問題として、このほかに、③強制執行の方法として代替執行によることができるか、間接強制のみが認められるかといった問題もあるが、これは訴えの適法性の問題ではなく、執行方法の問題と位置づけている。

4) たとえば、原強「判批」別冊ジュリスト226号71頁（2015）は、権利確定機関と権利執行機関の分離により、執行機関は、実体法上の問題につき判断することなく、債務名義上の給付義務を執行することを求められており、債務名義上の給付義務は、当然のことながら、執行機関が直ちに執行し得る程度に一義的に明確であることが要求されているとする。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

## 第2節 議論状況

抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求における訴えの適法性の問題は、これまで、たとえば騒音や大気汚染等といった公害または生活妨害の被害者による差止請求の可否の問題として、活発な議論が行われてきた。

この問題に関する学説上の現在の傾向としては、抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求の訴えの適法性を肯定する説が多数となっている<sup>5)</sup>。

裁判例上は、差止請求の可否に関して、とりわけ抽象的不作為請求の訴えの適法性が問題になったものが多く<sup>6)</sup>、これと比較して、抽象的作為請求の訴え

- 
- 5) 大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』209頁以下（日本評論社、1973）、沢井裕『公害差止の法理〔環境法論集Ⅰ〕』153頁、154頁（日本評論社、1976）、竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論——名古屋新幹線訴訟判決を機縁として」判タ428号27頁以下（1981）、松本博之「抽象的不作為命令を求める差止請求の適法性」自由と正義34巻4号29頁以下（1983）、松浦馨「差止請求権の強制執行」三ヶ月章ほか編『新版 民事訴訟法演習2』274頁以下（有斐閣、1983）、中野貞一郎「非金銭執行の諸問題——起訴責任の分配をめぐって」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（12）』457頁以下（日本評論社、1984）、上村明広「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟（2）』273頁以下（弘文堂、1984）、同「差止請求訴訟の訴訟物に関する一試論」岡山大学法学会雑誌28巻3＝4合併号335頁以下（1979）、井上治典「請求の特定」井上治典＝伊藤眞＝佐上善和『これからの民事訴訟法』47頁以下（日本評論社、1984）、佐上善和「公害環境問題と差止訴訟の課題」ジュリスト866号44頁以下（1986）、横浜弁護士会編『差止訴訟の法理と実務』63頁以下（第一法規出版株式会社、1994）〔鈴木繁次〕、猪股孝史「差止請求・執行論の素描」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題（下）』965頁以下（有斐閣、1996）、金炳学「生活妨害における抽象的差止請求に関する訴訟物の特定と執行方法について（1）～（3・完）」早稲田大学大学院法研論集99号117頁以下、100号75頁以下（2001）、101号51頁以下（2002）、川嶋四郎「第4章 抽象的差止請求の適法性論」同『差止救済過程の近未来展望』104頁以下（日本評論社、2006）、同「第6章 差止的救済過程における審理構造論」同『差止救済過程の近未来展望』148頁（日本評論社、2006）、安永祐司「抽象的不作為請求・判決と強制執行に関する考察（一）～（五・完）」法学論叢183巻5号35頁以下、184巻3号24頁以下（2018）、184巻6号54頁以下、185巻3号53頁以下、185巻6号53頁以下（2019）等。
- 6) 抽象的不作為請求の可否が問題となった裁判例として、横田基地騒音公害訴訟（第1次・第2次）〔原審：東京高判昭和62年7月15日判時1245号3頁、最高裁：最判平成5年2月25日判時1456号53頁〕、国道43号線公害訴訟〔1審：神戸地判昭和〆

の適法性につき問題となった事案<sup>7)</sup>は少ない。抽象的不作為請求の訴えの適法性の判断については、不適法とした下級審裁判例<sup>8)</sup>もあるが、適法性を肯定する最高裁判決<sup>9)</sup>がなされたこともあり、現在は、下級審裁判例も適法性を肯定する傾向<sup>10)</sup>にあるといえる。

- ▽61年7月17日民集49巻7号2014頁、2審：大阪高判平成4年2月20日民集49巻7号2409頁、最高裁：最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁)、東海道新幹線訴訟〔1審：名古屋地判昭和55年9月11日判時976号40頁、2審：名古屋高判昭和60年4月12日下民集34巻1=4号461頁)、千葉川鉄大気汚染公害訴訟〔千葉地判昭和63年11月17日判時平成元年8月5日号161頁)、小松基地騒音公害訴訟〔金沢地判平成3年3月13日判時1379号3頁)、西淀川大気汚染公害訴訟(第1次)〔大阪地判平成3年3月29日判時1383号22頁。ただし、その判決理由中において、「原告らの右請求は、一定の結果を生じさせないこと、即ち、被告らが何らかの措置を行うこと(作為)により、原告らの居住地における汚染濃度を一定の数値以下の状態となること(結果)を求めるものであり、結局、被告らに対して、右何らかの措置、即ち、作為を求めるものに他ならないもの」と解されている)、倉敷大気汚染公害訴訟〔岡山地判平成6年3月23日判時1494号3頁。なお、西淀川大気汚染公害訴訟(第1次)と同じく、本件差止請求は、「被告らの行為により、大気汚染物質の濃度を一定の数値以下の状態におくという作為を求めるものに外ならない」との言及がある)、西淀川大気汚染公害訴訟(第2次~第4次)〔大阪地判平成7年7月5日判時1538号17頁)、川崎大気汚染公害訴訟(第1次)〔横浜地川崎支判平成6年1月25日判時1481号19頁)、(第2次~第4次)〔横浜地川崎支判平成10年8月5日判時1658号3頁)、尼崎大気汚染公害訴訟〔神戸地判平成12年1月31日判時1726号20頁)、名古屋南部大気汚染公害訴訟〔名古屋地判平成12年11月27日判時1746号3頁)、東京大気汚染公害訴訟(第1次)〔東京地判平成14年10月29日判時1885号23頁)がある。

7) 抽象的作為請求の可否が問題となった裁判例として、名古屋高判昭和43年5月23日下民集19巻5・6号317頁がある。

8) 前掲注(6)のうち、国道43号線公害訴訟・1審判決(昭和61年)、横田基地騒音公害訴訟(第1次・第2次)・原審判決(昭和62年)、千葉川鉄大気汚染公害訴訟(昭和63年)、西淀川大気汚染公害訴訟(第1次)(平成3年)、川崎大気汚染公害訴訟(第1次)(平成6年)、倉敷大気汚染公害訴訟(平成6年)。

また、抽象的作為請求につき判断した、前掲注(7)名古屋高判昭和43年も、傍論ではあるが、請求の特定を欠き、「執行不能のそしりを免れ得ない」とする(なお、1審〔名古屋地判昭和42年9月30日下民集18巻9・10号964頁)は特に請求の特定について問題とすることなく、請求を認容していた)。

9) 前掲注(6)横田基地騒音公害訴訟(第1次・第2次)(平成5年)、国道43号線公害訴訟(平成7年)。

10) 前掲注(6)のうち、東海道新幹線訴訟・1審判決(昭和55年)および2審判

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

抽象的作為請求あるいは抽象的不作為請求における訴えの適法性の問題につき、このような状況にある中で、近年にみられる「放射性物質の除去請求」は、これまで論じられてきた公害または生活妨害事例とは異なる新たな事例類型<sup>11)</sup>として、「抽象的作為請求」の形式において、訴えの適法性が問題となったものである。それゆえに、「放射性物質の除去請求」における訴えの適法性の問題は、「抽象的作為請求における訴えの適法性」の議論のための新たな素材を提供するものと思われることから、本稿の主題として取り上げることとした。

## 第2章 関連裁判例の紹介と分析

抽象的作為請求として提起された「放射性物質の除去請求」における「訴えの適法性」の問題に関して検討を行うためには、そもそも「放射性物質の除去請求」という事例類型において、訴えの適法性とどの様な事項が問題となりうるのか、すなわち、どの様な事項が訴えの適法性を否定する事項として主張され、争われるのかを明らかにする必要がある。そこで、まずは、第1節において、放射性物質の除去請求における訴えの適法性が問題となった裁判例を紹介し、次に、第2節において、各事件で訴えの適法性の問題として

---

11) 決（昭和60年）、小松基地騒音公害訴訟（平成3年）、国道43号線公害訴訟・2審判決（平成4年）、西淀川大気汚染公害訴訟（第2次～第4次）（平成7年）、川崎大気汚染公害訴訟（第2次～第4次）（平成10年）、尼崎大気汚染公害訴訟（平成12年）、名古屋南部大気汚染公害訴訟（平成12年）、東京大気汚染公害訴訟（平成14年）。

11) 従来論じられてきた公害または生活妨害（たとえば騒音・振動等）の問題は、原因行為の継続によって発生する問題であったのに対して、本稿の対象となる放射性物質の除去請求事件では、放射性物質の排出行為は1回で終了している（ように見えるが、放射性物質が拡散して土壤等に付着し、それ自体が発生源となり、継続的に原告の権利を侵害している）点に事件の特殊性があるといわれる。神戸秀彦「生業判決の原状回復請求について」環境と公害47巻3号38頁（2018）、片岡直樹「放射能汚染除去に関する民事裁判が提起する法の課題」現代法学31号35頁（2016）、長島光一「原状回復請求訴訟における特定——除染請求の可否をめぐる——」拓殖大学論集21巻1号79頁（2018）を参照。

なお、神戸・同注38頁によれば、放射性物質の除去請求は、結果除去請求権の1つで、作為を求めるようだが、「結果」から生じる侵害が継続する限り、実質的には不作為を求めるものであり、抽象的不作為請求と実質的に同じであるとされる。

挙げられた事項を整理し、確認することとする。

## 第1節 関連裁判例の紹介

【①事件】福島県いわき市山林の放射性物質除去請求訴訟

〔事実の概要〕

福島県いわき市に存在する各土地（以下、本件土地）を所有する原告（海外企業および国内企業への経営コンサルティング業務等を目的とする株式会社）が、福島第一原子力発電所の事故により放出された放射性物質による本件土地の汚染を主張して、被告（東京電力。以下、東電とする）に対し、所有権に基づく妨害排除請求権に基づき、本件土地付近に存在する放射性物質の量を毎時0.046 $\mu$ Svとなるまで除去するよう求めた事案である<sup>12)</sup>。

その請求の趣旨は、「被告は、別紙物件目録記載の土地を汚染した放射性物質を毎時0.046マイクロシーベルトまで除去せよ。」となっていた。

〔1審：東京地判平成24年11月26日判時2176号44頁〕 請求棄却

まず、被告が、請求の実現不可能性を主張したことに対して、「……本件土地の空間放射線量率を毎時0.046 $\mu$ Svまで除染することがおよそ不可能であるとまで認めるに足りる証拠はない。〔以下、判旨抜粋部分における下線部はすべて執筆者による〕」とする。さらに、なお書きにおいて、放射性物質を除去する方法が特定されていないことから、請求が不特定であるとする被告の主張に対しても、「本件では、請求の趣旨において被告が履行すべき給付内容は、『本件土地を汚染した放射性物質を毎時0.046マイクロシーベルトまで除去すること』と一義的に特定されているから、上記被告の主張に理由がないことは明

---

12) この数値は、震災前における福島市内の空間放射線量率の最大値を基準にしたものといわれている（匿名コメント・判時2176号44頁（2013））。

①事件では、訴えの適法性と、本件請求が社会的に妥当な範囲を逸脱したものであるか否か（権利濫用にあたるか）が争点となった。このうち、訴えの適法性について、被告は、放射性物質の除去方法について特定されていないが、それはその方法が現在確立していないからであるとして、主に実現不可能性を理由に争った。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

らかである。」として、本件訴えは適法と判断した。

しかしながら、結論としては、原告の請求が権利濫用にあたるとして請求棄却とされている。これに対して、原告が控訴した。

〔2審：東京高判平成25年6月13日判例集未登載<sup>13)</sup>〕 原判決取消し、訴え却下  
「……本件の訴訟物は、所有権に基づく妨害排除請求権という抽象的な権利それ自体ではなく、権利としての根拠及び性質がこのようなものであるということ  
を前提に、本件土地の所有権の妨害者……に対して、妨害を排除するための一定の作為を請求する具体的な権利にほかならない。森林等における有効な除染方法については未だ試行錯誤の段階を脱していない……から、控訴人としては被控訴人に対して求める作為の内容を特定する責任があるというべきである。そして、この具体的な権利は、確定判決を債務名義とする強制執行により実現されることになる。したがって、そのような具体的請求権を行使しようとする以上、単に所有権に基づく妨害排除請求権が抽象的に発生することを基礎づける原因事実について主張・立証するだけでは足りず、請求が認容された場合にその判決に基づく強制執行が実際に可能であることが証明されることを要する。放射性物質によって汚染されていない建物の取去を命ずる判決、目的物の撤去を命ずる判決であれば、取去された建物、撤去された目的物は一般の廃棄物又は産業廃棄物として焼却され、又は廃棄物処理場に埋立処分されることになるから、その判決に基づく強制執行が実際に可能であることは既定の事実として取り扱われ、改めて証明を要するものではない。これに対し、本件請求に係る債務は本件土地について除染作業を行うことを内容とするものであり、本件土地について除染作業を行うことにより仮に放射線量を下げることができたとしても、上記除染作業により生じた放射性物質により汚染された土壌等を他所に移転すればその場所の放射線量を上げることになるから、上記除染作業

13) 本判決の詳細については、片岡・前掲注(11)19頁以下(2016)を参照。

なお、筆者は、本判決の判決書を東京地裁にて、2019年5月17日に閲覧した。この時点で、すでに証拠書類や準備書面等が破棄されていたため、判決書のみを閲覧となった。

により生じた放射性物質により汚染された土壌等を暫定的に貯蔵する中間貯蔵施設や最終的に処分するための最終処分場等の施設を確保して放射線による被曝を適切にコントロールすることが不可欠である。しかるに、現状では、仮に本件請求を認容した場合に、上記汚染作業により生じた放射性物質により汚染された土壌等をどこにどのような態様で暫定的に貯蔵し、又は最終的に処分するのか、その方策自体いまだ確立しておらず、中間貯蔵施設や最終処分場等の施設が現に確保されているわけでもないことは後記のとおりである。そうであるとすれば、本件請求はいまだ現実的な執行方法が存在しない請求というに帰する。

以上によれば、控訴人は作為の内容となる妨害排除行為としての具体的方法を請求の趣旨において特定していないといわざるを得ないから、本件請求に係る訴えは不適法であるというべきである。

この点、控訴人は、妨害排除行為としての放射性物質を除去する方法は、除染に関する技術の進歩により将来的に変わり得るのであり、被控訴人が実際に除染する時点で最も効率的な方法が選択されれば足りるから、控訴人が請求の趣旨において除染の具体的方法まで特定する必要がない旨主張する。しかしながら、仮に作為請求を認容する判決がされたとすると、請求の趣旨において実現可能な執行方法が一義的に明らかにされていない場合は、代替執行（民事執行法171条）にせよ間接強制（同法172条）にせよ、当該認容判決に基づく強制執行は不能に帰することになるところ、そのような訴えは、当初から執行不能の行為を被控訴人に求めるものというほかなく、不適法といわざるを得ない。

また、控訴人は、騒音・振動等の差止請求訴訟の場合と同様、請求の趣旨において執行方法を明示する必要はないとも主張するが、抽象的不作為を求める訴えについては、禁止される行為の結果が特定されることによって実現可能な不作為義務の具体的内容が合理的に限定されることがあり、そのような場合には請求の特定に欠けることはないといわれるにすぎないのであって、被控訴人に具体的な作為を求める本件訴えには妥当しない。

そうすると、控訴人は、被控訴人に対し、本件土地について一定レベルまで

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

放射性物質の除去行為すなわち除染を求めるものの、その具体的方法を示すことをしないのであって、仮に本件請求について認容判決がされたとしても強制執行をすることができないことは明らかであるから、現在どの程度までの除染可能性があるかなど、その余の点について検討するまでもなく、本件訴えは、被控訴人に求める作為の内容が特定されていない不適法なものといわざるを得ず、却下を免れない。」

## 【②事件】 生業訴訟

### 〔事実の概要〕

福島県またはその近隣県に居住していたXらが、国および東電に対して、福島第一原子力発電所の事故により、Xらの本件事故当時の居住地（旧居住地）が放射性物質により汚染されたとして、人格権または不法行為（国に対しては国賠法1条1項、東電に対しては民法709条）に基づき、Xらの旧居住地内における空間線量率を本件事故前の値である毎時0.04 $\mu$ Sv/h以下にすることを求めた事案である<sup>14)</sup>。

その請求の趣旨は、「被告らは、各自、各原告（承継原告を除く。）に対し、それぞれ別紙2原告目録<略>の『旧居住地』欄記載の居住地において、空間線量率を0.04 $\mu$ Sv/h以下とせよ。」となっていた。

〔判旨：福島地判平成29年10月10日判時2356号3頁<sup>15)</sup>〕 訴え却下

本判決の要点のみ抜粋して紹介をすると、まず、請求の特定性については、

---

14) 訴えが不適法であること理由として、請求の特定性につき、被告東電からは、以下の点が主張された。すなわち、① 作為の対象・除染作業を行うべき場所的範囲の不特定、② 原告らの求める作為を実現するための具体的方法の不特定、③ 除染を行うにあたって必要となりうる利害関係人（第三者）の同意の存在・内容の不特定、および④ 作為の実現可能性について不明確・強制執行による実現が不可能、といった点である。

また、被告国からは、請求の特定性につき、作為の具体的方法の不特定といった点が主張された。

15) 本判決の評釈として、清水晶紀「判批」判時2383号153頁（2018）、桑原勇進「判批」法セミ757号119頁（2018）がある。

強制執行可能な程度に請求が特定されていないことが指摘されている。すなわち、本件請求は、「実現すべき結果のみを記載しているが、そのような結果を実現するために、被告らに対し作為を求めるものであると解されるから、その作為の内容は……強制執行が可能な程度に特定されなければならない」ところ、本件請求は、「被告らにおいてなすべき作為（除染工事）の内容が全く特定されていないから、請求の特定性を欠き不適法である（東京高裁平成25年6月13日判決〔放射性物質除去請求控訴事件〕参照。）」とする。

また、本判決では、抽象的不作為請求との違いについても言及されている。すなわち、「抽象的不作為請求は、現に継続している侵害行為をしないことを求めるものであるのに対し、本件……の作為請求は、現に生じた結果を除去するという積極的な行為を求めるものであって、判決によって義務付けられる内容に差があるというべきである。したがって、作為請求と不作為請求とは求められる特定性の程度は異なるのであり、抽象的不作為請求が適法とされているからといって、除染等の作為を必要とする抽象的作為請求まで適法となるものではない。」とする。

さらに、なお書きにおいて、実現可能な執行方法が存在しないことから、本件訴えが不適法であることを指摘している。すなわち、「確実に原告らの旧居住地の空間線量率を $0.04\mu\text{Sv/h}$ 以下まで低減させる実現可能な方法が存在すると認めるに足りる証拠はないから、原告らの原状回復請求は、実現可能な執行方法が存在しないという点からも不適法である」とする。

そして、結論として、「以上によれば、原告らの原状回復請求は、除染特措法に基づく行政権の行使を不可避的に包含するかなどその余の点について判断するまでもなく、被告らに求める作為の内容が特定されていないものであって、不適法である。原告らの原状回復請求は、本件事故前の状態に戻してほしいとの原告らの切実な思いに基づく請求であって、心情的には理解できるが、民事訴訟としては上記のとおり実現が困難であり不適法といわざるを得ない。」とした。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

【③事件】農地所有権に基づく放射能汚染除去請求事件<sup>16)</sup>

〔事実の概要〕

福島県内において農業を営む原告らが、被告（東電）に対し、福島第一原子力発電所の事故により、田畑の土壌が放射性物質により汚染され、土地の所有権が侵害されたと主張して、本件各土地の所有権に基づく妨害排除請求として、①土地に含まれる原子力発電所由来の放射性物質を全て除去すること（主位的請求<sup>17)</sup>、②土地に含まれる放射性物質セシウム137の濃度を50Bq/kgまで低減させること（予備的請求1<sup>18)</sup>、③客土工を行うこと（予備的請求2<sup>19)</sup>、④土地の所有権が原子力発電所から放出された放射性物質により違法に妨害されていることの確認（予備的請求3）を求めた事案である。

---

16) 本件事件の原告側の訴訟代理人による、本件事件に関する論稿として、花澤俊之「農地原状回復訴訟の判決の概要と課題」消費者法ニュース116号158頁以下（2018）、同「最高裁（最一小決平成30年8月29日）についての報告」消費者法ニュース118号79頁以下（2019）がある。

17) 被告は、主位的請求における訴えの適法性を否定する事由として、①原告の請求につき、実現可能性がない（被告由来の放射性物質とそれ以外のものとの峻別不可能性、放射性物質を除去する方法の未確立）、②被告がすべき作為の具体的内容およびその実現方法の不特定（除去方法の不特定、除去作業によって生じた物質の移動場所の不特定）、③抽象的不作為と積極的な作為を求める本件との相違を主張した。

18) 50Bq/kgという数値は、事故前のチェルノブイリ原発事故等による放射性物質の影響を最大50Bq/kg乾土（セシウム137）（2005年度に福島県原子力センターが県内各地域で行った調査結果から）と考慮したためであるとされる（花澤・前掲注（16）116号158頁）。

予備的請求1に対する被告の主張は、除去方法が技術的に確立していないこと、被告がすべき作為の具体的内容およびその実現方法が何ら特定されていないこと、である。

19) 予備的請求2における訴えの適法性について、被告が主張した事由を要約すると以下の通りである。すなわち、①原告の請求につき、実現可能性がない（土壌の除去作業が困難ないし不可能、耕盤層の造成が可能かどうか不明、本件土地と同等性を有する土壌の存否が不明）、②作為の程度・範囲が不明確（原告らが求める表面から30cm以上の土壌とは、どの範囲を指すのか不明確、本件各土地の物理的・化学的性質が明らかではない）、③作為の実現方法が不特定（除去作業により生じる汚染土壌の移転先が不明確、客土工事の内容等が不明確）、④本件土地と客土をすべき土壌とが物理的・化学的に同等か否かの判断基準が不明確等である。

本稿の問題関心との関係上、前記①から③請求における請求の趣旨のみを抜粋すると、以下の通りである。①主位的請求においては、「被告は、原告らに対し、……各土地に含まれる被告福島第一原子力発電所由来の放射性物質を全て除去せよ」、②予備的請求1においては、「被告は、原告らに対し、……各土地（深さ5cmごとに30cmまで）に含まれる放射性物質セシウム137の濃度を50bp/kgになるまで低減せよ」、③予備的請求2の1審段階においては、「(1)被告は、原告らに対し、……各土地の土壌について、表面から30cm以上の土壌を取り除き、その取り除いた部分に、10cmの耕盤層（日減水深1cmないし2cm）を造成し、さらにその上に20cm以上の客土（客土に要する土壌の物理的・化学的性質は、取り除いた……各土地の土壌の各物理的・化学的性質……について同等とし、及び放射性物質セシウム137の土壌含有率は50bp/kg未満とする。）を行え。(2)ただし、……各土地の田面の高さは上記(1)の客土工事の以前と以後で同じにし、かつ、……各土地の畔、水路及び道の各機能を維持する工事を行え。」となっている。

〔1審：福島地判郡山支部平成29年4月14日判時2397号49頁<sup>20)</sup>〕 訴え却下

以下では、本件における争点<sup>21)</sup>のうち、訴えの適法性に関する判示のみを紹介することとする。

#### ①主位的請求について

まず、訴状において請求の趣旨の記載が必要とされる趣旨について言及したうえで、以下のように述べる。

「ア ……請求の趣旨は、審判の対象たる訴訟上の請求、その請求について審

---

20) 本判決の詳細については、片岡直樹「農地の放射能汚染除去を請求した民事裁判に関する考察」現代法学33号167頁以下(2017)を参照。また、本判決の評釈として、奥田進一「判批」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究20巻1号47頁(2017)がある。

21) 1審では、訴えの適法性(①主位的請求、②予備的請求1、③予備的請求2について)、確認の利益の有無(④予備的請求3について)、および本件各土地に対する妨害の有無(①主位的請求、②③④予備的請求1ないし3について)の3点が争点となっていた。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

判を求める限度、判決の権利保護形式ないし内容を、他と誤認混同のないように特定して表示しなければならないのであって、例えば、建物除去請求などのように実務上執行方法が確立しているようなものを除き、作為請求においては、将来、請求認容判決を代替執行（民事執行法171条）又は間接強制（同法172条）の方法で執行し得る程度に、求められる作為を特定して表示することが求められているものと解するのが相当である。

イ 以上を前提に主位的請求の特定の有無について検討すると、……上記……の認定事実によれば、土壌から放射性物質のみを除去するための方法は現在ではあくまでも開発ないし検討段階に止まっているものといわざるを得ないのであって、この点について、技術的に確立された方法が存在しているものとは証拠上認めるに足りず（原告らもこのことを認めている……）、主位的請求の執行方法として実務上確立している方法があるものとは認められない。

それにもかかわらず、原告らは、主位的請求において、本件原子力発電所由来の放射性物質の全ての除去を求めているのみであって、請求が認容された場合における被告がなすべき具体的な行為は何ら明らかに示されていないのであるから、主位的請求は、代替執行又は間接強制といった強制執行が可能な程度に、被告に求められる作為を特定して表示したものとはいえない。

したがって、主位的請求は、請求の特定を欠き、不適法である。

ウ なお、原告らは、いわゆる抽象的不作為請求の事案（最判平成5年2月25日裁判集民事167号359頁）を指摘し、主位的請求における請求の趣旨において執行方法を明示する必要はない旨を主張するが、本件の主位的請求は具体的な作為を求める訴えであって、上記の抽象的不作為請求とは事案を異にするから、原告らの上記主張は採用の限りではない。」

## ②予備的請求1について

「予備的請求1の特定の有無について検討すると、……土壌から放射性物質のみを除去するための方法は現在ではあくまでも開発ないし検討段階に止まっているものといわざるを得ず、この点について、技術的に確立された方法が存

在しているものとは証拠上認めるに足りないのであって、実務上、予備的請求1の執行方法として確立した方法があるものとも認められない。

それにもかかわらず、原告らは、予備的請求1においては、被告に対し、本件各土地に含まれるセシウム137の濃度を50b/kgになるまで低減させることを求めているのみであって、予備的請求1が認容された場合に被告がなすべき具体的な行為は何ら明らかにはされておらず、代替執行又は間接強制の方法によって執行し得る程度に被告の作為を特定したものとはいえない。

よって、予備的請求1は、請求の特定を欠き、不適法である。」

### ③予備的請求2について

「イ……そもそも予備的請求2の執行方法として実務上確立した方法があるものとは認められないところ、……予備的請求2の内容についてみても、表面から30cm以上とは具体的にいかなる深度までの土壌を除去すべきなのか一義的に明らかではないし、同様に20cm以上の客土を行うとする点についても、具体的にいかなる高さまでの客土を実施する必要があるのか判然としないものである。

また、客土に要する土壌と取り除いた土壌の物理的・化学的性質が同等であることを求めている点についても、仮に本件各土地全ての物理的・化学的性質が判明したとしても、客土に要する土壌と物理的・化学的性質において同等か否かを判断するための方法として実務上確立したものがあるとは認められないところ、原告らはその方法を具体的に特定していないのであるから、予備的請求2（1）は、代替執行又は間接強制の方法によって執行し得る程度に被告の作為を特定したものとはいえない。

さらに、……（2）に記載した予備的請求2の内容についてみても、原告らが求める本件各土地上の畦、水路及び道の各機能を維持する工事の具体的内容が抽象的かつ漠然としたものに止まっており、代替執行又は間接強制の方法によって執行し得る程度に被告の作為を特定したものとはいえない。

ウ よって、原告らの予備的請求2は、請求の特定を欠いており、不適法であ

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
る。』

これに対して、原告側が控訴した<sup>22)</sup>。

〔2審：仙台高判平成30年3月22日判時2397号44頁①〕<sup>23)</sup>

①主位的請求および②予備的請求1につき、控訴棄却

まず、放射性物質の除去請求（①主位的請求および②予備的請求1）は、  
「いずれも、Xらが、Yに対し、所有権に基づく妨害排除請求として、本件各  
土地にすでに存在する放射性物質の全部又は一部を除去するという結果を実現  
する作為を求める請求である」とし、次に、放射性物質により汚染された土壤  
の除染方法の開発・検討状況等に言及したうえで、請求の特定についての判断  
として、以下の通りに述べる。

「……土壤から放射性物質のみを単独除去する技術は、研究又は開発の途上に  
あって、放射性物質を除去するという結果を実現するための作為の具体的な内

---

22) なお、控訴審では、予備的請求2の訂正が行われている。訂正後の請求の趣旨は、  
「Yは、Xらに対し、本件各土地の土壤について、表面から30cm以上の土壤を取り  
除き、その取り除いた部分に、厚さ10cmの耕盤層（湛水透水性が日減水深2  
cm～3cm）を造成・整地し、さらにその上に厚さ20cm以上の客土・整地を行え  
（以下これら一連の作業を「本件客土工事」という。）。ただし、①客土する土壤に  
おける礫含有率は、取り除いた本件各土地の土壤の礫含有率と同等のものとするか、  
5%未満とし、②客土する土壤の化学的性質は、取り除いた本件各土地の土壤の  
各物理的・化学的性質と別紙1の1の各項目について同等のものとするか、地力増  
進法に基づく地力増進基本指針の改善目標（別紙2）に沿った数値とし、かついず  
れの場合も放射性物質セシウム137の土壤含有率は50Bq/kg未満とする。また、本  
件各土地の田面の高さは本件客土工事の以前と以後で同じにし、かつ、本件客土工  
事によって、本件各土地上に元来位置した畔畦、水路及び道路の各機能を阻害して  
はならない。なお、本件各土地の土壤内における各物理的・化学的性質の測定方法  
は、土壤・作物栄養診断マニュアル（2015年3月茨城県農業センター）記載の方法  
に準拠する。」である。

また、原審における予備的請求3を予備的請求4として、控訴人X1の予備的請  
求3が追加されている。

控訴審では、請求が特定されているか否か（主位的請求および予備的請求1ない  
し3について）と、確認の利益の有無（予備的請求4について）が争点となった。

23) 本判決の評釈として、上田竹志「判批」法セミ782号128頁（2020）、拙稿・前掲  
注（1）106頁以下がある。

容を客観的に明らかにすることは不可能な現況にある。まして、原子力発電所由来の放射性物質を特定することもできない。

そうすると結局、主位的請求及び予備的請求1は、その請求の趣旨からは、Yがすべき具体的な作為の内容を明らかにすることができない請求であるといわざるを得ない。これまで請求の特定性が肯定された抽象的差止請求の事例においては、原告が防止すべき発生源と侵害結果を明らかにさえすれば、多様な防止方法が存在し、具体的な防止行為の特定を被告に任せて履行させることとしても、被告にとって酷とはいえないと考えられるのに対し、本件においては、Yにおいても、請求の趣旨からは具体的な作為の内容を認識できない点で事情が異なる。

Xらは、物権的妨害排除請求権を行使するにあたり、いかなる方法によって妨害排除を行うかを特定するのはXらの責任ではないとも主張する。しかし、土地に含まれる放射性物質の除去という請求の性質からみて、Yの支配内において可能な行為だけで、土壤から放射性物質のみを単独除去することは現実的に不可能であり、土壤から放射性物質を除去するためには、他人の所有物であるXらの土地に立ち入り、土壤に手を加えるなどしなければならない。しかし、Xらの請求の趣旨からは、放射性物質を除去するために、どの程度Xらの土地に立ち入ることができ、土壤に手を加えられるのかなど、他人の所有物を変容させることができる範囲が明らかではない。物権的妨害排除請求権が認められるか否かは、相手方が行うべき妨害排除のための作為の内容性質にも左右されるところ、本件の請求の趣旨では、Xらの土地において何をすることが許されるかが明らかでないため、Yにとって、放射性物質の除去という妨害排除のために、どのような作為ができ、あるいは行うべきかを特定することができないのである。したがって、本件においても、相手方が行うべき妨害排除のための作為の内容を特定した上で、妨害排除義務者と主張されるYが当該行為をなすべき義務を負うかどうかを審理する必要があり、物権的妨害排除請求権に基づき作為を求めるXらが、求める作為の内容を具体的に明らかにすることによって請求を特定すべきである。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

以上のとおり、主位的請求及び予備的請求1は、Yに請求する具体的な作為の内容が明らかでない請求であり、請求が特定されていないから、不適法な訴えである。」

③予備的請求2および④（原審における）予備的請求3を却下した部分につき、  
取消・差戻し

「予備的請求2は、土地の表面から30cm以上の土壌を取り除き、客土することを求める請求であり、YがXらの土地に立ち入って、請求の趣旨どおりに土壌を取り除き、造成、整地などして、Xらの所有物を変容させることをXらが承認することも明らかになっている。そして、客土工は、Xらが指摘するとおり、……土壌改良や汚染土壌の復元などに際し、一般的な仕様書が作成され、現実に広く行われている農業土木工事であることが認められるから、作為を命じられるYにおいて作為の内容が明らかではないとはいえない。

Yは、土壌の除去が困難であることなど、履行の現実的な困難さなどの問題点を指摘するが、それは、妨害排除義務の有無や範囲を審理する本案の判断過程において検討されるべき事情であり、物権的な妨害排除請求が認められるか否かという判断の際に検討すべき問題である。

なお、Yは、具体的な作為の内容の特定を欠き、強制執行することができない行為を求めるものであるから不適法であるとも主張する。しかし、作為の給付の訴えについて、強制執行をすることができる請求の趣旨でなければ不適法となるか否かはともかくとして、客土工は、前記のとおり一般的な農業土木工事である上に、請求の趣旨において、Yが判決を履行するために、Xらの土地で行うことができる行為の内容は明らかになっており、執行段階で判決の趣旨に従って具体的な執行方法を特定して強制執行することができる程度に、請求が特定されているというべきである。執行機関が判決後にYによる判決の履行の有無を判断することがおよそ不可能であるとも認められない。

したがって、予備的請求2について、請求の特定がされていないとは認められないから、訴えは適法であって、Yが争う妨害排除請求権の成否と妨害排除

義務の有無や範囲について、さらに審理し、Xらの請求が認められるか否かについて判断をすべきである。」とした。

これに対して、Yが上告および上告受理を申し立てたが、上告棄却および不受理とされたため（最決平成30年8月29日判例集未掲載）、1審への差戻しが確定した。

## 第2節 関連裁判例の整理・分析

前節でみてきた放射性物質の除去請求事件において、訴えの適法性にかかわる事項のうち、これを否定する方向に働くとされた事項について整理すると、以下の通りとなる。

なお、ここでは、議論をできる限り分かりやすくするために、第1章第1節で述べた分類方法<sup>24)</sup>に従い、(1)請求の特定に関する問題、(2)強制執行の可否に関する問題、(3)その他の3つに分けて整理を行った。

### (1) 請求の特定に関する問題

請求の特定に関する問題にかかわる事項として、まず、(i)被告がすべき行為の具体的内容・実現方法が特定されていないということが挙げられる。具体的には、除去方法の不特定<sup>25)</sup>、除去作業によって生じた物質の移動方法や移転先の不特定<sup>26)</sup>、妨害排除にあたり、被告が原告らの土地において何をすることが許されるかが不明確<sup>27)</sup>、除染を行うにあたり必要となりうる利害関係人とし

---

24) この点については前掲注(3)を参照。

25) ①事件の被告主張、①事件の2審判断、②事件の被告国および東電主張、②事件の判断、③事件の被告主張、③事件の1審主位的請求・予備的請求1・予備的請求2についての判断、③事件の2審主位的請求・予備的請求1についての判断を参照。これに対して、①事件の1審は、なお書きにおいて、被告が履行すべき給付内容は「本件土地を汚染した放射性物質を毎時0.046マイクロシーベルトまで除去すること」と一義的に特定されているとする。

26) ③事件の被告主張を参照。

27) ③事件の2審主位的請求・予備的請求1についての判断を参照。

これに対して、③事件の2審予備的請求2についての判断では、この点が明らかになっていると判示されている。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
での第三者の同意の存在およびその内容が不明確<sup>28)</sup>、といったことが問題と  
なっている。

次に、(ii) 作為の程度・範囲が不明確ということが挙げられる。具体的には、  
原告らが求める作為の対象や除染を行うべき場所的範囲の不定<sup>29)</sup>、原告らが  
求める表面から 30cm 以上の土壌とはどの範囲を指すのか不明確<sup>30)</sup>、本件各土  
地の物理的・化学的性質が不明確<sup>31)</sup> などが主張されている。

さらに、(iii) 請求の特定は、「請求認容判決を代替執行又は間接強制の方法で  
執行し得る程度」に特定する必要がある<sup>32)</sup>、ということも挙げられている。す  
なわち、請求の実現方法につき、現在確立された方法が存在しないことから、  
執行方法として実務上確立している方法があるとは認められないにもかかわらず、  
被告がなすべき具体的な行為が明らかにされていないことから、執行可能  
な程度に被告の作為を特定したとはいえないとされる<sup>33)</sup>。

## (2) 強制執行の可否に関する問題

強制執行の可否に関する問題としては、(i) 原告の請求につき、実現可能性  
がないということが挙げられる。具体的には、被告由来の放射性物質とそれ以  
外のものとの峻別が不可能<sup>34)</sup>、除去方法の未確立<sup>35)</sup>、耕盤層の造成が可能かど

---

28) ②事件の被告東電主張を参照。

29) ②事件の被告東電主張を参照。

30) ③事件の被告主張、③事件の 1 審予備的請求 2 についての判断を参照。

31) ③事件の被告主張を参照。

32) ①事件の 2 審判断、③事件の 1 審主位的請求・予備的請求 1・予備的請求 2 につ  
いての判断、②事件の判断（ただし、②事件では「強制執行可能な程度に」特定さ  
れなければならないとあるだけで、「代替執行又は間接強制の方法で」とは書かれ  
ていない点に注意を要する）を参照。

33) ③事件の 1 審主位的請求・予備的請求 1・予備的請求 2 についての判断を参照。  
これに対して、③事件の 2 審予備的請求 2 についての判断では、客土工が一般的  
なものであるうえに、Y が X らの土地で行うことができる行為の内容が明らかにな  
っていることから、強制執行できる程度に請求が特定されていると判示されてい  
る。

34) ③事件の被告主張、③事件の 2 審主位的請求・予備的請求 1 についての判断を参  
照。

35) ①事件の被告主張、①事件の 2 審判断、②事件の被告東電主張、②事件の判

うかが不明<sup>36)</sup>、本件土地と同等性を有する土壤の存否が不明<sup>37)</sup> といったことが問題となっている。

また、(ii) 作為の履行の有無に関する判断基準の不明確性も挙げられる。これについては、本件土地と客土をすべき土壤とが物理的・化学的に同等か否かの判断基準が不明確<sup>38)</sup> といったことが問題となっていた。

### (3) その他

以上で挙げたもののほか、訴えの適法性を否定する事項として、「抽象的不作為と作為請求の相違」<sup>39)</sup> ということも挙げられていた。この両者においてどのような相違が存在するののかについては、2つの観点からの指摘がなされている。1つは、義務の実現手段が被告にとって認識可能か否かの観点から、両者の相違を説くものである。すなわち、放射性物質の除去請求の場合、被告においても、請求の趣旨からは具体的な作為の内容を認識できない<sup>40)</sup> のに対して、抽象的不作為を求める訴えについては、禁止される行為の結果が特定されることによって、実現可能な不作為義務の具体的内容が合理的に限定される<sup>41)</sup> という点で、両者は異なり、同列に扱うことはできないとする。

もう1つは、純粹に、作為と不作為の概念の違いという観点から、両者の相

---

↘断、③事件の被告主張、③事件の1審主位的請求・予備的請求1・予備的請求2についての判断、③事件の2審主位的請求・予備的請求1についての判断を参照。

これに対して、①事件の1審判断は、原告の請求レベルまでの除染がおよそ不可能であると認めるに足る証拠はないとする。また、③事件の2審予備的請求2についての判断では、履行の実現の困難さは本案の問題であることが指摘されている。

36) ③事件の被告主張を参照。

37) ③事件の被告主張を参照。

38) ③事件の被告主張、③事件の1審予備的請求2についての判断を参照。

これに対して、③事件の2審予備的請求2についての判断では、執行機関が判決後に被告による判決の履行の有無を判断することがおよそ不可能ともいえないとする。

39) ①事件の2審判断、②事件の判断、③事件の被告主張、③事件の1審主位的請求についての判断、③事件の2審主位的請求・予備的請求1についての判断を参照。

40) ③事件の2審主位的請求・予備的請求1についての判断を参照。

41) ①事件の2審判断を参照。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
違を説くものである。すなわち、抽象的不作為請求は、現に継続している侵害  
行為をしないことを求めるものであるのに対し、放射性物質の除去を求める作  
為請求は、現に生じた結果を除去するという積極的な行為を求めるものであっ  
て、判決によって義務付けられる内容に差があるので、求められる特定性の程  
度も異なる<sup>42)</sup>とする。

### 第3章 検 討

本章では、放射性物質の除去請求における訴えの適法性について、前章第2  
節において挙げた事項が、真に「訴えの適法性」を否定する論拠となりうるか  
どうかという視点から、検討を行ってみたい。なお、その際には、便宜上、前  
章にて大別した3つの問題ごとに、節をかえて取り上げることとした。

#### 第1節 請求の特定に関する問題について

本節では、請求の特定に関する問題にかかわる事項として先に挙げた、(i)か  
ら(iii)につき、順に見ていくこととする。

まず、(i)被告がすべき作為の具体的内容・実現方法が特定されていないと  
いう事項について、これが訴えの適法性を否定する論拠になるかどうかを検討  
する。これは、換言すれば、訴えを適法なものとするために、原告側に、求め  
る結果（作為）の具体的内容・実現方法を特定する義務を負わせることが妥当  
どうかの問題といえることができる。

この問題は、「抽象的不作為請求」における訴えの適法性に関する議論にお  
いても共通して問われてきた問題である<sup>43)</sup>。そして、従来の学説上の議論は、  
主として抽象的作為請求よりも抽象的不作為請求に焦点を当ててなされており、

---

42) ②事件の判断を参照。また、③事件1審主位的請求についての判断では、特に詳  
細な理由はなく、「本件の主位的請求は具体的な作為を求める訴えであって、上記  
の抽象的不作為請求とは事案を異にする」とだけ述べられている。

43) 抽象的不作為請求の場合においては、原告は、訴えを提起するにあたって、求め  
る結果（不作為）を達成するために、被告がとるべき具体的措置等を特定しなけれ  
ばならないかが議論されてきた。

理論の蓄積があることから、この問題を考えるにあたっては、抽象的不作為請求における訴えの適法性についてなされてきた議論を手掛かりとすることが有益であると考えられる。そこで、抽象的不作為請求における訴えの適法性に関するこれまでの議論をみても、この問題の考慮要素として、主に(ア)請求の特定が要求されている趣旨、(イ)原告と被告の立場についての実質的考慮、(ウ)実体的視点の3つの観点が挙げられてきたといえることができる。したがって、以下では、この3つの観点につき、抽象的な作為請求として提起された放射性物質の除去請求（以下、便宜上「本件請求」とする）という事例類型において、どのように解されるのかを検討していきたい。

(ア) 請求の特定が要求されている趣旨の観点について

そもそも、請求の特定が要求されている趣旨（第1章第1節を参照）のうち、とりわけ重視されるのは、請求を特定することで、「審判の対象」を明確にし、「被告の防御」の機会を保障することであると思われる。そうであるとするならば、本件請求における訴えの適法性を認めることが、「審判対象の明確化」と「被告の防御権の保障」という請求の特定を要求する趣旨に反することになるのか否かということが、本件請求につき訴えを適法とするのか否かの判断要素の一つになると考える。

そこで、従来の公害・生活妨害に関する判例・学説の立場を確認すると、過去の裁判例においては、抽象的不作為請求につき、請求の特定が要求される趣旨に言及したうえで不適法としたものもある<sup>44)</sup>。しかしながら、その一方で、抽象的不作為請求であっても、発生源と侵害の結果が特定されていれば、裁判所の訴訟指揮にも被告の防御権の行使にも支障はないとする見解<sup>45)</sup>が主張さ

44) 前掲注(6) 国道43号線公害訴訟・1審判決(昭和61年)、千葉川鉄大気汚染公害訴訟(昭和63年)、西淀川大気汚染公害訴訟(第1次)(平成3年)、倉敷大気汚染公害訴訟(平成6年)。

45) 田中・前掲注(3) 751頁。また、松浦・前掲注(5) 278頁、279頁は、抽象的不作為または作為請求権を請求する訴訟を認めても、その審理過程では具体的作為・不作為請求権の当否も当然検討される仕組みであることから、この点についての問題は生じないと説く。同旨、塩崎勤「騒音・振動に対する差止めについて」判タ1062号139頁(2001)。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
れているところである<sup>46)</sup>。

本件請求についていえば、仮にそれが所有権に基づく妨害排除請求としてなされた場合、その訴訟物は、所有権に基づく妨害排除請求権としての放射性物質の除去請求権（旧訴訟物論）と解されることを前提とすれば、原告が求めている作為の結果（本件請求の場合は、被告による放射性物質の除去）さえ明らかにされていれば、「審判対象の明確化」と「被告の防御権の保障」という観点からみて、請求は特定されているといえるものと考えられる。

#### (イ) 原告と被告の立場についての実質的考慮の観点について

従来の公害等の事件における抽象的不作為請求に関する訴えの適法性を巡る議論では、とりわけ適法性を肯定する見解から、原告と被告の立場を比較して、原告に被告がなすべき義務の具体的内容を特定させることが妥当か否かを考慮すべきであり、侵害行為発生のメカニズム等につき情報を有しない原告と侵害行為の防止手段等をもっともよく知るとされる被告の立場を比べれば、原告にその特定責任を課すのは妥当でないといわれてきた。

そこで、本件請求についてこの点を考えてみると、原告は放射能汚染の対処方法について素人である<sup>47)</sup>のに対して、被告（汚染原因者）は、放射性物質を利用して事業活動を行っている者であることからすれば、放射能汚染対処の具体的方法を検討する能力は、被告の方が原告よりも高いといえる<sup>48)</sup>。した

---

46) なお、第2章で紹介した③事件の原告も、この点につき、「被告が主に争うのは本件各土地に対する妨害の有無であるから、被告の具体的な作為内容を明らかにせずとも、被告の防御に格別不利益を生じさせるものではない」と主張していた。

47) 第2章にて紹介した、②事件と③事件の原告は一般市民であり、①事件の原告は海外企業および国内企業への経営コンサルティング業務等を目的とする株式会社であった。

48) 片岡直樹「除染請求訴訟判決の検討」淡路剛久監修『原発事故被害回復の法と政策』152頁、153頁（日本評論社、2018）参照。また、同148頁は、①事件に関して、被告が1審において、「現実的に可能な除染方法とその費用」として、除染費用と仮置場・処分設置費の試算見積りを証拠として提出していることから、被告には汚染除去の具体的方法を策定する能力があったと評している。

なお、③事件の原告も、この点につき、1審において、妨害の回復方法の選択は、放射性物質に関する専門的な情報ないし知見を有する被告に委ねるのが相当であ

がって、この観点からも、原告側に具体的な義務内容の特定責任を課すとするのは妥当でないといえよう。

(ウ) 実体法的視点の観点について

従来の抽象的不作為請求に関する訴えの適法性についての議論では、その適法性を肯定する見解から、原告に実体法上具体的な措置内容を求める権利あるいは利益が認められるか、という視点から訴えの適法性を検討すべきことが指摘されてきた<sup>49)</sup>。これは、すなわち、そもそも原告が具体的な作為内容を特定し請求するということが、実体法的にみて許されるのかの問題<sup>50)</sup>ともいえる。

そして、これを指摘する適法性肯定説からは、加害者はとるべき措置の選択に最も利害関係を有するのに対し、被害者は防止結果にのみ利害関係を有することから、想定される多様な手段から如何なる手段を選んで目的を達成するかは、本来被告（加害者）の選択の自由に属することであって、それが尊重されなければならない、原則として、原告（被害者）に、実体法上、具体的な侵害防止策を特定し、これを被告に強制する権利があるかは疑問であるといわれている<sup>51)</sup>。

これは、公害・生活妨害における差止事例に関していわれてきたことであるが、この点を本件請求についてみてみると、原告は、所有権に基づく妨害排除請求（①事件、③事件の場合）、人格権または不法行為に基づく原状回復請求（②事件の場合）として、「妨害を除去せよ」とか「現に生じた結果を除去せよ」ということを超えて、その方法まで具体的に指定してそれを請求する権利あるいは利益があるといえるのか、という問題になる。

---

ゝると主張していた。

49) 松本・前掲注(5) 33頁、原・前掲注(4) 71頁。

50) 研究会「『嫌煙権』訴訟をめぐる」法生態学研究会『裁判活性論 法律学は対話だ 井上正三ディベート集Ⅰ』264頁以下（信山社、1993）〔井上正三発言〕参照。

51) 松本・前掲注(5) 33頁、原・前掲注(4) 71頁、井上・前掲注(5) 62頁、前掲注(6) 国道43号線公害訴訟・2審判決（平成4年）、西淀川大気汚染訴訟（第2次～第4次）（平成7年）。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

この問題をどのように解するのかは実体法の解釈にもよるが、現段階の私見では、差止請求においてなされていた指摘は、本件請求にもあてはまるものとする。というのも、原告としては、放射性物質の除去さえ達成されれば、その方法は何でも良いとするのに対して<sup>52)</sup>、被告としては、どのような手段によりこれを除去しなければならないかについて最も利害関係を有していることから、原告には、放射性物質の除去（妨害排除）の方法について指定する権利あるいは利益まではないといえるのに対し、被告には、その方法を選択する自由が与えられるべきと考えられるからである。

これについては、実体法上、物権に基づく妨害排除請求権の成立要件（請求原因）が、①物権（またはそれに準ずる権利）を有すること、②物権等の権利の侵害があること（具体的には、その物権等の内容の実現が占有の喪失以外の事情によって妨げられていること）、③その侵害が客観的に違法な侵害であること<sup>53)</sup>とされており、侵害者がいかなる方法によって妨害排除を行うのかという点は権利発生要件とされていないことから裏付けることができよう<sup>54)</sup>。

以上、(ア)～(ウ)までの3つの観点につき検討した結果、放射性物質の除去請求事件においても、原告側に被告がなすべき作為の具体的内容・実現方法まで特定すべき義務があるとはいえないものと解する。したがって、原告が求めている作為の結果が明らかにされている場合には、(i)被告がすべき作為の具体的内容・実現方法が特定されていないという点を論拠に、訴えの適法性を否定するのは適切でないと考える。

次に、(ii)作為の程度・範囲の不明確性という事項についてみてみると、たと

---

52) この点、花澤・前掲注(16)160頁によれば、原告らとしては、妨害者である東電が放射性物質を除去してくれるならば、原告らの支配内で何をするかは、全てお任せする趣旨であった、とのことである。

53) ただし、③については、その侵害が適法であることにつき、被告が主張・立証責任を負うとの見解が主張されている。舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権(1)[補訂版]』211頁、212頁(有斐閣、2009)[好美清光]、大江忠『第4版要件事実民法(2)物権』272頁(第一法規、2015)。

54) ③事件の原告は、控訴審においてこのような趣旨の主張をしていた。

えば、第2章にて紹介した③事件の予備的請求2に関する1審判決では、原告らが求める表面から30cm「以上」の土壌とは、具体的にいかなる深度までの土壌を指すのかが不明確である等ということが、訴えの適法性を否定する論拠として挙げられていた。しかしながら、つづく③事件の2審判決では、この事項につき特に言及されていない。このことからすると、裁判所の判断においては、訴えの適法性を左右する事項として、(ii)の事項はそれほど重要視されていないとみることができる<sup>55)</sup>。したがって、この事項も、請求の特定にあたり、大きな考慮要素にはならないものとする。

最後に、(iii)請求の特定は、強制執行可能な程度に特定する必要がある、という事項について検討する。これはすなわち、強制執行可能な程度に特定されていなければ、訴えの適法性が否定されるということを意味するが、このように「強制執行の不可能性」が「訴えの適法性」を否定する論拠となりうるかが問題となる。そして、この問題は、より詳細に言えば、以下の2つの問題を含むものといえる。

第1の問題は、そもそも強制執行が可能であるということが、訴えの適法性の要件といえるのかという問題、逆に言えば、強制執行が不可能な内容のものであっても、本案判決をすることは許されるのではないか、という問題である。そして、もしこれが許されるとするならば、訴えの適法性の要件として、強制執行可能な程度に特定を要求する必要はない、ということになるものと考えられる。

この点、差止請求に関する議論におけるものではあるが、夫婦の同居判決など強制執行が許されない判決でも審理判断可能であるという現行法の建前<sup>56)</sup>から、抽象的差止請求だけが、訴えの適法性の要件として、執行可能性を問題

55) このほか、②事件の被告東電は、作為の対象および作為を行うべき場所的範囲が不特定との主張をしていたが、②事件の判決ではこの点につき特に言及されていないことも参考となる。

56) ③事件の原告も、この点につき、不執行の合意がある場合に訴えを適法と認めた判例（最判平成5年11月11日民集47巻9号5255頁）を根拠として挙げていた（片岡・前掲注（20）208頁参照）。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
とすることにつき疑問が呈されているところである<sup>57)</sup>。

私見としても、強制執行可能性を訴えの適法性の要件とすることには疑問がある。というのも、上記見解が指摘するように、強制執行が不可能な場合であっても本案判決が出せるという建前であることに加えて、強制執行が不可能な給付判決であったとしても、本件請求や公害訴訟の場合には、当事者間の和解の促進等に役立つと思われるからである<sup>58)</sup>。したがって、筆者の見解としては、本件請求において、強制執行が不可能であるということを理由に、訴えの

---

57) 川嶋四郎「差止訴訟における強制執行の意義と役割——問題の所在と解決の方向性」ジュリスト971号263頁注15、同・前掲注(5) 適法性論123頁、同・前掲注(5) 審理構造論176頁、升田純「第2章 差止請求の裁判例と実務」総合研究開発機構＝高橋宏志編『差止請求権の基本構造』40頁、41頁、50頁(商事法務、2001)、猪股・前掲注(5) 974頁、安永・前掲注(5) (一) 183巻5号50頁等。

58) この点については、③事件の原告が、1審における準備書面にて、確認の利益が認められる根拠との関係に関してではあるが、被告との協議による農地の回復と紛争の解決について、以下のように述べていることが参考となる。すなわち、「あえて『具体的排除方法や具体的防止措置の方法を特定しない』ということによって、判決後に、原告らと被告との協議がなされて、(i) 原状回復のために、日々進化中の放射性物質除去方法が採用される余地があるし、(ii) 仮に客土工により農地の入れ替えがなされる場合であっても、表土等の成分等を調整しうる余地があるなど、農地を原状回復される抜本的ないし包括的紛争解決をもたらしうる。」と述べる(片岡・前掲注(20) 222頁、223頁参照)。

なお、放射能汚染の土壤撤去を実現した長期間にわたる取組みとして、人形峠ウラン汚染事件(詳細は、片岡直樹「人形峠ウラン汚染事件裁判の教訓と福島原発事故汚染問題」藤川賢＝徐本理史編『放射能汚染はなぜくりかえされるのか——地域の経験をつなぐ——』67頁以下(東信堂、2018)を参照)があり、片岡・前掲注(48) 154頁注9)では、民事訴訟が汚染除去に一定の役割を果たした事件として紹介されている。

また、抽象的不作為請求に関するものではあるが、淡路剛久「差止法理と被害——大気汚染差止裁判例を中心として——」自由と正義34巻4号17頁(1983)は、「實際上、判決がなされれば、被告側は任意に改善措置を講じる努力をするであろうし、また、原告等との話し合いの努力もなされるであろうから、執行によって判決内容が実現されるということはほとんどないように思われる」とする(大阪弁護士会環境権研究会編・前掲注(5) 212頁も参照)。さらに、沢井・前掲注(5) 248頁、249頁も、公害の場合は、社会的強制力が大きいことから、執行方法の困難さや実効性につきあまり神経質になる必要はないと説く。

適法性を否定することには反対である<sup>59)</sup>。

ただし、従来、強制執行が不可能であるにもかかわらず本案判決が可能とされてきた事例は、強制執行が「不可能」であることの判断が比較的容易であると思われるのに対して、本件請求の場合は、一連の裁判例に鑑みると、放射性物質の除去方法が不確立であるか否かが執行可能性の判断要素とされていることとの関係で、強制執行が不可能なのか可能なかの判断が困難であるという違いがあるように思われる。そこで、実務的な観点より、執行機関にそのような判断を強いることは妥当でないとして、本件請求のようにそもそも強制執行が可能かどうかの判断が容易でない場合には、判決手続の方で処理しておく方が望ましい（すなわち、本案判決、とりわけ請求認容判決をするのではなくて、訴えを不適法として却下しておいてほしい）、という要請もありうるものと想定する。そして、そうであるとするならば、強制執行が不可能であるか可能であるかの判断が一義的に明らかでないと思われるような事案においては、訴えの適法性を認めるために、強制執行可能な程度に特定されていなければならないとの立論もまたありうるものと想定する。

そこで、このような想定に備えて、第2の問題として、仮に、強制執行可能な程度に特定されていなければならないとするならば、訴えの適法性を肯定するために要求される「強制執行可能な程度」とは、いかなる程度のことを指すのか、について検討しておくことにも意義があると考ええる。この問題は、強制執行の可否に関する問題とも関係するため、第2節においてまとめて検討を行う。

## 第2節 強制執行の可否に関する問題について

これは、強制執行が不可能であることが、訴えの適法性を否定する論拠となりうるかという問題であるが、先に検討した通り、筆者の見解とは異なるもの

59) これについては、③事件の予備的請求2に関する2審判断において、「作為の給付の訴えについて、強制執行をすることができる請求の趣旨でなければ不適法となるか否かはともかくとして」、との留保が付されていることが着目される。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

の、本件請求のように、強制執行が不可能であるか可能であるかの判断が一義的に明らかでないと思われる事案においては、「強制執行可能な程度」の特定が必要であるとの立論も想定しうるところであり、そのような立論によれば、強制執行の不可能性が訴えの適法性を否定する論拠となりうる、ということになる。

そこで、第1に、「強制執行が可能である」とは、果たしていかなる意味を有するのか、逆にいえば、いかなる場合に、強制執行が不可能であると判断されるのか〔以下では、この問題を、「強制執行不可能性の具体的意味」と称する〕が問われることとなる。

この問題を検討する前提として、まずは、本件請求において、そもそも「強制執行」として、いかなる手段が考えられているのかを確認しておく必要がある。本件請求に関する一連の裁判例の中には、ここでいう「強制執行」の方法として、「代替執行（民執171条）」または「間接強制（民執172条）」を想定しているものがあり<sup>60)</sup>、そこでは、両者は特定の程度について、何らかの差が設けられることもなく並列されている。

そして、一連の裁判例上、この2つの執行方法があることを前提に、強制執行不可能性の具体的意味として、(i)請求の実現不可能性（請求の実現が不可能である場合に、強制執行が不可能と解するもの）と、(ii)作為の履行の有無についての判断基準のないこと（執行機関が債務名義に表示されている作為義務の履行の有無を判断できない場合に、強制執行が不可能と解するもの）が挙げられているのである（第2章第2節（2）を参照）。

このような裁判例上の傾向に対して疑問に思われるのは、まず「前提」に関する部分について、強制執行の手段として「代替執行」または「間接強制」を並列することが妥当か、すなわち、この2つの執行手段を可能とするために求められる「請求の特定の程度」は同じなのか、ということである。詳述すれば、「代替執行」については、作為内容がある程度具体化されていなければ執行不能になることがありうるとしても、「間接強制」の場合は、適切な実現手段を

60) ①事件の2審判決、③事件の1審判決を参照。

被告に選択させるという趣旨からも、「代替執行」の場合に比べて、作為内容の特定の程度は緩やかでよいのではないか<sup>61)</sup>、という疑問である<sup>62)</sup>。そして、もしこのように考えることが可能であるならば、代替執行と間接強制を並列して、必要とされる特定の程度を考えるのではなく、少なくとも「間接強制」が可能とされる程度の特定があれば足りるとしたうえで、これを基準に、訴えの適法性の要件としての強制執行の可能性を判断すべきものとする<sup>63)</sup>。

そこで、本題は、「間接強制」の不可能性の具体的意味——すなわち、いかなる場合に「間接強制」が不可能となるのか——、ということになる。これを、先述した強制執行不可能性の具体的意味として挙げられていた事項にあてはめると、(i) 請求の実現不可能性——請求を実現する方法がない場合には、間接強制は不可能であると解するのか、(ii) 作為の履行の有無に関する判断基準の不明確性——執行機関が債務者による作為の履行の有無を判断できない場合に

61) たとえば、原・前掲注(4) 71頁は、「……間接強制によれば、いかなる態様、方法等によるかの決定判断は債務者に委ねることができ、具体的な給付の態様、方法等が特定されていなくても、債務名義としての一義的明確性は問題とならない。」とする。

また、井口牧郎ほか「研究会 公害訴訟<第一七回・最終回> (主文と執行の問題)」ジュリスト502号111頁以下(1972)〔竹下守夫発言〕は、「代替執行という手段をとることはできないが、しかし間接強制ならやれるということはあると思うのです。」と述べる。そして、〔新堂幸司発言〕が、「それはまた別個の問題としてあり得るでしょうね。」と続いている。

62) また、抽象的不作為請求においても、「将来のための適当な処分(民執171条1項2号)」の可否については議論があるが、少なくとも「間接強制」は認められるとするのが通説となっている。

63) たとえば、前掲注(6) 東海道新幹線訴訟・2審判決(昭和60年)が、抽象的不作為判決の強制執行方法として、「間接強制」が可能であるとしたうえで、「代替執行が可能であるように請求を構成しなければ訴訟上の請求として特定しないというべき根拠はない」と指摘していることが参考になる。

また、研究会・前掲注(50) 266頁〔伊佐山芳郎(弁護士)発言〕は、抽象的作為請求でも、「間接強制」の場合は、その作為をするについての個別的というか具体的な方法などは問題とせず、義務者が当該作為を達成したかどうかという作為の結果を問題にすればよいことから、その作為によって達成されるべき結果さえ特定しておけばよいとする。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

は、間接強制は不可能であると解するのか、という問題になるといえる。

私見としては、(i) 請求の実現不可能性（本件請求の場合、放射性物質の除去が可能であるか不可能であるか）の問題は、そもそも「本案」の問題として位置づけられるべきであり<sup>64)</sup>、「訴えの適法性」の問題と位置づけるのは適切ではないと考える。この点については、従来の公害・生活妨害の差止請求に関する裁判例や議論においても、抽象的不作為請求における「訴えの適法性」の問題として挙げられる「強制執行が可能であること」の具体的意味は、「債務者が債務を履行したか否かを執行機関が判断できること」と解されており<sup>65)</sup>、

---

64) たとえば、奥田・前掲注(20) 56頁は、物権的請求権に基づく妨害排除請求に関しては、「排除行為が具体化できないあるいは不能であるということは、せいぜい被告において抗弁として主張すべき」とする。

また、淡路剛久「公害・環境問題と法理論（その五）——最近の公害・環境訴訟を中心に——」ジュリスト844号92頁（1985）は、抽象的差止請求に関してではあるが、いかなる防止措置が可能かあるいは不可能かは、本案の問題であり、それをどちらが立証すべきかは、立証責任の法理によって決められるべき問題とする。

さらに、新堂幸司「現代型訴訟とその役割」同『民事訴訟制度の役割——民事訴訟法研究第一巻』316頁（有斐閣、1993）も差止請求に関してではあるが、当事者間の武器対等の原則を実質的に回復する、公平な主張・立証責任の分配ルールという視点から、「技術的専門的にも経験を重ねている被告の方に、個々の防止対策の効果・費用を明らかにし、原告の要求する程度まで侵害を抑えることは、技術上無理があるか、または、経済上不可能を強いるものであること、それでも被告にその措置を要求するとすれば被告の公共事業の達成を著しく阻害することになり、そのようなことは事業の公共性から許されない旨の主張・立証を期待すべき」とする（新堂説を支持するものとして、猪股・前掲注(5) 974頁）。

なお、「防止措置の難易」の位置づけ・機能につき、事例類型ごとに考えるものとして、沢井・前掲注(5) 152頁以下も参考となる。同・152頁、153頁によれば、① 被害が重大な場合には、「防止措置の難易」はなんら抗弁として機能しないが、② 被害が重大とまではいえないが相当程度存在する場合は、被告側がその防止措置が困難であることを主張・立証すれば、防止措置を軽減されることがあり得る（違法性減殺事由として機能を発揮する）とし、③ 被害の程度がより軽微な場合は、防止措置が容易であるにもかかわらず、被告があえて懈怠している事実を原告側が立証しなければ差止に成功しないとする。

65) たとえば、前掲注(6) 小松基地公害訴訟（平成3年）、川崎大気汚染公害訴訟（第1次）（平成6年）、尼崎大気汚染公害訴訟（平成12年）、名古屋南部大気汚染公害訴訟（平成12年）、東京大気汚染公害訴訟（平成14年）を参照。 ↗

「実現可能か否か」という観点は含まれていなかったということも参考となる。したがって、「訴えの適法性」を否定する意味での「間接強制の不可能性」の具体的意味は、(ii)執行機関が債務者による作為の履行の有無を判断できないことであると解すべきである。

そこで、第2に、どの程度の特定がなされていれば、「執行機関において作為命令の履行の有無を判断できるか」が問題になると思われる。この点につき、抽象的不作為請求に関して提唱されている基準についてみてみると、学説上議論はあるが、多くは、「危険ないしその発生源と侵害の結果」により特定すると解されている<sup>66)</sup>。これを参考として、本件請求のような作為請求に合わせていうならば、原告が求める「作為の結果」が特定されていれば、履行の有無を判断することが可能であるといえるであろう。

### 第3節 その他——抽象的不作為請求と作為請求の相違について

本件請求に関する一連の事件では、とりわけ作為請求と抽象的不作為請求とは異なるものであることから、作為請求である本件請求について、抽象的不作為を求める訴えを適法とする見解を適用することはできないとの指摘がなされている。本稿でも、これまでの検討において、抽象的不作為請求における訴え

---

ㄨ また、竹下守夫「救済の方法」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学8——紛争』203頁（岩波書店、1983）が、東海道「新幹線訴訟判決が、間接強制によって執行しうるとしているのは、判決で認められた請求が被告により本旨に従って履行されたか否かを、裁判所が責任をもって判断することができ、履行されていない場合には、間接強制によって強制しても被告の利益を不当に害するとはいえない、との意味である。」と述べていることや、田中・前掲注(3)749頁が、「強制執行が可能であるか、すなわち、執行機関において不作為義務違反の有無を判定することが可能であるか」と述べていることも参照。

66) 竹下・前掲注(5)32頁、中野・前掲注(5)477頁、横濱弁護士会編・前掲注(5)67頁、68頁（鈴木）、納谷廣美「訴訟物の特定」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟(2)』260頁（弘文堂、1984）、原・前掲注(4)71頁等。

また、下級審裁判例として、前掲注(6)小松基地騒音公害訴訟（平成3年）、尼崎大気汚染公害訴訟（平成12年）、名古屋南部大気汚染公害訴訟（平成12年）、東京大気汚染公害訴訟（平成14年）等を参照。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性の適法性についての議論を参考としてきたところであるため、最後に、この指摘が妥当か否かについて検討しておきたい。

まず、本件請求に関する一連の裁判例が、どのような理由から、作為請求と抽象的不作為請求が異なると述べているのかを再度確認しておきたい。その理由の1つとして挙げられているのは、作為と不作為とは異なる概念であり、判決によって義務付けられる内容に違いが生じるので、作為と不作為を同列には扱えないというものである（第2章第2節（3）を参照）。確かに、作為と不作為の違いを全く考慮することなく同列に扱うことは適切でないという点<sup>67)</sup>では、この指摘に賛同できるが、裁判例が指摘するごとく両者の概念が違うものであるとしても、単に概念が違うというだけでは、訴えの適法性につき肯定にも否定にも導き得ないはずであり、何故に抽象的不作為請求は適法とされ、作為請求は不適法とされるのかの説明にはなっていないといえる。それゆえに、不作為と作為は違うというだけでは、抽象的作為請求の適法性を否定する論拠としては不十分であると考えられる。

そこで、次に、裁判例が作為と不作為とで異なるとするもう1つの理由をみると、義務の実現手段が被告にとって認識可能か否かの観点が挙げられている。すなわち、「抽象的不作為請求」の場合には、被告も実現方法を認識でき、その選択も可能であるが、本件請求の場合には、被告においても請求の趣旨から具体的な作為の内容を認識できないから、前者の場合は適法とされても、後者の場合は不適法であるとされる。このような判示からすると、裁判例は、訴えの適法性を左右する論拠を、不作為と作為の違いそのものに求めているというよりも、被告にとって実現可能な手段が認識できるかどうかを求めていると解することができよう。したがって、問題の核心は、抽象的不作為請求の議論を抽象的作為請求に適用できるか否か（両者を別に取り扱うべきか否か）に

---

67) 抽象的作為判決・執行と抽象的不作為判決・執行を十分に区別していなかった従来の議論に対して疑問を呈し、（少なくとも）執行段階を念頭に置いた作為・不作為の区別の必要性を説くものとして、安永・前掲注（5）（五・完）185巻6号68頁、69頁。

あるというよりも、「被告における実現手段の認識可能性」が「訴えの適法性」を否定する論拠となりうるかどうかにある、ということができる。そうすると、先に述べた通り「請求の実現可能性」に関する事項（ここでは、被告が請求の実現方法を認識できるかどうか）は、「訴えの適法性」の問題ではなく、「本案」の問題として位置づけるべきであることから、このような事項を根拠として、訴えの適法性を否定するのは適切でないと考える。

以上の検討より、ここで挙げられる事項は、いずれも、本件請求における訴えの適法性を否定する論拠足りえないと解する。

## 第4章 おわりに

### 第1節 私見のまとめ

本件請求における「訴えの適法性」との関係で問題となりうる事項——特に請求の特定（前章第1節）と強制執行の可否に関する問題（前章第2節）——について行った検討結果を整理すると、以下の通りとなる。

まず、請求の特定に関する問題として指摘されている事項のうち、(i)被告がすべき作為の具体的内容・実現方法の特定については、不要と考える。ここでは、請求の特定が求められている趣旨（主に「審理の対象」を明確にし、「被告に防御の機会を与える」こと）との関係上、原告が求めている作為の結果（本件請求の場合は、放射性物質の除去）が明らかになれば足りるものと解する。

(ii) 作為の程度・範囲については、訴えの適法性の判断にあたり、それほど大きな考慮要素にはならないと解する。

(iii) 強制執行可能な程度に特定する必要性については、強制執行が不可能な内容の給付判決であっても審理判断を可能とする現行法の建前や、そのような判決であっても和解を促進する等、当事者間の紛争解決にとって役立つ可能性があることから、訴えの適法性の要件とすることには反対の立場に立った。

しかしながら、そもそも強制執行が可能か否かの判断が一義的に明確でない場合には、強制執行可能な程度の特定が必要との立論もありうるものと想定し、

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性  
続けて強制執行の可否に関する問題についての検討も行った。

そして、強制執行の可否に関する問題については、少なくとも「間接強制」が可能な程度に特定されている必要があるという理解を前提とする。そのうえで、裁判例上、強制執行の可否に関する問題として挙げられている(i)請求の実現可能性については、「訴えの適法性」の問題ではなく、「本案」の問題と位置づけるべきであり、(ii)執行機関が債務者による作為の履行の有無を判断できないことこそが、強制執行不可能性の具体的意味であり、「訴えの適法性」の要件になりうると考えた。具体的には、債務者が実現すべき結果（もし、実現されたか否かの判断基準に疑義が生じうるときはその判断基準について）が特定されていればよいと解する。

以上の私見を、実際に訴えの適法性が問題となった具体的事例にあてはめると、「放射性物質を毎時0.046  $\mu$ Svまで除去せよ」（①事件、②事件）、「被告由来の放射性物質を全て除去せよ」（③事件主位的請求）、「放射性物質セシウム137の濃度を50bq/kgになるまで低減せよ」（③事件予備的請求1）、客土工事等をせよ（③事件予備的請求2）といった作為請求は、全て適法なものとなる。したがって、これらの事件においては、訴え却下判決ではなく、本案判決をすべきであったと考える。

その結果、請求の実現のための具体的方法については、本案審理過程において、原告・被告が協力して具体化していくことが理想であるが、もしそれができない場合（被告が、自分に特定責任はないと主張して全く協力しないような場合）には、請求原因が全て認められるのであれば、抽象的作為請求として認容判決をすることが許されることになる。

その際の審理のあり方<sup>68)</sup>については、実体法上の解釈とも関係し、より詳細な検討が必要と解されるが、現段階の簡単な試論としては以下のように考えている。まず、原告は、上記のように、求める作為の結果を明らかにした請求を立て、請求原因（所有権に基づく妨害排除請求の場合であれば、①所有権

---

68) 放射能汚染による土地利用妨害の民事事件における裁判のあり方について問題を提起するものとして、片岡・前掲注（11）、特に35頁以下を参照。

の存在、②所有権の侵害)を主張・立証する。そして、これらを立証できれば、請求は認容となる。しかしながら、もし、原告の請求につき実現手段が全く想定できず、実現不可能である場合は、被告の側からその旨を主張・立証すべきであり<sup>69)</sup>、これが認められれば請求棄却となる<sup>70)</sup>。したがって、原告としては、被告の主張・立証を受けて、請求の実現不可能性につき裁判官の心証度が証明度に達し得る場合には、真偽不明に追い込むために、請求実現のために可能な手段を提示する必要に迫られるものと思われる。ただし、その場合であっても、実現可能な手段については、「証明」ではなく、あくまで被告による実現不可能性の証明を阻止し得る程度(反証)でよいと考える。

そして、請求認容判決がなされた場合には、この確定判決に基づいて、少なくとも間接強制は可能<sup>71)</sup>ということになる<sup>72)</sup>。

69) この点については、前掲注(64)も参照。

70) なお、上田・前掲注(23)128頁は、物権的請求権に対する履行不能の抗弁のようなものを認め得るかは、最終的に実体法上の価値判断によって決すべきとする。安永・前掲注(5)(五・完)185巻6号78頁は、実際に同請求を実現する方法の存在は判決手続で確認しておく必要があり、それが存在しなければ、履行不能を理由に請求は棄却されるとする(ただし、その審理のあり方や、実現可能性あるいは履行不能につき、原告と被告のどちらに主張・立証責任があるとするのかについては特に言及されていない)。

71) 神戸秀彦「除染・原状回復請求について——生業判決と除染の現状を中心に」淡路剛久監修『原発事故被害回復の法と政策』138頁、142頁(日本評論社、2018)も、②事件に関して、原告の除染請求(1mSv/y以下への放射線の低減)を認めてよく、これに違反した場合は間接強制ができるとする。

なお、その場合の間接強制の内容をどうするのかについては、別途検討する必要があるだろう。抽象的の作為判決に対する間接強制の内容を検討する必要性を説くものとして、安永・前掲注(5)(一)183巻5号51頁52頁、(五)185巻6号55頁以下を参照。

72) 間接強制に加えて、代替執行も認められるかについては別途検討を要するため、本稿では結論を留保したい。

ただし、③事件の予備的請求2(客土工の請求)についていえば、代替執行可能と説くもの(片岡・前掲注(48)153頁)があり、私見もこれに賛成する。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

## 第2節 派生問題の提示と試論

放射性物質の除去請求における「訴えの適法性」についての検討は以上となるが、この問題と関連して、さらに別途検討すべき問題がいくつか存在する。そこで、この派生問題のうち、(1)本件請求のような抽象的作為請求を適法とした場合の「本案判決の内容」に関する問題と、(2)その「既判力」に関する問題を指摘し、簡単な試論を提示して終わりとした。

### (1) 本案判決の内容

仮に本件請求のような抽象的作為を求める訴えが適法であるとしても、その請求が認容されるかどうかは、当然別問題である。そもそも、請求原因（とりわけ、所有権の妨害要件<sup>73)</sup>）を充足するかという問題があるほか、請求原因が

---

73) 仙台高判平成30年9月20日判時2397号55頁を参照。この事件は、原告が、被告（東電）に対し、福島第一原子力発電所の事故により原告所有の山林の土地が放射性物質に汚染されたとして、所有権に基づく妨害排除請求として、本件土地上の樹木の伐採・抜根と表土の撤去を求めた事案である。裁判所は、被告が本件土地上の放射性物質を実質管理支配しているものではなく、原告でも樹木の伐採・抜根および表土の撤去をすることができ、被告がこれをしなければ原告の計画する本件土地の使用収益が実際上できなくなるとの事情もないことを理由に、被告が「福島第一原発の事故により放射性物質を飛散させたとはいえ、現状は、被控訴人（執筆者注：被告）が除染作業をしなければ控訴人（執筆者注：原告）の土地の円滑な利用という所有権の円満な実現が回復できないという状態ではない」から、原告が「所有権に基づき本件土地を使用収益することを被控訴人が妨害している状態にある」として、原告の請求を棄却した（このような本判決の棄却理由に疑問を呈するものとして、田高寛貴「土地所有者が負担すべき責任の限界——土地所有権『放棄（移譲）』制度構築の前提として」NBL1152号21頁注25（2019））。

これに対して、放射性物質の排出により、被告（東電）が原告の所有権を侵害しているとみる余地があることを示すものとして、東京地決平成23年10月31日判例集未登載（紹介は、深津功二「土壤汚染と不作為の不法行為、妨害排除請求権——東京地裁平成24年1月26日判決」NBL971号7頁（2012）による）がある。

この問題については、ドイツにおける土壤汚染による土地所有権の侵害とBGB1004条に基づく所有者の物権的請求権について論じた、堀田新臣「土壤汚染と物権的請求権（一）（二・完）——近時のドイツ裁判例の動向を中心に——」広島法学37巻1号366頁（2013）、39巻3号212頁（2016）と、それに続く、同「土壤汚染の原因行為者に対する妨害排除請求の可能性（1）」広島法学43巻4号208頁（2020）や、深津・同注4頁以下も参照。

全て認められる場合であっても、たとえば③事件の主位的請求のように、放射性物質を「全て」除去せよ、というのは不可能であるとされる可能性が高く、また、所有権に基づく妨害排除請求権として、原告に原発事故由来の放射性物質の全ての除去を求める権利が認められるかといえ、実体法の解釈上、否定的に解されるもの<sup>74)</sup>と思われる。

その場合に、常に請求棄却とすべきであるのか、それとも、原告が求める程度までの除去請求は認められないが、それよりも低い程度であれば認められると判断される場合（たとえば、原告が50Bq/kgまでの低減を求めている場合に、裁判所が60Bq/kgまでの低減であれば認めてもよいと考える場合）には、「一部認容」判決をするといったことが許されるのかが問題となる<sup>75)</sup>。この問題は、民事訴訟法学的には、処分権主義（246条）にかかわる問題ということになるが、実際に、道路公害における大気汚染物質の排出差止請求訴訟において、一部認容判決をしたものがある<sup>76)</sup>ことから、原告が一部認容を許さない趣旨であることが明らかである等の特別の事情がない限りは、一部認容判決<sup>77)</sup>を肯定してもよいものとする。

したがって、たとえば、放射性物質を「全て」除去せよという請求や「50Bq/kg」になるまで除去せよとの請求に対して、「60Bq/kg」になるまで除去せよとの判決は、量的な一部認容と解することができるため、許されるもの

74) ②事件に関して、匿名コメント・判時2356号4頁（2018）は、妨害排除請求として認められるのは、人格権の侵害が解消される程度までの低減であり、当然に本件事故前の空間線量率への「原状回復」が認められるものではないとする。

75) ここでは、むしろ妨害排除請求としていかなる範囲までの除去が認められるのかということも問われることになるが、これは実体法上の問題となるため、本稿では立ち入らないこととした。

76) 前掲注（6）尼崎大気汚染公害訴訟（平成12年）、名古屋南部大気汚染公害訴訟（平成12年）を参照。たとえば、尼崎大気汚染公害訴訟では、原告が、浮遊性粒子状物質につき「一時間値の一日平均値0.10mg/立方メートル」の排出禁止を求めたのに対して、判決主文は、「一時間値の一日平均値0.15mg/立方メートル」の排出禁止を命じている。

77) これを、佐藤彰一「差止論が動いた」法律時報73巻3号19頁（2001）は、量的な一部認容であるとする。

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

と解する。これに対して、「50Bq/kg」になるまで除去せよという請求に対して、「全て」除去せよとの判決や「40Bq/kg」になるまで除去せよとの判決は、原告の申し立てた範囲（上限）を超えることになるため、処分権主義に反し許されないことになる。

さらに処分権主義との関係でいえば、抽象的作為請求に対して、訴えの変更手続を経ることなく、具体的作為を命ずる判決（たとえば、放射性物質を50Bq/kgになるまで除去せよとの請求に対して、Aという方法で放射性物質を50Bq/kgになるまで除去せよとの判決）をすることができるかが問題となる。

この問題につき、従来の「抽象的不作為請求」に関する議論をみると、抽象的不作為請求に対して、具体的な作為を命じる内容の判決をできるかという問題については、否定的な見解<sup>78)</sup>も存在するが、原告の意思や審理の経過に応じて、肯定する余地があるとする見解も主張されているところである<sup>79)</sup>。私見としては、抽象的な放射性物質の除去請求の場合、原告の意思としては、被告はどのような手段を用いてもよいから放射性物質を除去せよと考えることが一般的であると思われるため、その手段をとることに原告が反対している等の事情がない限りは、具体的作為を命じる判決も許されるものとする。ただし、処分権主義違反を判断するにあたっては、私的自治の原則（原告の処分の自由の保障）と並んで、両当事者への不意打ち防止の観点が重要な要素となる<sup>80)</sup>ことから、実際にその手段をとることにつき訴訟過程において十分な攻防がなされたという場合に限り、このような判決も可能と解する。

## (2) 本案判決の既判力

抽象的作為請求について本案判決がなされた場合に、どのような内容の既判力が生じるのかが問題となる。

78) 猪股・前掲注(5) 977頁注(41)。

79) 井上治典「請求の特定(その三)」鈴木正裕ほか『演習民事訴訟法』59頁(有斐閣、1982)、高橋宏志ほか「〈座談会〉差止めと執行停止の理論と実務」判タ1062号28頁(2001)[高橋宏志発言]、川嶋・前掲注(5) 適法性論123頁注40)。

80) 兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』1337頁、1338頁(弘文堂、2011)[竹下守夫]。

たとえば、所有権に基づく妨害排除請求としての放射性物質の除去請求の場合、その訴訟物が、「所有権に基づく妨害排除請求権としての放射性物質の除去請求権」（旧訴訟物論）であると解すると、請求認容判決の既判力は、その存在について、請求棄却判決の既判力は、その不存在について生じることになる。したがって、たとえば、所有権に基づく妨害排除請求として、放射性物質を「全て」除去せよとの請求につき請求棄却の確定判決がなされた場合、再度、所有権に基づく妨害排除請求として、放射性物質を「全て」除去せよとか、「50bq/kg」まで除去せよとの訴えを提起することは、原則として、既判力に抵触して許されないということになる。

しかしながら、このような抽象的作為請求に対して、「実現不可能性」を理由に「棄却判決」がなされた場合には、例外的に特別な問題が生じる。すなわち、前記のような判決が確定した後に、請求を実現するための具体的方法が新たに発見されたという場合、再訴することは可能かという問題である。この問題は、請求棄却判決の既判力をどのように解するかにかかわる問題であり、本稿では詳細な検討をすることはできないが、これをどのように説明するかは、期限の付いた貸金債権につきその支払請求訴訟をして、「期限未到来」を理由に請求棄却判決がなされて確定した後に、期限が到来したことを理由に再訴を許すとする場合の議論を参考とすることができるであろう<sup>81)</sup>。したがって、請

81) この場合には、期限の到来を基準時後の新事由（時的限界の問題）として説明する見解と、期限未到来という棄却理由の特殊性から既判力の内容の問題として説明する見解（一時的棄却とも呼ばれる）が対立している。

期限未到来を理由とする請求棄却判決の既判力については、新堂幸司ほか『演習民事訴訟法2』264頁（有斐閣、1985）〔井上治典〕、新堂幸司「既判力と訴訟物」同『訴訟物と争点効（上）』152頁以下（有斐閣、1988）、高橋宏志「既判力と再訴」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新（中）』531頁以下（有斐閣、1991）、同・『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』603頁以下（有斐閣、2013）、柏木邦良「棄却判決の既判力——その客観的範囲」判タ881号32頁（1995）、越山和広「請求棄却判決と再訴の可能性——期限未到来による棄却判決を中心に——（一）（二・完）」近畿大学法学45巻3・4号129頁（1998）、46巻4号47頁（1999）、上野泰男「既判力の客観的範囲」法教282号12頁、13頁（2004）、松本博之「請求棄却判決の確定と標準時後の新事由による再訴」同『既判力理論の再検討』13頁（信山

抽象的作為請求としてなされた放射性物質の除去請求における訴えの適法性

求を実現するための具体的方法が新たに発見された場合には、これを基準時後の新事由（時的限界の問題）と捉えるか、あるいは「実現不可能性」という棄却理由の特殊性からその既判力の内容を説明するかはともかくとして、再訴は前訴判決の既判力に抵触することなく許されるものと解する<sup>82)</sup>。

#### 【付記】

本稿は、福岡民事訴訟法判例研究会および日本民事訴訟法学会関西支部における報告をもとに執筆したものである。両研究会におきましては、貴重なご意見・ご批判等を賜りましたこと、心より御礼申し上げます。

---

↘社、2006)、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』520頁、521頁（弘文堂、2011）〔竹下守夫〕、畑瑞徳「一時的請求棄却判決に関する覚書」高橋宏志古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』951頁以下（有斐閣、2018）等を参照。

- 82) ただし、「実現不可能性」を理由に請求棄却とされた場合と、「期限未到来」を理由に棄却された場合とを全く同列に扱うことが許されるかは、なお検討を要するものとする。というのも、後者の場合は、再訴における再審理を可能とさせる事由が、「期限の到来」という判断が客観的に容易な事由であり、かつ、再訴（貸金返還請求訴訟）において、原告が証明責任を負う事由であることから、原告が再訴するにあたり「期限の到来」を主張し、これを証明できなければ請求棄却となるという図式を難なく導き出せるように思われる。これに対して、前者の場合は、再訴における再審理を可能とさせる事由が、「実現可能性」という客観的には判断が難しい事由であり、かつ、再訴（所有権に基づく妨害排除請求訴訟）において、被告が実現不可能性につき証明責任を負うと解する私見では、原告が、再訴するにあたり「実現可能性」を主張しさえすれば、後訴における再審理が可能となり、後は被告の側に「実現不可能性」を立証させるとすることでよいのか、それとも、前訴判決の既判力により請求棄却となることを防ぐためには、単に「実現可能性」につき主張するだけでは足りず、まずは原告側が一定程度の確信を裁判所に抱かせる必要があるのかという問題が生じうるからである。さらに、仮に、再訴における再審理を可能とするために、原告側に実現可能性の立証責任を課すとした場合には、本来であれば、実現不可能性は被告側が証明責任を負うこととの関係で、どの程度の立証が要求されることになるのかも問われることになろう。この問題については、今後の課題としたい。