

## 沖縄ジュゴンと環境正義

— 辺野古海上ヘリ基地問題と米国環境法の域外適用について —

# Okinawa Dugong and Environmental Justice

— Henoko Seabase Facilities and Extraterritorial Application  
of U. S. Environmental Law —

関根 孝道

Takamichi Sekine

The IUCN Second World Conservation Congress in Amman, Jordan, adopted a Recommendation for the conservation of Okinawa dugongs in October 2000. This is because their critical habitat areas in Henoko offshore Okinawa are to be landfilled for the construction of U.S. seabase facilities in return for the U.S. military airport at Futenma. Since Okinawa dugongs are not only designated as one of Japan's natural monuments but also seriously endangered with the remaining number estimated at the most less than 50, the proposed seabase facilities are determinatively detrimental to the continued existence of Okinawa dugongs. Given the ineffectiveness of Japan's nature conservation laws, the last resort for their protection is to initiate a lawsuit under the U.S. environmental law in their court. This article examines the possibility of extraterritorial application of U.S. environmental laws for the protection of Okinawa dugongs with the conclusion that the National Historic Preservation Act ("NHPA") is most applicable due to the section 402's declaration of its extraterritorial application. In addition, since Okinawa dugongs are listed as an endangered species under the U.S. Endangered Species Act ("ESA"), an ESA lawsuit under its citizen suits provision is prospective and significant as a test case challenging ESA's overseas application.

キーワード：沖縄ジュゴン、SACO、辺野古海上ヘリ基地、米国環境法、NHPA

**Key Words** : Okinawa Dugong, SACO, Henoko Sea base Facilities, Extraterritorial Application of U.S. Environmental Law, NHPA

### 目次

第1 はじめに .....	13
第2 米国環境法と域外適用 .....	15
1 域外適用の考えかた .....	15
2 域外適用と行政規則 .....	16
(1) 大統領令11752 .....	16
(2) 大統領令12114 .....	17
(3) 国防省の域外適用の指針 .....	19
① 国防省指令6050.7 .....	19
② 国防省指令6050.16 .....	19
OEBGD文書 .....	20
OEBGD第12章 .....	20

③日本環境適用基準文書.....	22
(i) JEGS「第1章 概説」について.....	23
JEGSの目的.....	23
JEGSの適用範囲.....	23
JEGSとの衝突.....	23
遵守すべき事項.....	24
JEGSの法的効果.....	24
(ii) JEGS「第13章 絶滅のおそれある種をふくむ自然資源」について... 25	
適用範囲.....	25
定義規定.....	25
適用基準.....	26
(iii) まとめ.....	27
第3 日米地位協定と国内法令遵守.....	28
1 はじめに.....	28
2 日米地位協定.....	28
3 国内法令の遵守義務.....	30
4 まとめ.....	31
第4 沖縄ジュゴンと米国環境法の域外適用.....	32
1 米国文化財保護法の域外適用.....	32
1.1 米国文化財保護法について.....	32
1.2 NHPA訴訟の有用性.....	33
1.3 NHPA訴訟と行政手続法.....	35
(1)原告適格要件.....	35
(2)処分性要件.....	37
(3)審査基準.....	38
(4)請求の趣旨.....	38
1.4 NHPA第402条.....	39
1.5 NHPA域外適用の法律効果.....	42
(1)影響考慮義務.....	42
(2)利害関係者との協議義務.....	43
2 米国種の保存法の域外適用.....	44
(1)はじめに.....	44
(2)手続構造.....	45
(3)域外適用.....	47
(4)まとめ.....	48
3 米国国家環境政策法(NEPA).....	49
(1)はじめに.....	49
(2)NEPAの域外適用.....	50
(3)まとめ.....	51
第5 むすびにかえて.....	51
謝辞・付記.....	52

## 第1 はじめに

2003年9月25日は沖縄ジュゴンにとって記念すべき日になるかもしれない。

この日、沖縄ジュゴンの存続のために、日米の環境NGO、法律家、平和団体などが国境をこえて連帯し、カリフォルニア連邦地裁において、沖縄ジュゴン訴訟が提起された(以下、適宜、「本訴訟」「NHPA訴訟」「ジュゴン訴訟」「沖縄ジュゴン『自然の権利』訴訟」ともいう)。この訴訟は絶滅の危機にある沖縄ジュゴンを救えるのだろうか。

沖縄ジュゴンの生息数は数十頭以下といわれ

ている<sup>1</sup>。その重要生息地が辺野古水域であるが、現在、ここに巨大な軍民共用空港が建設されようとしている(以下、適宜、「辺野古基地」「米軍基地」「海上ヘリ基地」ともいう)。その国内法的な問題点はこれまでも紹介されてきた<sup>2</sup>。この計画が強行されるばあい、国内法的に阻止できるかどうかについては、国内法制の不備などあって樂觀できないようにおもわれる。

たしかに、沖縄ジュゴンは、文化財保護法上の天然記念物であり<sup>3</sup>、種の保存法上の国際希少野生動物種であり<sup>4</sup>、鳥獣保護法上の保護鳥獣であり<sup>5</sup>、水産資源保護法上の捕獲禁止対象種で

- 1 沖縄ジュゴン問題の現状を知るためには、以下のものが資料集として有益である。ジュゴンネットワーク沖縄編「沖縄のジュゴン保護のために(資料集)2000年7月、同編「追録(第2版)沖縄のジュゴン保護のために(資料集)2001年2月28日、WWFジャパン・日本自然保護協会・ジュゴン保護キャンペーンセンター編「ジュゴン国際シンポジウム—ジュゴンの研究と保全の行動計画」2003年5月、前二者の一部英訳版として、The Dugong Network Okinawa "For the Protection of Dugongs Offshore Okinawa (Material)" July, 2000; The Dugong Network Okinawa (Japan) "For the Protection of Dugongs Offshore Okinawa (Material II)". ほかに、IUCN勧告決議の履行を！沖縄のジュゴン保護のために・シンポジウム実行委員会「12 / 16シンポジウムの記録・Save The Last Dugong of Okinawa」2001年2月1日、ジュゴン保護キャンペーンセンター「DUGONG ヘレン・マーシュ教授 日本特別講演レポート」2002年6月1日などの資料集も、ジュゴン関係情報の宝庫である。一般向けの分かりやすい解説書として、ジュゴン保護キャンペーンセンター編「ジュゴンの海と沖縄—基地の島が問い続けるもの」、沖縄県文化環境部自然保護課「ジュゴンのはなし—沖縄のジュゴン」、参照。なお、2000年7月14日付け日本弁護士会連合会「ジュゴン保護に関する要望書」は、法的見地からジュゴン保護問題について検討し、提言したものである。
- 2 たとえば、亀山統一「SACO・新ガイドラインと沖縄の自然環境」環境と正義No.30~32、籠橋隆明「沖縄ジュゴンと法的正義」同No.34~36など、参照。新聞記事については、おびただしい数の報道がなされているが、2002年7月29日付け沖縄タイムス刊の特集記事が、詳細な「普天間飛行場移設問題の経過年表」もついでに有意義である。防衛庁サイドからの海上ヘリ基地の一般向け概要紹介として、防衛庁「代替施設の規模」(平成13年6月)、同「ポンツーン工法について」「埋立工法について」「杭式橋工法について」、同「代替施設基本計画主要事項に係る取扱い方針」に基づく検討資料、那覇防衛施設局「普天間飛行場代替施設の建設に係る現地技術調査」(平成15年2月)、同「普天間飛行場代替施設の建設に係る現地技術調査」(平成15年3月)などがある。
- 3 ジュゴンの天然記念物指定の経緯は、沖縄の統治の歴史とも関連して非常に複雑で、紆余曲折を経ている。その指定は、第二次大戦後の米軍支配下の琉球政府に由来し、その文化財保護委員会は、1955年1月25日付けの同委員会告示第二号において、「文化財保護法(一九五四年立法第七号)第三十九条の規定に基づき、史跡、名勝、天然記念物を次のとおり指定する」と定め、そのリストの5番目に「種別 天然記念物 名称 儒艮 所在地 琉球近海」と記載されている。「儒艮」というのはジュゴンの漢字表記である。これが沖縄の日本復帰のさいに、日本の文化財保護法にもとづき、文部大臣より昭和47年3月付けで、文化財保護審議会宛に「沖縄の地域に所在する左記の物件を、沖縄の復帰と同時に、それぞれ史跡、名勝または天然記念物に指定したいのでその当否につき諮問」する旨の諮問がなされ(昭和47年諮問第8号)、その「三 天然記念物に指定すべき物件」リストには、「番号 7 名称 ジュゴン 所在地 地域を定めず指定する(主な生息地—沖縄県)」と記載されている。指定の理由であるが、「別紙」によると、昭和26年5月10日文化財保護委員会告示第二号の「特別史跡名勝天然記念物及び史跡名勝天然記念物指定基準」の「天然記念物動物の部第二(日本著名の動物)による」とされ、さらに詳しく、「戦前から天然記念物の候補とされていたもので、人魚又は海馬ともいわれる海棲の世界的珍獣である。紅海、印度洋の付近から琉球近海にかけて生息していたが、活発な遊泳をしないため乱獲され絶滅の危険が高い」と説明されている。この基準の「第二(日本著名の動物)」というのは、「特有の産ではないが、日本著名の動物としてその保存を必要とするもの及びその棲息地」のことである。かくして、沖縄ジュゴンは、日本復帰とともに、日本の文化財保護法にもとづく天然記念物となつて、今日にいたっている。以上の詳細については弁護士小林邦子氏から教えた。付言しておきたい。日本の文化財保護制度一般につき、椎名慎太郎・稗貫俊文「文化・学術法」現代行政法全集25・ぎょうせい(1986)、文化庁文化財部監修「文化財保護関係法令集(改訂版)」ぎょうせい(2001)、中村賢二郎「文化財保護制度概説」ぎょうせい(2002)、参照。
- 4 絶滅のおそれある野生動物種の種の保存に関する法律施行令(平成5・2・10政令17)「別表 第二 国際野生動物種 表二(12)海牛目ジュゴン科ドゥゴン・ドゥゴン(ジュゴン)」。なお、ジュゴンは国内希少野生動物種には指定されていない(同法第4条3項、同施行令1条、同別表第一)。沖縄ジュゴンは絶滅寸前であり、同法を所管する環境省の怠慢はなほだしい。保護種指定の申立権は一般市民にはなく、同法の実効性が著しく殺がれている。保護種指定は政令指定となっているので、指定には閣議決定が必要であり、一省庁でも指定に反対するかがり指定できないしくみとなっている。今となっては、海上ヘリ基地計画が具体化しているので、防衛庁などの反対が予想され、環境省も手がだせない。いずれにしても、保護種を政令指定するというのは、反対する省庁が一つでも存在するかがり指定させないシステムであり、こども種の存続という国民的・世界的な利益よりも、開発官庁の省益・意向を優先させるしくみとなっている。したがって、今後は、国を相手にした保護種指定しないという不作為の違法確認訴訟、あるいは、直載に、指定の義務づけをもとめる義務づけ訴訟などが必要かもしれない。ちなみに、保護区指定についても、保護区は国内希少野生動物種のためにしか指定できないので(同法36条1項)、国際希少野生動物種とされたジュゴンのためには、保護区指定もできないがごとくである。これも日本の種の保存法の欠陥の一つである。
- 5 鳥獣保護法2条1項、80条1項、同法施行規則78条2項参照。ジュゴンは最近の改正により環境省の所管に移された。

もある<sup>6</sup>。が、それだけである。国内法上、ジュゴンがそれらの保護種であることは、行政解釈上、その意図的かつ直接的な捕獲が禁止される程度のものでしかない。保護種指定によって享受しうる法的利益はそれだけである。このような法の解釈適用が正しい解釈とはおもえないが、公権的な解釈として実際にまかりとおっている。市民サイドから、たとえば、市民訴訟条項などによって<sup>7</sup>、ジュゴン保護のためのアクション一種の保存法上の国内希少野生動植物種指定や同法上の保護区指定などをおこなすこともできない。ジュゴン保護の国内法には実効性がない状況である<sup>8</sup>。

いっぽう、問題の軍民共用空港は米軍海上ヘリ基地であり、ジュゴンは米国種の保存法<sup>9</sup>(ESA)上の保護種でもある<sup>10</sup>。米軍はこの基地建設に関与しており<sup>11</sup>、この点を米国の連邦機関の行為(以下、「連邦行為」という)として捕捉し、これに米

国内法を適用していくことが、法の支配という観点からも重要である。比較法的にいても、日米環境法の実効性のちがひ、行政機関の違法是正にたいする裁判所の温度差などをかんがえると、米国内法の域外適用を前提に、米国内裁判所において、国防省にたいし、日本国内における米軍による米国内法違反の違法行為について、その是正をもとめる訴訟は有意義である。

本稿は、以上のような問題意識をふまえ、米国環境法の日本への域外適用の可否を検討するものである。具体的には、辺野古海域における米軍基地の建設問題をとりあげ、沖縄ジュゴン保護のために、米国環境法上、いかなる法的手段をもって対峙しうるか検証していきたい。この作業は、上述した辺野古基地建設における米軍の関わりを米国連邦行為としてとらえ<sup>12</sup>、米国環境法とくに文化財保護法(NHPA)を中心に、その解釈適用上の問題点を解明することが中心となる。さいしょに、米国環境

6 ジュゴンをふくむ海生哺乳類の法的保護の現状と課題につき、羽山伸一・坂元雅行「海生哺乳類の保護」(財)自然保護協会編「生態学からみた野生生物の保護と法律」講談社サイエンティフィク(2003)167～199頁、参照。

7 市民訴訟条項は、米国環境法にひろく導入されているもので、当該環境法の(非裁量的な)規定に違反している者一連邦機関などの行政機関や一般私人であってもよい—にたいし、一般市民がその違反の是正をもとめて提訴することをみとめる制度である。環境法の実効性の担保を目的としており、法の執行に一般市民を関与させるシステムである。日本法の住民訴訟制度に類似しているが、財務会計行為性(公金支出性)は要件とされていないこと、判例上、客観訴訟ではなく主観訴訟とされている点などで異なる。もっとも、主観訴訟といっても、そのメルクマールとされる個人的な利害関係性の要件は、いわゆる「injury in fact」の解釈問題であるが、判例理論上、きわめて緩やかに解釈されているので、日本法的には、ほぼ「だれにでも」原告適格がみとめられる—その意味で客観訴訟的といえる—ような感じである。米国法上の環境原告適格については、関根孝道「だれが法廷に立てるのか—環境原告適格の比較法的な一考察」総合政策研究No.12(2002)参照。市民訴訟条項の一般的な解説書として、Michael D. Axline, "Environmental Citizen Suits" MICHIE 1995。

8 もっとも、ジュゴン保護団体が国内法的な措置を断念したわけではなく、海上ヘリ基地建設のための環境アセスメント着手前になされた、防衛施設庁によるボーリング調査計画にたいしては、保護団体から文化財保護法違反などを理由に警告書が発せられている。のみならず、このボーリング調査は、実質的には、環境アセスメントが未了の段階において、アセス対象事業を見切り発車させるもので、環境影響評価法31条などに違反するとして、その中止をもとめる公害調停もすすめられている。

9 正式名称は、The Endangered Species Act of 1973, 16U.S.C.A. § 1531 et al. (「1973年絶滅のおそれある種に関する法」合衆国法典第16編第1531条以下)である。同法は世界最強の自然保護法である。同法邦訳の概説書として、ダニエル・J・ロルフ著・関根孝道訳「米国種の保存法概説—絶滅からの保護と回復のために」信山社(1997)。

10 50 C.F.R. § 23.23.

11 この米軍の関与は事実上のものにすぎないのか、法的意義をもつ要件のものであるのかは、日米安保条約や地位協定の解釈にも関係して、非常に厄介である。この点は後述する。もっとも、日本の領域内における米軍の関与(行為)が問題となるばあい、その法的評価は、安保条約などの日米間の国際条約の解釈問題としてだけでなく、米国内法の域外適用というアングルからも検討しなければならない。前者との関係では、主権免責など国際法上の法理や日米安保条約の優位性がファイアー・ウォールとなって、日本国内において、米軍を相手に、米軍の行為に日本法を適用して、司法審査に服せしめることは困難である。たとえば、最近の最高裁判例として、横田基地夜間飛行差し止め等請求事件にかんする同第二小法廷判決平14・4・12民集56巻4号729頁、判時1786号43頁、判タ1092号107頁、参照。後者との関係では、例外的に、米国内法の域外適用が肯定されるばあい—これは当該米国内法の解釈問題である—がありうる。このばあいには、米軍の行為について、米国法の域外適用を前提に、国防省を相手に米国内で提訴することが可能である。米軍基地や米軍の行為に日本法を適用することの限界をかんがえると、今後は、後者の方法による法の支配の貫徹をはかっていく必要がある。

12 前注で示唆したように、辺野古基地建設における米軍のなんらかの関わりを、米国環境法適用のひきがねを引く連邦行為として法律構成できるか、この点の解釈問題が出发点として重要である。上述したように、日米安保条約などからの国際法的なアプローチと、米国環境法の国内法的な解釈問題という、二つの側面からの分析が不可欠である。本稿でもこの二つの視点から接近していきたい。

## T. Sekine, Okinawa Dugong and Environmental Justice

法の域外適用の一般的なスタンスについて概説し、ついで、国家文化財保護法(NHPA)の域外適用上の問題点を、上述した沖縄ジュゴン「自然の権利」訴訟を素材としつつ、米国環境法によるジュゴン保護の可能性という観点から検討をくわえ、さいごに、国家環境政策法(NEPA)と絶滅の危機に瀕した種の保存法(ESA)の域外適用にも言及することにしたい。

なお、本稿中の日本語訳は、とくに断り書きのないかぎり、筆者による仮訳である。

## 第2 米国環境法と域外適用

### 1 域外適用の考えかた

一般に、国内法、とくに国内公法は、その国の領域内にかぎって適用されるのが原則である。いわゆる国家管轄権の場所的な適用基準によると、国際法上、国家が内外国人の別なく他国の介入を排除して管轄権を行使できるのは、原則としてその領域内にかぎられる結果<sup>13</sup>、国内法の地理的な適用範囲もその国の領域内に限定される。これは国家主権のおよぶ範囲いかんの問題でもある。

国内法の適用はその国の領域内に限定される

が、いっぽう、この原則には例外もみとめられる。国家は、その領域外にある人、財産、行為についても、その国内法令の適用対象とする広汎な自由をもつとされ、このような立法管轄権についての裁量は、国際法上、特段の禁止法規のないかぎり制限されることもない<sup>14</sup>。

米国法の域外適用の基本的スタンスも、以上のような前提から出発している。

すなわち、米国内法は、原則としてその領域内において適用され、当該法律の解釈上、その域外適用をみとめる趣旨—これは議会意志の探求問題である—が明確なばあいにかぎって、例外的に領域外への適用が肯定される<sup>15</sup>。この原則と例外の関係はたてまえとして維持されている。じっさい、域外適用を明言する立法例はほとんどない状況で、環境法的な分野では<sup>16</sup>、つぎの二つものが具体例として挙げられる程度である。

ひとつは、1984年アスベスト学校危険防止法(Asbestos School Hazard Abatement Act of 1984)の規定であり<sup>17</sup>、同法は、海外にある国防省所属の学校をふくむ「合衆国の連邦政府機関に属するすべての学校」に適用されることが明記されている<sup>18</sup>。ふたつめは、直訳して国家歴

13 山本草二「国際法(新版)」有斐閣(1994)233頁。さらに、つぎのようにも解説されている。「国際慣習法または条約に基づく別段の許容法規のない限り、国家は国際法上の主要な義務として他国の領域で権力行使(強制管轄権)をすべて禁止されるのであり(前記「ローチェス号事件」国際司法裁判決。(中略))、その意味で管轄権は属地的なものと、一応、推定される」。つまり、国家管轄権による国内法適用の領域的な限定は原則であって、絶対的なものではない。引用文中、「一応、推定される」というのは、そのことを意味している。

14 同233頁。

15 American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347, 354 (1909); Blackmer v. United States, 284 U.S. 421, 436 (1932); Foley Brothers v. Filardo, 336 U.S. 282 (1948); E.E.O.C. v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244, 248 (1991).

16 一般に、環境法の世界では、人間の生命・健康を中心に、その保護法益を生活環境と自然環境に二分することが多い。このような二分論は、環境法が公害中心であった時代には適合的であるが、環境法の重点が公害から自然保護や都市アメニティ、さらには、社会的・文化的・歴史的な環境へとシフトしていくにつれ、時代おくれになりつつある。本稿も、環境法の射程に社会的・文化的・歴史的な環境の保全をもふくめて、「環境法」の分野として表現することにしたい。環境法の現代的な対象範囲については、大塚直「環境法」有斐閣(2002)が現時点における到達点を示すものとして、非常に有益である。同書では、国際環境問題、貿易と環境、有害化学物質管理法、循環管理法、文化環境保全法なども、環境法体系のなかに位置づけられている。

17 20 U.S.C. 4020(5)(B).

18 Lieutenant Colonel Richard A. Phelps, Chief of Environmental Law Headquarters, United States Air Forces in Europe, "Environmental Law For Department Of Defense Installations Overseas", Fourth Edition, May 1998, p3. 同文書は、その著者の肩書が示すように、合衆国軍属の環境法主席担当官によって執筆されたもので、在外米軍基地における国防省の行為—米国軍の諸活動をふくむ—に焦点をあて、米国環境法の域外適用について論じたものである。じっさいの米軍担当者むけの解説書であるが、それだけに内容も具体的、実践的なものである。執筆者が個人名であることから示唆されるように、国防省の公式見解文書とはいえないであろうが、職務上作成されたマニュアル的なものであり、発行元も在欧米空軍であることからすると、米国環境法の域外適用の指針的効力はないとしても、国防省の考えかたをしる重要な手がかりである。以下、「解説書」として引用する。

史保存法(National Historic Preservation Act, "NHPA")—日本法的に意識すれば国家的文化財保護法—の規定で<sup>19</sup>、同法は、合衆国の連邦機関にたいし、外国の保護目録にリストされた自然的または文化的な遺産におよぼす悪影響を回避・緩和することを命じているが、法文上、この命令は国防省の諸活動をふくむ「合衆国外のあらゆる連邦行為(Federal undertaking)」に適用されることが明言されている<sup>20</sup>。さらに、域外適用を明言したものではないが、米国内の活動が他国におよぼす影響を考慮し、その他国にたいし、米国内における一定の手続的権利を保障した環境法規定も存在する<sup>21</sup>。

いっぽう、同じく環境法の分野において、法文上、域外適用にかんする議会意志—その文章的な表現である法律の文言—が必ずしも明らかでなく<sup>22</sup>、この点が裁判で争われた著名なケースも少なくない<sup>23</sup>。ひとつは、国家環境政策法(National Environmental Policy Act, "NEPA")<sup>24</sup>に関するもので、いまひとつは、絶滅のおそれある種の保存法(Endangered Species Act, "ESA")<sup>25</sup>に関するものである。詳細は後述するが、判例上、それらの域外適用の問題は未決着の状態であり、将来にもちこされている。

ここで、米国環境法の域外適用について、沖縄ジュゴンとの関係で必要な範囲で要約すると、つぎのようになる。すなわち、米国環境法は、その領域内にかぎって適用される原則であるが、法文上、その域外適用をみとめる議会意志が明確なばあいには、例外的に、その領域外への適用も肯定される。しかし、そのような議会意志が一義的に明らかでないために、域外適用のうむをめぐって争われた環境法規定が存在し、いまだに、その決着はついていない。

## 2 域外適用と行政規則

米国環境法の域外適用の一般論は上記のとおりであるが、この点に関する行政規則も少なからず存在する。その主要なものを見ていく<sup>26</sup>。

### (1) 大統領令11752<sup>27</sup>

同令は、1973年、ニクソン大統領によって署名されたものだが、海外にある連邦政府施設(以下、「在外施設」ともいう)における環境保護について、本格的に言及した最初のものとしてされる。同令第3条(c)は、「在外施設の建設および運用につき管轄権をもつ連邦政府機関の長は、当該在外施設につ

19 16 U.S.C. 470a-2. 同条項の解釈上の論点は後述する。

20 解説書3~4頁。

21 42 U.S.C. sec.7415(a) (b). 同法は、いわゆる「Clean Air Act(大気汚染防止法)」であるが、同条項によると、「合衆国内において排出された大気汚染物質であって、他国における一般公衆の健康または福祉に危険をおよぼすと合理的に考えられる大気汚染をひきおこし、または寄与するもの」を防止するための手続において、当該他国は、米国内でおこなわれる公聴会に参加することができる。解説書3頁、注18参照。もっとも、この手続的権利は相互主義—当該他国が合衆国にも同様の権利を付与するばあいかぎり、同条項を他国にも適用する制度—が前提となっている。同条項(c)、参照。

22 米国における制定法解釈は裁判所による議会意志の探求問題でもある。これは三権分立や民主主義による統治原理の現れといえるが、技術的には、立法過程が外部から見るという意味で透明であること、具体的にいえば、議会内部で条文の意味について真摯な議論がたたかわされ、その結果が立法資料として利用できることが前提となっている。日本のように立法過程が不透明で、国会の法律審議も形骸化しているばあいには、立法者意志の探求による法律解釈といっても限界がある。日本では、「法の趣旨」という大義名分のもとに、あいまいな条文の解釈がおこなわれるが、国会における立法資料—かりに、そのようなものがあつたとしても—の検証がなされるわけではなく、この作業はかなり主観的、ある意味でいい加減なものである。日本の立法過程、とくに議員立法につき、五十嵐敬喜「議員立法」三省堂(1997)、参照。

23 解説書4~7頁。詳しくは、後述するESAおよびNEPAの域外適用のところ、紹介する。

24 42 U. S. C. 4321, et seq.

25 16 U. S. C. 1531, et seq.

26 以下の記述は、おおむね解説書7~14頁を参考にしているが、私見もまじえて解説を試みているので、正確性の責任は筆者にある。

27 E.O. 11752, "Prevention, Control, and Abatement of Environmental Pollution at Federal Facilities", Dec. 19, 1973.

## T. Sekine, Okinawa Dugong and Environmental Justice

いて、当該接受国または管轄下において一般的に適用される環境汚染基準にしたがって、当該在外施設を運用することを保証する(assure)ものとする」と定めて、環境上の遵守義務を明記していた<sup>28</sup>。

もっとも、在外施設の環境保護をとりあげた最初のもは、同令にさきだつ大統領令11597であったが、「連邦政府機関の長は、合衆国外において施設を建設し、または運用するにさいしては、大気および水質につき正当に考慮する(give due consideration)ものとする」と規定するにとどまり<sup>29</sup>、同11752のように徹底したものではなかった。その意味で、在外施設における環境保護については、同令が実効的な最初のものとして特筆される<sup>30</sup>。

その後、同令は、カーター大統領によって署名された同12088にとって代わられたが、同12088は、同11752が確立した上記環境上の遵守義務を実質的に変更するものではなかった<sup>31</sup>。

(2) 大統領令12114<sup>32</sup>

同令もカーター大統領によって署名されたものだが、海外における連邦機関の意志決定にさいし、

その環境影響を考慮すべきことを命じている。上記のように、NEPA(国家環境政策法)の域外適用、とくに他国領域内における連邦政府機関の行為について、法文上、NEPAが適用されるかどうか明らかではなく、判例上も未決着の状態である。同令は、NEPA規定の域外適用を肯定した行政解釈規則ではなく、NEPAの方向性に沿って、あるいは、その趣旨をさらに拡大して、NEPAもどきの環境影響評価の процедуруを創設したものとされる<sup>33</sup>。

同令は、連邦政府機関による以下の行為について、一定の環境影響評価の procedure を命じている<sup>34</sup>。

- ① いずれの国の管轄(jurisdiction)にも属しない世界共有財産(global commons)の環境に著しい影響をあたえる主要な連邦行為(major federal actions)
- ② 当該連邦行為につき合衆国との関わりをもたない(notparticipating)他国の環境に著しい影響をあたえる主要な連邦行為(major federal actions)
- ③ つぎのいずれかがもちこまれる他国の環境に著しい影響をあたえる主要な連邦行為

28 同規則以前にも、合衆国内における連邦政府施設の環境保護については、そのための行政規則が存在していた。解説書7頁の注38によると、そのような規則として、E.O. 11752のほか、以下の5つの行政規則があった。E.O. 11507, "Prevention, Control, and Abatement of Air and Water Pollution at Federal Facilities", Feb. 5, 1970; E.O. 11288, "Prevention, Control, and Abatement of Water Pollution by Federal Activities", July 7, 1966; E.O. 11282, "Prevention, Control, and Abatement of Air Pollution by Federal Activities", May 28, 1966; E.O. 11258, "Prevention, Control, and Abatement of Water Pollution by Federal Activities", Nov. 19, 1965; E.O. 10779, "Directing Federal Agencies to Cooperate with State and Local Authorities in Preventing Pollution of the Atmosphere", Aug. 22, 1958; and E.O. 10014, "Directing Federal Agencies to Cooperate with State and Local Authorities in Preventing Pollution of Surface and Underground Waters", Nov. 3, 1948. このように、いちばん古いものは1948年のもので、年代的にはこの年まで遡るといふ。

29 原文はつぎのとおりである。

[Heads of Federal agencies responsible for the construction and operation of Federal facilities outside the United States shall assure that such facilities are operated so as to comply with the environmental pollution standards of general applicability in the host country or jurisdictions concerned.]

30 解説書7頁注39参照。もっとも、文言上は、大統領令11597と同11752のちがいは、日本語訳的には微妙である。前者は、「保証する」というにたいし、後者は「考慮する」と表現しているが、英語のうえでは、前者のほうが義務の程度がハイレベルということである。

31 詳しくは、解説書8頁参照。文言上も、次のように定められており、上記行政規則11752第3条(c)とほとんど同じであるし、意味のちがいは見だせない。

[The heads of each Executive agency that is responsible for the construction or operation of Federal facilities outside the United States shall ensure that such construction or operation complies with the environmental pollution control standards of general applicability in the host country or jurisdiction.]

32 E.O. 12114, Environmental Effects Abroad of Major Federal Actions, Jan. 4, 1979. 同規則もカーター大統領によって署名されたものである。

33 解説書9頁。もっとも、正確に言えば、同規則は、NEPAだけでなく、それ以外の連邦法— "Marine Protection Research and Sanctuaries Act" "Deepwater Port Act" —の目的をさらに押しすすめるものとされている。E.O. 12114 sec.1 1-1、参照。

34 E.O. 12114 sec.2 para.2-3.

- (i) 環境への毒性的な効果が一般公衆に重大な健康リスクを生ぜしめることを理由に、合衆国において連邦法により禁止もしくは厳格に規制された生産物、または、そのような主要な生産物もしくは排出物を生産する有形的施設をともなう事業(physical project)
- (ii) 合衆国において、放射性物質から環境を保護するために、連邦法により禁止または厳格に規制された有形的施設をともなう事業
- ④合衆国の領域外において、世界的に重要な自然のまたは生態的な資源であって、本条項にもとづき、大統領により、または、合衆国が当事国である国際的協定によって保護されているばあいには国務大臣により、保護指定されたものに著しい影響をあたえる主要な連邦行為

上記用語中、「環境(environmental)」「著しい影響をあたえる(significantly affects)」の意味については、定義規定がある<sup>35</sup>。

このような環境影響評価の対象行為の区分に応じて、同令による環境影響評価の手続が実施される。具体的には、当該連邦機関は、上記①の連邦行為による影響につき環境影響評価書(environmental impact statements)、同②および③の連邦行為による影響につき、二国間または多国間の環境調査文書(environmental studies)、または、当該環境問題にかかる簡潔なレビュー文書(concise reviews)、同④の連邦行為による影響につき、それらの環境影響評価書、環境調査文書、簡潔なレビュー文書のいずれかを作成し<sup>36</sup>、当該

連邦行為について意志決定をするにさいし、その環境影響について考慮すべきものとされる<sup>37</sup>。

いっぽう、同令は、合衆国外において、環境配慮を実践することの対外的側面を考慮して、一定の行為について適用除外をみとめ、さらに、一定のばあいに、環境影響評価手続を修正する余地をのこしている。

まず、適用除外であるが、同令は8つの連邦行為を明示的に除外している<sup>38</sup>。このうち、沖縄ジュゴンとの関係で重要なのは、「国家安全保障または国家的利益にかかわる場合に、大統領または閣僚の指示によりおこなわれる行為」についての除外規定である<sup>39</sup>。

つぎに、環境影響評価手続の修正であるが、各連邦機関は、所定の目的を達成するために必要なばあいにおいて、上述した環境影響評価の手続—具体的には、同令第2条2-1および2-4に定められた手続—を、適宜、修正できるものとされている<sup>40</sup>。同じく、沖縄ジュゴンとの関係では、「(ii)他国との関係におよぼす悪影響、または、他国の主権管轄事項(sovcreign responsibilities)にたいする現実的(in fact)もしくは外見的(appearanace)な侵害を避けるために」、あるいは、「(iii)外交的な諸要素、国家安全保障上の考慮事項、当該連邦機関が関わりをもち(involved)または当該決定に影響をおよぼしうる程度を、適切に考慮することを保証するために(ensure)」許容される<sup>41</sup>、環境影響評価手続の修正が重要である。

さいごに、同規則の法的効果であるが、純粹に自主的な行政内部の手続とされ、その違反にたいしても、司法的救済をもとめえないことが明記されている<sup>42</sup>。その意味で、強制力はなく、多くを

35 同sec.3 para.3-4.

36 同sec.2 para.2-4(a) (b).

37 同sec.1 para.1-1.

38 同sec.2 para.2-5(a).

39 同sec.2 para.2-5(a) (iii).

40 同sec.2 para.2-5(b).

41 同sec.2 para.2-5(b) (ii) (iii).

42 同sec.3 para.3-1.



期待しえない。

### (3) 国防省の域外適用の指針

上述したような域外適用にかんする行政規則は、それぞれの連邦機関における管轄事項の特殊性をふまえ、各機関ごとに個別的な環境政策として具体化される。とくに、国防省は、多くの在外基地をかかえており、在外基地や駐留軍隊などの主権的属性をふまえた、米国環境法規の域外適用にかんする指針を明らかにしておく必要がある。国防省、とくに米軍の環境破壊力を前提とすると、この面からも環境配慮の指針化がたつよく要請される。

いっぽう、軍事活動は最大の環境破壊でありうるから、米国軍隊を受け入れるホスト国においても、米国環境法規の域外適用は重大な関心事項である。さらに、ホスト国側からいえば、自国環境法規が米軍基地に適用されるとしても、米国軍隊の享受する主権免除 (sovereign immunity) の法理に阻まれて、その実効性にも限界がある。なぜなら、米国の意志に反しては、司法手続によっても自国環境法規を強制しえないからである。

さらに、米国環境法規を在外基地に適用するといっても、ホスト国の主権が壁となってストレートには適用しえない。前記のように、国際法上の一般原則は、国内法規の適用範囲はその国の領域内に限定するのであり、環境法規のゆえに域外適用を正当化しえない。反対に、その公法的な性格が強調されると、むしろ域外適用には慎重さが要求されかねない。

以上のような問題は、駐留国における米国軍隊

の位置づけにも直結するから、米国とホスト国または多国間の安全保障条約や地位協定にも関係し、非常に複雑な様相を呈している。かくて、域外適用の指針は道しるべとしても重要なものである。

以下、国防省の主要な指針を検討していく<sup>43</sup>。

#### ① 国防省指令6050.7<sup>44</sup>

同指令は上記の大統領令12114を国防省において実施するための指針である。

もともと、同指令は新機軸といったものではなく、「条約上の義務および他国の主権」を尊重する趣旨から、主要な用語を定義し、審査手続を確立し、環境影響評価のために文書化すべき記載事項を明示することで満足している<sup>45</sup>。

その後、国防省は、その海外における環境管理の不十分さについて、1980年代後半に会計検査院 (General Accounting Office) の監査をうけ、1990年に連邦議会に改善を命じられて、包括的な海外における環境遵守の政策策定にうごきだした<sup>46</sup>。かくて結実したのが、つぎに紹介する国防省指令6050.16である。

#### ② 国防省指令6050.16<sup>47</sup>

同指令は、在外米軍の環境遵守を実効化する制度を創設し、画期的な意義をもつ。

同指令は、上述した大統領令12088がホスト国の「一般的に適用される汚染防止基準」を遵守するように命じていたが、この命令を履践する実際的な効果を有していた<sup>48</sup>。すなわち、同指令

43 以下の記述も解説書10頁以下を参考にしている。

44 DoD Dir.6050.7, "Environmental Effects Abroad of Major Department of Defense Actions", March 31, 1979.

45 解説書10頁。

46 同頁。

47 DoD Dir.6050.16, "DoD Policy for Establishing and Implementing Environmental Standards at Overseas Installations", September 1991.

48 解説書11頁。

は、さいしょに、海外における国防省の軍事基地施設(DoD installations and facilities overseas)に適用される、最低限の環境保護基準(minimum environmental protection standard。以下、「最低基準」という)を設定することで、上記の「汚染防止基準」を遵守させようとした<sup>49</sup>。この最低基準は、「合衆国における国防省の軍事基地施設および諸活動に適用される一般的に承認された環境基準(generally accepted environmental standards)にもとづく」ところの、「海外環境基準指針文書(overseas environmental baseline guidance document, “OEBGD”」において具体化される<sup>50</sup>。

### OEBGD文書

同文書(以下、「ベースライン文書」ともいう)は、米国環境法規の域外適用について、国防省の考えかたを知るうえで重要である。同文書は、きわだった米国軍隊の駐留国(nations with a significant DoD presence)において国防省環境行政官(DoD Environmental Executive Agents, “EEA”)を任命したうえで、EEAにたいし、ホスト国において一般的に適用される環境基準と、同文書との比較検討にもとづくことを基本として、そのいずれが人間の健康や環境をもっともよく保護するものであるか決定するために、「最終適用基準(final governing standard, “FGS”)」を策定すべきこと

を命じている<sup>51</sup>。このようにして最終的に確定され、各施設に配布されたFGSは、当該米軍施設に適用される環境保護基準となる<sup>52</sup>。

以上から明らかなように、在外米軍基地に適用される環境保護基準は、直接的には、米国環境法や駐留国環境法そのものではなく、それらの比較検討にもとづきOEBGDにしたがって策定されるFGSである。日本は米軍の主要な駐留国の一つであり、日本版FGSとして、「日本環境適用基準(Japan Environmental Governing Standards, “JEGS”)」が策定されている。JEGSの詳細は後述する。

OEBGD<sup>53</sup>のうち沖縄ジュゴンと関係のふかいは、その「第12章 歴史のおよび文化的な資源(Historic and Cultural Resources)」と「第13章 自然資源および絶滅のおそれある種(Natural Resources and Endangered Species)」であるが、ここでは前者について概説することとし、後者についてはJEGSのところでも詳述することにしたい。

### OEBGD第12章

同章は、さいしょに、その射程について、つぎのように述べる<sup>54</sup>。

「本章には、世界遺産リストまたは米国の全国史跡登録簿(the U.S. National Register of Historic Places)」に相当(equivalent)する、ホスト国リ

49 同頁。

50 同上。

51 この関係で注意されるのは、EEAは、FGSを策定するにさいし、当該軍事施設の建設、維持管理および運用が合衆国またはホスト国のいずれの責任によるものか考慮すべきことを、要求されている点である。解説書注63、参照。その具体的な意味は明確ではないが、形式的な解釈を徹底すると、たとえば、基地の建設・提供がホスト国の専権事項とされ、米国がこれを受領して始めて米軍基地とされ、以後、米国の責任において、その維持管理および運用に供されるステップがとられるばあい、その基地建設の部分—正確には、基地の前身であって基地でないもの—は、ホスト国の責任によるものとして、FGSの対象外になりそうである。が、基地建設はあくまで米軍使用のためであり、その意味において米軍用仕立てであり、有形・無形の米軍の関与は否定しえない。じっさいにも、「所要(details)」という名目で、建設される基地の様子が米国から提示され、これにしたがって建設がなされる。それゆえ、実質的にかがえて、このようなばあいにも、建設段階の当初から、米国の責任は否定することはできず、FGSの適用をみとめるべきだともわれる。

52 同上。ただし、OEBGDやFGSは、軍艦や軍用機の運航(navial vessels or military aircraft)、基地外の軍事活動や訓練の部隊(off-installation operational or training deployments)には適用がないとされている。それらは米国の主権の行使そのものとして、米国法の排他的な適用をみとめる趣旨であろう。

53 ここで紹介するOEBGDは「DoD 4715.5-G, March 15, 2000」である。

54 OEBGD C12.1 “Scope”。

ストに掲記されたような文化的な資源(cultural resources)の適切な保護および管理を保証すべく、そのために必要とされる計画およびプログラム策定についての適用基準(criteria)がふくまれる」。

上記のように米国文化財保護法(NHPA)は域外適用される。同章はその域外適用の準則を定めたものである。世界遺産リストや全米史跡登録簿に相当するホスト国の登録簿について言及されているのも、NHPAがそれらに登録された遺産・文化財の保護を命じているので、同章は、それらを保護するために、NHPA適用上のガイドラインを提供するものである<sup>55</sup>。

ついで、同章は、その適用上のキーワードについて定めている。

同章は、その保護対象について、「歴史的または文化的な資源(historic or cultural resource)」であるが、「世界、国家または地方の歴史において重要な先史または有史時代の地域、場所、建造物、構造物もしくは物(object)、建築学、考古学、土木技術または文化の物理的な残存物(physical remains)。(中略)世界遺産リストや全米史跡登録簿に相当するホスト国の登録簿にリストされたすべての財産をふくむ」と定義している<sup>56,57</sup>。

同章において、「悪影響(adverse effect)」というのは、「歴史的または文化的な資源の質または

重要な価値を減じさせる変化(changes)」を<sup>58</sup>、「文化的な影響緩和措置(cultural mitigation)」というのは、「当該行為の影響度を制限すること、当該行為の全部または一部を他でおこなうこと、影響をうけた資源および財産の修理、修復または回復、ならびに、破壊または相当程度に改変されうる文化財を回収および記録することなどをふくむ、国防省の行為が歴史的または文化的な資源におよぼす悪影響を小さくすることを目的とした具体的な措置」を<sup>59</sup>、「目録(inventory)」というのは、「世界的、国家的または地方的な意義をもつ歴史のおよび文化的な資源の所在(location)を決めるためのもの」を<sup>60</sup>、それぞれ意味する。さらに、「歴史のおよび文化的な資源に関するプログラム」というのは、「歴史のおよび文化的な資源について、特定、評価、文書化、矯正、取得、保護、修復、回復、管理、安定化、維持、記録および再建すること、ならびに、それらの組み合わせ」をいうものと定義されている<sup>61</sup>。

文化財保護の適用基準(criteria)は、つぎのように定められている。

まず、基地施設の司令官は、すべての行為について、世界遺産リストや全米史跡登録簿に相当する当該国の登録簿にリストされたすべての財産におよぼす悪影響を回避または緩和するために、その影響を考慮しなければならないし<sup>62</sup>、また、国

55 JEGSはその射程について、このOEBGDのガイドラインをうけて、日本の歴史のおよび文化的な資源の適切な保護と管理を保証する適用基準(criteria)を定めるものだとし、より具体的には、世界遺産リスト、日本の文化に関する諸法(the Japanese cultural laws。「laws」と複数形になっていることに注意されたい)または全米史跡登録簿に相当する日本の登録簿—文化財保護リストがこれに該当する—により保護指定された文化的・歴史的な資源・財産を、その適用対象にしている。JEGS12-1、参照。

56 OEBGD C12.2.5. "Historic or Cultural Resource".

57 OEBGDの「歴史的または文化的な資源」について、JEGSは「文化的な財産(文化財)または資源(Cultural Property or Resource)」と「歴史的または文化的な財産または資源(Historic or Cultural Property or Resource)」の二つに分けて規定しているが、OEBGDとJEGSのそれらの実質的な意味内容はほぼ同じである。JEGS para.12-2.5 & 12-2.8、参照。もともと、両者は同一のはずであるから、このことは当然といえよう。JEGS para.12-2.5 & 12-2.8、参照。特筆すべきは、JEGS Table 12-1 "Protected Cultural Resources"は、その保護対象の具体例として、「とくに保護指定された動植物(Specially Designated Flora/Fauna)」を挙げている点である。天然記念物である沖縄ジュゴンがこれに該当することは明らかである。いずれにしても、沖縄ジュゴンはJEGS、OEBGDの適用対象とされており、その理由は、後述するように、沖縄ジュゴンが米国文化財保護法(NHPA)の域外適用対象であることによる。

58 同上C12.2.1 "Adverse Effect".

59 同上C12.2.3 "Cultural Mitigation".

60 同上C12.2.6 "Inventory".

61 同上C12.2.4 "Historic and Cultural Resources Program".

62 同上C12.3.1. "Criteria".

防省の構成員がホスト国から許可をうけずに歴史的または文化的な資源を攪乱または除去しないようにするための措置を確立する一方<sup>63</sup>、主要な行為を計画するにさいし、歴史的または文化的な資源について起こりうる影響を必ず考慮しなければならない<sup>64</sup>。そのために、各基地施設は、その支配下にある地域の歴史的および文化的な資源について目録を作成し<sup>65</sup>、それらにたいする悪影響を緩和するために、当該資源の保護計画を策定するとともに<sup>67</sup>、適切な影響緩和または保存が完了するまで、知れたる歴史的または文化的な資源を保護するに十分な措置を講ずる必要がある<sup>69</sup>。

### ③日本環境適用基準文書<sup>70</sup>

同基準(以下、適宜、「JEGS」ともいう)は、日本における米国軍隊の諸活動および軍事基地を

対象とした、環境的な遵守手続ないしコンプライアンス(compliance)、要件(requirements)、規則(regulations)および基準(standards)について、唯一の法源的な指針となるものである<sup>71</sup>。上記のように、国防省指令6050.16はEEAの任命を指示していたが、1992年、在日米軍司令官(COMUSJAPAN)がEEAに任命され<sup>72</sup>、上記OEBGDの基準にしたがい、適用可能な日本および米国の環境法規、地位協定その他の国際的協定に適合させて、JEGSが策定されることになった<sup>73</sup>。

ここで紹介するJEGSは、2001年に策定されたもので(以下、適宜、「2001年JEGS」ともいう)、1997年のそれと比較すると、それらのインターバルに発展した日本法をJEGSにおいて内実化させるべく、「大気放出(Air Emissions)」と「絶滅のおそれある種をふくむ自然資源(Natural Resources

63 同上C12.3.5.

64 同上C12.3.6.

65 同上C12.3.4.1.

66 そのための手続として、JEGS 12.3.8は、「文化的な資源の現地調査」について定めている。この現地調査は、沖縄ジュゴンとの関係でも非常に重要なもので、資金の出所いかんにかかわらず、たとえ日本政府が資金提供するばあいであっても、主要な建設または修繕の工事に着手するまえに、重要な文化および考古学的な資源の有無を確認するために、当該提案された事業(project)予定地の分析(analysis)をおこなうものである。この事業予定地の分析は、提案された事業が当該重要な文化的資源におよぼす影響または潜在的な影響を評価し、かつ、当該悪影響に対する影響緩和措置を明らかにするとともに、当該事業予定地の許可(site approval)にさいし制限、規制その他の条件を付すことができるし、その条件は当該事業の継続するがぎり有効なものとされている。のみならず、建設や工事の制限をつまびらかにした現地計画(site plan)の策定が義務づけられ、事業予定地の境界変更は、当該地における事業許可を無効ならしめ、その再評価を義務づけるものとされている。

67 OEBGD C12.3.4.2.

68 JEGS 12-2.10は、歴史的・文化的な資源の保護のための計画として、「文化的資源管理総合計画(Integrated Cultural Resource Management Plan, "ICRMP")」の策定を各基地施設に命じている。ICRMPは、当該施設内の文化的な資源の管理のための措置と手続の詳細を定めた総合計画であって、その具体的な内容はJEGS Table 12-3に規定されている。

69 OEBGD C12.3.4.3.

70 DoD Japan Environmental Governing Standards, October 2001, Version1.1 (Revised: June 2002). 国防省内部におけるJEGSの法体系的な位置づけであるが、JEGSは、先述した「Dod Instruction 4715.5, Management of Environmental Compliance at Overseas Installations, April 22, 1996」および「DoD 4715.5-G, the Overseas Environmental Baseline Guidance Document (OEBGD), March 15, 2000」の指針(guidance)を具体化したもので、それらに由来する文書であることが明らかにされている。なお、JEGSについては、梅林宏道・監訳、衆議院議員原陽子・発行2003年9月試訳版による仮訳がある。

71 JEGS序文「MEMORANDUM FOR SEE DISTRIBUTION」i頁参照。JEGS para.1-4.1d.は、FGSについて「特定の国を対象(country-specific)とした包括的な一連の実体規定であって、典型的には、排出、放出その他にたいする技術的な制限、または、特定のマネジメント実践行動(specific management practice)」と定義し、さらに、同e.は、JEGSについて、「日本を対象としたFGS。特定の環境遵守基準(environmental compliance criteria)で、典型的には、排出、放出その他にたいする技術的な制限、または、特定のマネジメント実践行動であって、日本におけるすべての国防省の活動および基地が遵守しなければならないもの」と定義している。なお、上記「criteria」「management practices」についても定義規定があり、「基準およびマネジメント実践行動(Criteria and Management Practices)」というのは、「ある国のためのFGSを策定するために当該EEAによって利用されたOEBGDの特定の実体的な諸規定」と説明されている。

72 JEGS para.1-4.1 b. 同文は在日米軍司令官をもってEEAと定義している。

73 JEGS「EXECUTIVE SUMMARY」v頁。同頁によると、JEGSの策定には米軍関係者だけでなく、米国大使館、さらには日本の政府機関も関わり、JEGSの完成はその「チームワークの成果」だという。

Including Endangered Species)」の章に重大な変更がくわえられた<sup>74</sup>。後者の変更は沖縄ジュゴンとの関係でも重要である。

以下では、2001年JEGSの「第1章 概説(OVERVIEW)」、「第13章 絶滅のおそれある種をふくむ自然資源(Natural Resources Including Endangered Species)」を中心に、その内容を検討していく。

#### (i) JEGS「第1章 概説」について

同章はJEGSについて概説するもので、その全体の総則のようなものである。

同章は「1-1から1-13」まで大きく13項目に括られている。

#### JEGSの目的<sup>75</sup>

JEGSは、日本における個別具体的な環境遵守基準(environmental compliance criteria)を發布することで、在日米軍の諸活動や軍事基地から人間の健康および自然環境の保護を保証させるものである。これがJEGSの目的とされる。JEGSと他の国防省指令との関係であるが、2001年JEGSは、国防省指令4715.5<sup>76</sup>および同4715.5指針<sup>77</sup>を内実化したものである。

#### JEGSの適用範囲<sup>78</sup>

JEGSは原則として在日米軍基地の構成員の行為に適用される。

これには一定の例外が定められている。沖縄ジュゴンとの関係では、以下のような例外規定を、注意すべきものとして指摘しておきたい。

第一の例外は、米軍基地のうち自然環境にあたる影響が最低限の潜在的なレベルにも至らないものや、自然環境にたいする米軍構成員のコントロールが一時的または間断的にしか行使されないものである<sup>79</sup>。

第二は、リースもしくは共同使用される施設または類似の施設であって、JEGSの環境基準が規制しようとする米軍基地や運用行為を、米軍においてコントロールできないものである<sup>80</sup>。

第三は、軍艦、軍用機の運航、基地外で軍事活動や訓練中の部隊である<sup>81</sup>。

さいごに、上述した大統領12114にしたがい実施される環境影響評価についても、例外がみとめられている<sup>82</sup>。

#### JEGSとの衝突<sup>83</sup>

土地使用や環境にかんする国防省の政策や指針で、域外適用が想定されているものなかには、JEGSと衝突するものがありうる。このばあい、JEGSとの調整のしかたが問題となるが、JEGSに直接抵触しない限度において、日本にも域外適用

74 同頁。

75 JEGS para.1-1 "Purpose".

76 DoD Instruction 4715.5, "Management of Environmental compliance at Overseas Installations", April 22, 1996.

77 DoD 4715.5-G, "Overseas Environmental Baseline Guidance Document", March 15, 2000.

78 JEGS para.1-2 "Applicability".

79 同上subpara.a.

80 同上subpara.b.

81 同上subpara.c. この例外は、JEGSのもととなるOEBGDが同一の適用除外を定めていることの帰結である。

82 同上subpara.f.

83 同上para.1-3 "Conflicts between Japan Environmental Governing Standards and Other Policies and Directives".

されることが謳われている<sup>84</sup>。しかし、この「直接抵触」の意味については定義規定やコメントはなく、ゆるやかに解釈されるとJEGSは骨抜きになるおそれがある。

#### 遵守すべき事項<sup>85</sup>

これはJEGSにおいて内実化された環境法規などであって、在日米軍が遵守すべき準則であって、いわば規矩準繩となるものである。逆にいえば、JEGS策定のさいに考慮されたもので、つぎのものが挙示されている。

第一は、米国本土内の米軍基地にかかる環境保護に関する米国法の個別規定である<sup>86</sup>。

第二は、日本において人間の健康および環境を保護するために、越境的に実施可能な基準(transnational enforceable standards)、および、適用可能な国際協定(applicable international agreements)などをふくむ、公布された日本法であって、当該日本の環境基準が適切に定義され、かつ、一般的に、日本国政府および民間部門の諸活動にたいし効果的に執行されているものである<sup>87</sup>。

第三に、FGS策定にさいし用いられた国際条約の諸規定であって、適用可能なものである<sup>88</sup>。

さいごに、国防省指令47154の「汚染防止(Pollution Prevention)」と題するものである。

これは国防省全体の汚染防止プログラム実施のための手続を定めたものである<sup>89</sup>。

#### JEGSの法的効果<sup>90</sup>

JEGSは純粹に内部的な効果しかもたないとされている。

換言すれば、JEGSに違反したとしても、国防省にたいし、そのことを理由に提訴することはできないと明記されている。のみならず、JEGSは米軍の構成員個人の注意義務や、行動パターンの基準とはならないことも明言されている。その理由であるが、JEGSは、あくまで組織としての米軍が遵守すべき基準でしかないとされたからである。このように、JEGSの名宛人は米軍自体に限定されているが、實際上、JEGSの環境基準はその構成員によって履践されることを考えると、JEGSが「構成員個人の注意や行動の基準とはならない」というのは不可解でもある。いずれにしても、JEGSは国防省内部の一文書あつかいであり、法的効果もその程度のものでしかない。JEGSは在日米軍に適用される準拠法規について指示—極論すれば、注意喚起—するだけで、法的効果をもつのは準拠法規そのものとされるからであろう。

いっぽう、JEGSは、環境遵守および保護を率先することが国防省の政策だとし、適用可能な日米両国の法を統合することで、この政策実現を果たすという戦略を開陳しているが<sup>91</sup>、日米地位協定にしたがい、日本の許可やライセンスは米軍の活動や基地には必要がないとしている<sup>92</sup>。米軍の活動や基地は主権免除を享受することが前提とされているが、この点も日米地位協定によるのだから、その重要性がここでも再確認されたわけであ

84 同上para.1-3.1.

85 同上para.1-4.2 "Requirements".

86 同上a.

87 同上b.

88 同上c.

89 同上d.

90 同上para.1-5 "Legal Effect of JEGS".

91 同上para.1-6 "Strategy".

92 同上para.1-7 "Permits and Licenses".

る。

JEGSの法的効果は以上のごとくであるが、米軍の軍事活動や施設はJEGSを遵守するだけでなく、その遵守を達成・維持できるように、資源配分すべきものと謳われている<sup>93</sup>。が、JEGS遵守も絶対的なものではなく、その適用除外もみとめられている。すなわち、ある特定の基地・施設において、上述した国防省指令4715.5の基準を遵守することが、いちじるしくその活動を阻害したり、日本との関係に悪影響を及ぼしたりするとき、さらには、閉鎖や再編成の対象とされた基地を物理的に改善するために、相当な額の資金支出が必要となるなどには、当該基準の適用除外を要求できるものとされる。ただし、この適用除外は、当該基準の不遵守が域外適用される米国法や国際協定の違反となりうる場合には、許可されない<sup>94</sup>。

(ii) JEGS「第13章 絶滅のおそれある種をふくむ自然資源」について

同章には「絶滅のおそれある種をふくむ自然資源」という見出しが付されている。

沖縄ジュゴンは絶滅危惧種であるから、同章は沖縄ジュゴンに直接関係する。その意味で、同章はきわめて重要なものである。同章は大きく5つの項目に分けられている<sup>95</sup>。そのうち、沖縄ジュゴンに関係する規定に絞って、解説していく。

適用範囲<sup>96</sup>

同章は、米軍の基地や活動により影響される自然資源や動植物種の適切な保護、向上および管理を保証するうえで必要とされる計画やプログラムについて、それらに要求される基準を示したものである。とくに、絶滅のおそれがあるとされており、米国や日本の政府、都道府県により保護されている動植物種を対象とすることが、明言されている。沖縄ジュゴンはそのようなものに該当する<sup>97</sup>。

同章の適用上、重要な用語については、つぎのように定義されている。

定義規定<sup>98</sup>

同章が適用される米軍の「行為(Action)」は、「すべての行為またはプログラムであって、米軍支配下の基地において、全体的または部分的に、資金手当または実行される(funded or carried out)もの」とひろく定義されている<sup>99</sup>。

同章にいう「悪影響(Adverse Effect)」についても、「自然資源の質または重要な価値を減少させる変化であって、生物学的な資源については、全体的な個体群の多様性(diversity)、豊富性(abundance)、健全性(fitness)にかんし、いちじるしい減少をふくむ」とされ、広汎に解釈されている<sup>100</sup>。

同章上、「ホスト国保護種(Host Nation

93 同上para.1-8.2 a. b.なお、JEGSの履行状況を定期的にチェックするために、監査手続も定められている。同上para.1-10 "Auditing".これが一種の履行確保システムとなっている。

94 以上につき、同上para.1-11 "Waivers".

95 「適用範囲(Scope)」 「定義(Definitions)」 「適用基準(Criteria)」 「人材および研修(Personnel and Training)」 「特別事項(Special Topics)」 の5つである。

96 JEGS para.13-1 "Scope".

97 先述したように、沖縄ジュゴンは、日本の文化財保護法上の天然記念物、種の保存法上の国際希少野生動植物種であるのみならず、米国の種の保存法上の絶滅危惧種でもあって、日米両法によって保護されている。

98 JEGS para.13-2 "Definitions".

99 同上13-2.1.

100 同上13-2.2.

Protected Species)」とは、「日本において保護種指定された動植物種のすべてであって、その種の存続が危機にさらされ、または、そのおそれがあるが、当該生息地の破壊や改変にたいする特別の保護が必要であるもの」をいい<sup>101</sup>、「自然資源(Natural Resources)」とは、「あらゆる生物および非生物(inanimate materials)であって、審美的、生態的、教育的、歴史的、娯乐的、科学的その他の価値をもつ自然によって育まれたもので、あらゆる土地の形態、土、水、それらに関連する動植物をふくむ」とされ<sup>102</sup>、「文化的意義ある自然資源(Natural Resources with Cultural Significance)」というのは、「自然景観や観賞物(Natural scenery or views)であって、文化的価値をもつ山、谷、海岸、歴史的価値をもつ庭、祈りのための岩、木、洞、泉のような自然物、その他の自然物(natural entity)であって文化的に重要なもの」とひろく定義されていて<sup>103</sup>、それらに該当しないものを見出すのが困難なほどである。

とくに、特定の保護指定動植物、たとえば、稀少であったり絶滅のおそれある種、歴史的な環境保全地域は文化的価値あるものであっても、同章の適用対象であることが明記されている<sup>104</sup>。

さらに、「絶滅のおそれある種および保護種(Threatened/Endangered and Protected Species)」についても、「日米いずれかの法または米国が当事国である条約において、絶滅のおそれあるとされた動植物種」と定義され、具体的には、

附属一覧表に掲記されている<sup>105</sup>。ジュゴンはその13-3表に記載されている<sup>106</sup>。もっとも、沖縄ジュゴンは、日本の文化財保護法上の天然記念物であるから、上記「保護種」の一つとして、その13-6表「日本の天然記念物種リスト」に掲記されるはずであるが、見あたらない。単なる記載漏れミスとおもわれる<sup>107</sup>。

13-7表は適用可能な日米環境法を列挙したもので、米国の野生生物法(Wildlife Law)として、種の保存法と絶滅のおそれある種の国際取引に関する条約(いわゆるワシントン条約で、頭文字をとって「CITES」とも略称される)、日本のそれとして、同じく種の保存法と文化財保護法、その他の条例をあげている<sup>108</sup>。

いずれにしても、沖縄ジュゴンだけでなく、その生息地の珊瑚や藻場、さらには礁湖(イノー)や海域全体なども、同章の適用対象となりえよう。

#### 適用基準<sup>109</sup>

上記「絶滅のおそれある種および宿主国保護種」とその生息地を保護向上させるために、土地や水域を管理する基地施設は合理的な措置をとるものとされる。すなわち、米軍施設は、軍の使命をもっとも効果的に達成しつつ、通常の保全措置を利用することで、長期にわたる環境的な多様性を保護するような健全な方法により、自然資源を管理すべきものとされる。米軍施設の司令官は、

101 同上13-2.5.

102 同上13-2.7.

103 同上13-2.8.

104 同上。

105 同上para.13-2.14. 附属一覧表というのは「Table 13-3, 4, 5 & 6」のことである。

106 「Table 13-3」中のジュゴンの記載はつきのとおりである。「Common: Name Dugong; Scientific Name: Dugong dugon; Historic Range: East Africa to Southern Japan」。沖縄ジュゴンは「Southern Japan」の地理的区分にふくまれる。

107 同表上、沖縄の天然記念物種がもっとも多く16種のもので掲記されている。辺野古近辺では、ヤンバルの天然記念物として、ノグチゲラ、リュウキュウヤマガメ、ヤンバルクイナ、ヤンバルテナゴコガネなどが挙げられている。なお、同表は西表島を「Nishiomotejima」と表記したり、西表島と石垣島を沖縄にふくめないなど、杜撰さがめだつ。日本の専門家によるチェックが十分でないとおもわれ、沖縄ジュゴンがぬけ落ちているのもそのためであろう。

108 法律だけでなく自治体の条例も明記されている点は注目される。

109 JEGS para.13-3 "Criteria".



## T. Sekine, Okinawa Dugong and Environmental Justice

米軍の使命遂行により自然資源が悪影響をうけるばあい、当該状況を解決したり緩和するための措置をとるべきものとされる。

いっぽう、重要な土地および水域(Significant Land or Water Areas(SLWA)。以下、「重要エリア」ともいう)<sup>110</sup>をもつ基地施設は、所定の手続をへて、自然資源総合管理計画(Integrated Natural Resources Management Plan, "INRMP")<sup>111</sup>を策定しなければならない。INRMPをもつ基地施設は、絶滅のおそれある種や宿主国の保護種を同定(identification)するために、みずから概略調査をおこなうか宿主国による概略調査を支援し、また、以下のような内容をもつINRMPを実施する。すなわち、INRMPは、当該重要エリアにかかる絶滅のおそれある種の地域個体群やその生息地などの重要な自然的要素について、その詳細を記した自然資源目録をふくめるとともに<sup>112</sup>、当該目録に記載されたもの—上記のように、絶滅のおそれある種の地域個体群やその生息地など—にかかる保全および管理の計画について定めたものでなければならない。この保全管理計画には、目標、回復、改善、保存および賢明な利用の方法、実施責任の割り当て、モニタリング・システムおよび実施(enforcement)なども定められる

<sup>113</sup>。このように、絶滅のおそれある種については、格別の関心が払われている<sup>114</sup>。固有種についても同様で、その繁殖や存続が図れるように、生息地を維持し、保護すべきことが強調されている<sup>115</sup>。

以上のように、INRMPは、絶滅のおそれある種や宿主国の保護種—沖縄ジュゴンはそのようなものである—の詳しい情報を提供し、米軍の行為によって影響されないように配慮されている。訓練地域についていえば、司令官は、当該地域における自然資源を明らかにし、保護することを保証すべきものとされる。この関係で、影響度のつよい訓練はすでに劣化した地域で、影響度のひくいものを比較的手つかずの地域でおこない、脆弱な地域は立入禁止にすべきものとされる。訓練による悪影響をうけた地域では、原状回復や影響緩和の措置が講じられる<sup>116</sup>。さらに、主要な行為を開始する以前に、自然資源におよぼす影響がどれほどか知るために、その予定地の分析をおこなう。これは自然資源検証(Natural Resources Site Review)といわれる手続である<sup>117</sup>。

## (iii)まとめ

JEGSの内容は以上のとおりであるが、沖縄ジュ

110 同上subpara.13-2.13はSLWAをつぎのように定義している。「一般的には、202ヘクタールかそれ以上の基地施設外における土地および水域。ただし、とくに攪乱による影響を受けやすい自然資源をふくむものであれば、それ以下であってもよい」。辺野古水域はこの要件をみたくであろう。

111 INRMPにもつぎのような定義規定がある。「当該基地施設にたいし、そこで認められるあらゆる自然資源の網羅目録を提供する総合計画。この計画は、当該資源の管理のために、生態学的に健全で費用効果的な管理上の提案をふくむものとする」。同上13-2.11。

その記載事項の詳細は表13-1および13-2に明らかにされている。同表によると、「自然資源管理総合計画」にいわゆる「総合」というのは、INRMPの総則部分(表13-1の「1. General Requirements」「2. Natural Resource Inventories」「3. Natural Resource Conservation/Management Plans」を統合し、かつ、表13-2の「多目的使用管理計画(Multiple Land Management Plan)」と整合的であることを意味するようである。同上subpara.13-2.11、参照。

112 JEGS Table 13-1 para.2.a.

113 同上para.3 b.

114 この点について、JEGS subpara.13-3.3はつぎのように定める。「INRMPは、絶滅のおそれある種、渡り鳥、土地の浸食コントロール、特殊な生息地(special habitats)、適用可能な米国および宿主国の法などのトピックについて詳述する」。さらに、絶滅のおそれある種は、法にもとづき保護種指定されたものだけでなく、日本政府発行の公式のレッド・リストに掲載されたものでもよく、レッド・リストもINRMPの一部とされている。同上subpara.13-3.4、参照。じっさい、レッド・リストはJEGSの付属書Cとされている(Appendix C "References and Red List (Endangered and Threatened Species)」。そこには沖縄の固有種が多く掲記されているが、ノグチゲラ、ヤンバルクイナ、リュウキュウヤマガメなど、ヤンバル産種が圧倒的である。

115 JEGS subpara.13-3.7.

116 同上13-3.5.

117 同上13-3.6.

ゴンにも適用されることになる。

とくに、その第12および13章は直接関係する部分であり、そこで指示された上記のような適用基準にしたがい、ジュゴン保護のためのICRMPやINRMPという計画を策定して、その保全措置を講ずる必要がある。かりに、そのような計画がすでに策定されている—あるいは、今後、策定される—のであれば、辺野古水域での米軍基地建設との関係では、当該計画との整合性が問題になるとおもわれる。この点は、上述したJEGSの法的効果によると<sup>118</sup>、米軍の内部的な判断にゆだねられるが、ジュゴン保護との両立は不可能である。

けっきょく、JEGSやOEBGD、さらには、その根拠となった上記国防省指令や政策レベルでは、それらの法的効果が純粹に内部的な手続上のものとされる結果、沖縄ジュゴン問題のゆくえ—最終的には、国防省の裁量的、政治的な判断による—は悲観的なものであろう。が、域外適用される米国環境法のレベルでは、域外適用される限度において、当該環境法規は国防省の判断を拘束—つまり、連邦議会の命令にしたがう法的義務がある—から、国防省にたいし、当該法規違反を理由とした訴訟が可能である。その意味で、実効性という観点からは、米国環境法規の域外適用いかに決めてはなってくる。

沖縄ジュゴンとの関係では、米国文化財保護法(NHPA)、国家環境政策法(NEPA)、種の保存法(ESA)などが重要である。この点は後述する。

### 第3 日米地位協定と国内法令遵守

#### 1 はじめに

米国内法規の域外適用の問題は、上述した米国内法、大統領令、国防省指令・指針などの行政規則やガイドラインによるほか、国際法上の一般原則の規律や二国間の国際的協定のとり決めなど、国際的ルールによって決せられる。日本の国内法規が駐留米軍に適用されるか、また、いかにして適用されるかも日本法のスタンスによるほか、国際法上の一般原則や日米二国間の国際的協定によって決せられることになる。このような観点から、以下では、日米二国間の国際的協定に焦点をあてて検討していく。

いっぽんに、米軍の地位にかんする二国間協定は、国際法上、主権国家として米軍がほんらい享受しうる特権(privileges)や免責(immunities)などにつき、その特則を定めることもできる。日米間では日米安保条約にもとづく地位協定(正式名称「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定」。以下、適宜、「地位協定」「日米地位協定」ともいう)がある<sup>119</sup>。

#### 2 日米地位協定

地位協定の内容はかなり抽象的なものであり、米軍に広汎な行動の自由を保障する結果となっている。在日米軍の国内法令遵守についても、第

118 同上para.1-5.

119 日米安保条約第6条は、「日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際的平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することを許される。前記の施設及び区域の使用並びに日本国における合衆国軍隊の地位は、(中略)別個の協定及び合意される他の取極により規律される」と定める。日米地位協定は、同条にもとづき、在日米軍や構成員の法的地位と「施設及び区域」などについて定めたものである。その解釈につき、本間浩「在日米軍地位協定」日本評論社(1996)、地位協定研究会「日米地位協定逐条批判」新日本出版社(1997)、本間浩「沖縄米軍基地と日米安保条約・在日米軍地位協定」沖繩米軍基地法の現在」一粒社(2000)。沖縄ジュゴン問題の直接のきっかけは、いわゆるSACO合意であるが、その内容につき、「The Japan-U.S. Special Action Committee (SACO) Interim Report」, April 15, 1996; 「The SACO Final Report on Futenma Air Station (an integral part of the SACO Final Report)」 Tokyo, Japan, December 2, 1996.

16条が「日本国において、日本国の法令を尊重し、及びこの協定の精神に反する活動、特に政治的活動を慎むことは、合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族の義務である」と規定するだけである<sup>120</sup>。とくに国内環境法規の遵守義務を定めた規定はないので、環境問題についても、同条による遵守が問題となるだけである<sup>121</sup>。

もっとも、同条は、刑事裁判権に関する第17条の直前におかれており、この規定の位置に照らすと、第17条の刑事裁判の手續原則にたいする実体法についての原則規定のようにもみえる。このような解釈によると、同条の「日本国の法令」というのは、刑事実体法に限定されかねない。しかし、同条の文理を重視して、「日本国の法令」という文言にはなんの限定もないのだから、文字どおり日本のすべての法令を意味するものと解し、環境法規をもふくめてよいであろう。じっさい、米軍の実務的な解釈マニュアルにおいても、「日本国の法令を尊重」というのは射程のひろいもので、環境法規をふくむと解説されている<sup>122</sup>。同条の義務の主体についても、たしかに、直接の名宛人は米軍関係の個人であるが、それら個人—とくに米軍の「構成員及び軍属」—の活動が米軍の行為と評価されるのだから、実質的には、組織としての米軍も同条の義務を負うといえよう<sup>123</sup>。

地位協定第4条も国内環境法規の遵守に係る

る。同条は、「合衆国は、この協定の終了の際又はその前に日本国に施設及び区域を返還するに当たって、当該施設及び区域をそれらが合衆国軍隊に提供された時の状態に回復し、又はその回復の代りに日本国に補償する義務を負わない」とする一方(1項)、「日本国は、この協定の終了の際又はその前における施設及び区域の返還の際、当該施設及び区域に加えられている改良又はそこに残される建物若しくはその他の工作物について、合衆国にいかなる補償をする義務も負わない」と定めている(2項)。同条は、とくに基地返還にともなう土壌汚染の浄化責任などの環境問題について、重大な意義をもつ。

同条によると、米国は、基地返還のさいに原状回復の義務を負わないのだから、たとえ返還される基地が米軍の行為により環境劣化—たとえば土壌汚染—されていても、これを浄化したりその費用負担をする義務を負わないがごとくである。これは米国の原状回復義務やその費用負担の免除と、米軍により返還施設・区域が改良され建物などの工作物が残置されていても、その現存価値につき日本が補償義務を免除されるものとして、両者間のバランス—いわば相殺的な処理—をはかったのであろう。しかし、一般に、汚染・破壊された環境の浄化・復元には莫大な費用と時間を要することを考えると、両者間のバランスは日

120 同条の解釈につき、前注「在日米軍地位協定」88頁以下、同「日米地位協定逐条批判」131頁以下、参照。とくに、前者のつぎのような指摘は重要である。「日本国法令尊重義務は、地位協定の条項としては全体のなかの半ばの、第16条に定められ、第17条の刑事裁判権に関する原則の前におかれている。このことは、駐留NATO軍の地位に関する一般協定においてはNATO軍に課せられる駐留国国内法令尊重義務規定が同協定の第2条におかれて同協定の総則的な意味合いを有しているのと比べると、対照的であり、むしろ、第17条の刑事裁判手續原則に対する実体法の意味合いを有している。しかも第16条では、日本国国内法令尊重義務を課されるのは、米軍の構成員、軍属およびそれらの家族であって、組織体としての米軍軍隊はこの義務を担うべき主体の範囲から外されている。駐留NATO軍の地位に関する一般協定第2条においては、組織体としての軍隊も外されていない」。

121 正確に言えば、同条の名宛人、つまり義務の主体は、米軍の構成員、軍属、それらの家族であって、組織体としての米軍そのものではない。前注参照。

122 解説書14頁によると、米国との地位協定においては、環境保護の個別規定はおかないのが通常であるが、より一般的な義務規定は環境問題を包摂するに十分な一般性をもつと説明されている。つまり、地位協定16条のような一般的な義務規定は、環境法上の義務をもその射程にふくみうる。

123 米軍が日本国法令遵守の直接の名宛人でないのは、米軍の国家主権性が意識されたからであろう。つまり、米軍そのものが日本国法令の遵守義務を負うというのは、米国の国家主権の否定とみなされたのであろう。とすると、同条は、その名宛人を米軍関係の個人として国際法上の原則との整合性をはかりつつ、間接的に、つまり、個人をつうじて組織としての米軍にも、日本国法令を遵守させることに力点があるといえそうである。

本にいちじるしく不利な帳尻となるはずである。同条は日本にとって不利といわざるをえない。極論すれば不平等条約的ともいえよう<sup>124</sup>。今後、日本においても、環境法上、土壌汚染の浄化責任などが強化されてくると、同条はその防波堤つまり、日本の環境法規による浄化責任を負わない不遵守の根拠一としての性格をつよめることになる<sup>125</sup>。

### 3 国内法令の遵守義務

さらに問題となるのは、日米地位協定第16条には「日本国の法令を尊重」と謳われているが、その「尊重」の法的意味である。他の地位協定におけるのと同じく、「尊重」の意味についての定義規定は、日米地位協定にも見あたらない。米軍の解釈スタンスは、米軍にたいし、日本の法令を蹂躪するような行為をつつしむことを要求するだけで、日本の法令を適用する趣旨ではないと解するようである<sup>126</sup>。日本政府の見解もこれ

に追従するがごとくである<sup>127</sup>。これにたいし、「法律上、条約と国内法でとくに定めのないかぎり、外国軍隊に国内法が適用されるべきことは当然である」とし、同条は、そのような趣旨をふくむとする見解もある<sup>128</sup>。いずれにしても、この問題は条文の書きかたが決めてとなるようであり、その意味で、同条は玉虫色の表現といえそうである<sup>129</sup>。

じっさい、国内法令の遵守義務ないし米軍への適用について、NATO地位協定に関するドイツ補足協定は、より突っ込んだ書きかたをしている<sup>130</sup>。すなわち、同協定第53条1項は、「軍隊及び軍属は、その専属的使用に供される施設内において、防衛上の責任を十分に遂行するに必要な措置を執ることができる。同施設の使用に対しては、本協定及び他の国際協定に別段の規定がある場合を除き、並びに、軍隊、軍隊の構成員、軍属及び家族の組織、内部機能並びに管理に関するもの、並びに、第三者の権利に又は隣接する地方自治体及び公衆に予見できる影響を及ぼさない他の内部問題

124 この点で、ドイツとの地位協定では、日米地位協定とは部分的に異なるルールが確立されている。Agreement of 3 August 1959, as Amended by the Agreements of 21 October 1971 and 18 May 1981, to Supplement the Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces with Respect to Foreign Forces Stationed in the Federal Republic of Germany (1959 German Supplementary Agreement), Art.41, para.3 (a)。これによると、ドイツは、故意または重過失によるばあいを除き、米軍の使用に供したドイツの所有財産(property)にたいする請求を放棄するとされている。日米地位協定のようなどんぶり勘定ではなく、「故意または重過失によるばあい」を除外している点で、いくらか限定的である。同条項の日本語訳については、前掲「日米地位協定逐条批判」370頁、参照。

125 もちろん、このばあいにも、先述したように、域外適用される米国法、大統領令、国防省指令や指針などが適用されるので、その基準にしたがって対処されることになる。解説書12～14頁、参照。とくに、有害廃棄物を日本国外に搬出するばあいには、バーゼル条約の適用がありうるので、それとの調整が必要である。

126 解説書15頁によると、米国と他国との地位協定の一般論として、つぎのように述べている。「一般に、米国との地位協定は、米軍にたいし、『受け入れ国の法を尊重(respect the law of the receiving State)』するように義務づけている。受け入れ国の法を『尊重する』義務については、地位協定において定義されていないが、実際の運用上、派遣国にたいし、受け入れ国の法を蹂躪するような行為をさせることを要求するもので、派遣国をして受け入れ国の法に服せしめるものではないし、明確に(specifically)それに従うことに同意したものでない」。同頁注87は、このような地位協定の例として、日米地位協定第16条と米韓地位協定第7条を挙げている。

127 前掲「日米地位協定逐条批判」147頁は、この点の政府見解について、同条の解釈「問題についての政府答弁は、しだいに変化し、1980年代にはいと、外務省も内閣法制局も、ほぼ国内法の適用はないという見解に収斂してゆく」と解説している。

128 同上132頁。さらに、同書はつぎのように述べ、政府見解を批判している。「法令遵守義務という米軍の法的地位の基本の問題で、日本政府の解釈・運用は国際公法の水準からしてもアメリカにたいして従属的であり、その結果、日本の領域内での米軍の行動は、国民にたいして傍若無人といわざるをえず、沖縄をはじめとして各地で事故・事件が発生することになる。法令適用の面でも、国家主権が侵害されているというべきである」(同上148頁)。

129 解説書15頁注88は、NATO地位協定9条3項を引用し、派遣国の法令遵守義務について、「受け入れ国の法令を尊重する」というよりも、より高いレベルの法令遵守義務を定めたものと解しようという。同条項によると、「とくに反対に解すべき定めがないかぎり、受け入れ国の法は、建物、土地、施設、サービスの占有や利用から生ずる権利および義務を決定するものとする」と定められていて、日米地位協定のばあいとは法文の書きかたが異なっている。

130 同上16頁、参照。

に関するものを除き、ドイツの法令が適用される」と定めている<sup>131</sup>。

さらに、環境法の領域では、同第54条A条1項は、「派遣国は、連邦共和国での軍隊のあらゆる活動にさいして環境保護の重要性を認識し、これを承認する」とされ、同2項は「本協定に沿ったドイツの法令の尊重と適用に抵触することなく、軍隊及び軍属の当局は、できるだけ早急にすべての計画の環境との調和について調査をおこなうものとする」と定められている<sup>132</sup>。

このような一般的な遵守義務をふまえ、たとえば、危険物質の輸送、汚染度のひくい燃料の使用や排出基準の遵守にさいし、米軍が基地施設において規制された活動をするために、ドイツの関係当局が当該許可をもとめるばあいには、米軍は当該当局に協力すべきものとされ、さらに、米軍が引き起こした環境汚染の改善(remediating)、査定、評価の費用負担を米軍に義務づけている<sup>133</sup>。もっとも、これらの個別的な遵守義務を形骸化させる抜けみちも、いっぽうで周到に用意されている。たとえば、それらの義務は、地位協定上の請求権の放棄条項、残余価値による相殺処理、さらには、派遣国政府の財政手続や財源いかに条件—平たくいえば、議会承認がえられなかったり、予算財源がなければ責任を免れる—づけられている<sup>134</sup>。ドイツは名をとったが米国は実をとったともいえよう。

以上のとおりとすると、米軍の派遣国の法令「尊重」義務も画一的なものではなく、当事国間の交渉により加重することもできるし、趨勢的には、そのような方向で地位協定は改定されていくであろうが、同時に、抜けみち対策を講じておかないと有名無実化するおそれもある。

#### 4 まとめ

さいごに、沖縄ジュゴンと日米地位協定の関係であるが、以下のように考えられる。

上記のように、日米地位協定第16条の国内法令中には環境法規がふくまれ、同条の法令尊重の義務の主体も、直接的には米軍関係の個人とされてはいるが、究極的には、それらの行為が米軍の行為と評価されるのだから、組織体としての米軍そのものも名宛人と解される。そうすると、米軍は、先述したようなJEGSの適用による保護とはべつに、沖縄ジュゴンが日本の文化財保護法や種の保存法の保護種である以上、同条による日本国法令の遵守義務を履行するためにも、その保護をはかる必要がある。もっとも、JEGSは、適用可能な日米両国の環境法規だけでなく、両国間の地位協定やその他の国際協定を集大成したものとされているので<sup>135</sup>、同条はすでにJEGSのなかに内実化されているともいえる。そうだとすると、JEGSが策定される以前にはともかく、上記のようにJEGSがすでに策定され、日本の文化財保護法や種の保存法がクライテリア、つまり、米軍の行動準則として明記されている以上、同条の国内法令の遵守義務によるジュゴン保護法の尊重を強調する意義はうすれたかもしれない。

いっぽう、同条の効力との関係でいえば、日本国法令の「尊重」の意味が上記のとおり曖昧なものだとしても、海上ヘリ基地はジュゴンに致命的な被害をあたえるから、米国がその建設に関与するかぎりにおいて、同条違反の責任—たとえ政治的な意味あいしかないとしても—が問題となりうる。もっとも、形式的には、海上ヘリ基地の建設は日本の一方的な行為のごとく仮装

131 引用条文の訳は前掲「日米地位協定逐条批判」134頁による。日米地位協定に比べると規定内容は精緻である。

132 引用条文の訳は同頁による。

133 解説書16、17頁。

134 同上17頁、参照。

135 JEGSV頁参照。

されているが、実質的には、上記のように米軍の主体的な関与は否定できないし、少なくとも完成した海上ヘリ基地を米国において受領するのだから、この受領という米国の行為については、同条違反の責任問題は否定しえないとおもわれる<sup>136</sup>。

#### 第4 沖縄ジュゴンと米国環境法の域外適用

ここでは、順次、沖縄ジュゴン保護のために域外適用可能な米国環境法をいくつかピックアップし、その法的な論点を検討していく。とりあげるのは、米国文化財保護法<sup>137</sup>、種の保存法、国家環境政策法の3つであるが、上記のように、沖縄ジュゴン「自然の権利」訴訟が、米国文化財保護法を請求原因としてすでに提起されているので、さいしょに、同法について詳述していく。

##### 1 米国文化財保護法<sup>138</sup>の域外適用

###### 1.1 米国文化財保護法について

沖縄ジュゴン訴訟は米国の「National Historic

Preservation Act (NHPA)」を根拠としている。同法を直訳すると、「国家歴史保存法」であるが<sup>139</sup>、その内実は史跡などの文化財の保護が中心であり、この点を強調して「文化財保護法」と意識すべきであろう。NHPAは、1966年に制定されたが、その後、先住民の伝統的文化や世界的遺産の保護へとシフトし、複数回の法改正がなされて、今日に至っている。米国における世界遺産条約の国内執行法でもある。現在では、アメリカ先住民(インディアン種族、ハワイ先住民など)の歴史遺産にも格別の関心が払われていて、先住民文化の保存という観点からも重要な役割を果たしている。

この先住民文化という側面は、沖縄住民とジュゴンとの歴史的・文化的な紐帯の保護にも、密接に関係する<sup>140</sup>。ジュゴンは沖縄の歴史、文化、風習、習俗、生活ともふかく関わり、いわば沖縄のアイデンティそのものともいえる。ジュゴンの主要な生息域はこれまで、南西諸島、とくに沖縄本島と八重山諸島の周辺水域にかぎられていた<sup>141</sup>、Dugongイコール沖縄という公式もなりたつ。いいかえれば、歴史的な沖縄文化圏がジュゴン生息域と重なり合うのである<sup>142</sup>。

いっぽう、NHPAの世界遺産的な側面は、沖

136 もっとも、海上ヘリ基地が完成した時点では、ジュゴンはすでに絶滅しているか、絶滅は時間の問題だけかもしれない。このことから、米国による完成した基地受領とジュゴンの絶滅との間に因果関係はない—したがって同条違反の責任もない—という抗弁が主張されるのであろうか。

137 先述したように、環境法に同法をふくめるには、異論があるかもしれない。しかし、ここでは「環境」のなかに生活環境や自然環境だけでなく、社会的・文化的・歴史的な環境をふくめて論じることにしたい。前注16、参照。

138 同法の解説書として、加藤一郎・野村好弘編「歴史的遺産の保護」信山社(1997)がある。とくに、その「第1部 アメリカにおける歴史的遺産の保護」、参照。

139 ほかに、たとえば、同上「歴史的遺産の保護」による訳語なども参照されたい。

140 ジュゴンと沖縄の文化・伝統、人々の暮らしとの結びつきにつき、前田一舟氏による社会学的な調査が非常に有益である。その成果の一部は、「ニライカナイから来た海獣ジュゴン」というタイトルで、沖縄タイムスの記事として、2000年10月10日、11日、12日、17日、18日、19日付けで、合計6回にわたり同誌に連載されている。なお、ジュゴン生息地の藻場の重要性については、沖縄県「藻場のはな—おきなわの海のゆりかご」が分かりやすい冊子である。

141 ジュゴンの生息状況などについては、注1の資料集に多くの文献が収められている。ほかに、ジュゴン研究会(粕谷俊雄他)「日本産ジュゴンの現状と保護」第8期(1999)・9期(2000)プロ・ナトゥーラ・ファンド助成報告書、(財)日本自然保護協会「沖縄ジャングサウォッチ、No.1—沖縄シーグラスウォッチ調査・第1次報告書」(2002年12月)などが、基礎的文献として重要である。建設主体サイドからのものとして、普天間飛行場移設対策本部「シュワブ沖調査結果報告書」(平成9年11月)、防衛庁「『ジュゴンの生息状況に係る予備的調査』の結果について」などがある。なお、ジュゴンとは直接関係ないが、辺野古の海上ヘリ基地と一体をなすと考えられる沖縄北部やんばるの調査報告書として、那覇防衛施設局「北部訓練場ヘリコプター着陸帯移設に係る環境調査の概要」(平成13年1月)、同「北部訓練場ヘリコプター着陸帯移設に係る継続環境調査検討書」(平成14年6月)などがある。

142 ジュゴンの生息する辺野古海域の重要性については、沖縄県「自然環境の保全に関する指針(沖縄編)」によると、海上ヘリ基地予定地の全域が評価ランクⅠの「自然環境の厳正な保護を図る区域」に指定されている。すなわち、自然保護上、もっとも自然的価値がたかく、ほんらい、開発してはならない水域であることが、沖縄県じしんによって指針化されている。当該水域の「自然環境」欄の解説をみると、「辺野古地先に藻場(約173ha)が分布する」と記載されている(同書679～682頁)。建設予定地の自然環境保全上の重要性はこの指針からも明らかである。環境省も、藻場の継続的な調査をおこなっており、その中間成果は、平成14年2月27日付「平成13年度ジュゴンと藻場の広域的調査の実施について」と題して、公表されている。

縄ジュゴンが北限のジュゴンとして、世界遺産的な価値をもつことにも整合的である<sup>143</sup>。たとえば、2000年10月のIUCNにおけるジュゴン保全勧告決議においても<sup>144</sup>、「ジュゴン(Dugong, Dugon dugon)は、世界的にみて絶滅のおそれある種であり(危急種 VU A1cd, IUCN 2000)、日本では過去30年間(1970年以降)、沖縄島の海岸でのみ記録されていることから、沖縄島周辺の地域個体群も絶滅のおそれのある種(絶滅危惧種 CR D1 またはCR C2b, 日本哺乳類学会 1997)であり、(中略)さらに、ジュゴンが周年生息する範囲は、現在では沖縄島の中部および北部の東海岸に限られ、これは沖縄のジュゴンの保全にとってこの範囲がきわめて重要であることを示しており、この孤立した生息場所の面積は小さく、その生息数もたいへんすくない」とされている(引用訳はWWF Japanの仮訳である)。沖縄ジュゴンは地球共有財産(global commons)ともいえるのである。

さらに、NHPAが域外適用されることについては、その条文中に明記されていて、一点の疑義もない<sup>145</sup>。同法の解釈・執行のための行政規則・ガイドラインも、その域外適用を前提とした規定をもうけている。この点は後述する。

以上から、沖縄ジュゴン保護のために、NHPAの域外適用を考えることは正攻法といえよう。かくて、冒頭で述べたように、同法の域外適用を前提に、米国において沖縄ジュゴン訴訟が提起された。以下では、この訴訟を素材としつつ、NHPAの域外適用上の問題点を検討していく。

## 1.2 NHPA訴訟の有用性

ジュゴンと沖縄固有の文化との接点という観点からも、NHPAが重要な意義をもつことは上述した。それ以外にも、ジュゴン保護のためのNHPA訴訟には、つぎのような戦術的な意義がある。

第一に、NHPAは、国防省をふくむ連邦機関の行為について域外適用されることが、法律条文上および行政規則上明らかで、域外適用の点で負けることはない。この点は、他の米国法と対比すると、明らかになる。

たとえば、後述するように、米国種の保存法(ESA)のばあい、法文上は両方の解釈が可能であるが、行政規則は域外適用を明確に否定している。判例上も、域外適用を否定する連邦地裁判決と肯定する連邦高裁判決が存在するが、連邦最高裁はこの高裁判決を原告適格の不在を理由に却下したので、未決着の状態である。

後記のように、米国国家環境政策法(NEPA)の場合も、同じく法律上は両方の解釈が可能だが、行政解釈は域外適用を否定している。判例も、公海や、南極などの「global commons」への域外適用は認めるが、主権国家の領域内への域外適用には慎重である。横須賀NEPA訴訟では、横須賀の米軍基地についてNEPAの域外適用が争点となったが、連邦地裁は、とくに外交政策と条約上の安全保障関係を理由に、日本への域外適用を否定した。

いっぽう、NHPA402条は同法の域外適用を明言している。これを受けた行政解釈規則(1998

143 国際的な自然保護機関である世界自然保護連合(IUCN)において、つぎのような沖縄ジュゴンの保全決議がなされているが、これもジュゴンの世界遺産的な価値をしめすに十分である。CGR2.CNV004xCNV005 Rev 1 "Conservation of Dugong (Dugong Dugon), Okinawa Woodpecker (Sapheopipo noguchii) and Okinawa Rail (Gallirallus okinawae) in and around the Okinawa Island". その第1項において、日本政府にたいし、「a)ジュゴンの生息場所やその周辺における軍事施設の建設に関する自発的な環境アセスメントを、できるかぎり早急に実施すること、b)ジュゴン個体群のさらなる減少をくい止め、さらに、その回復に役立つジュゴン保全対策を、できるかぎり早急に実施すること」、第3項において、日米両国政府にたいし、「a)自発的な環境アセスメントの結果を考慮しながら、それにもとづいてジュゴン個体群の存続を確実にするために役立つ適切な対策を講じること」(WWF Japanの仮訳による)。なお、IUCNによるジュゴンの報告レポートとして、「Dugong Status Report and Action Plans for Countries and Territories」Early Warning and Assessment Report Series (UNEP/DEWA/RS.02-1)、参照。その第4章は日本のジュゴンのおかれた危機的状況が紹介されている。

144 前注参照。

145 上記のように、解説書じしんも、条文上、米国法の域外適用が明らかな立法例の一つとして、NHPAをあげている。解説書3頁、参照。

年4月24日付連邦公報の「海外歴史財産」項目の(m))も、域外適用を当然の前提とし、連邦機関にたいし、その連邦行為が海外の歴史的・文化的な財産におよぼす影響を考慮するように命じている。なお、NEPAとNHPAとの関係については、NHPA110条(i)に調整規定があり、それぞれ別個独立に適用—相互に影響なし—されるので、NEPAの域外適用にかんする法解釈がNHPAに影響することはない。

第二の戦術的な意義は、NHPAの域外適用上、連邦機関は当該の「連邦行為に対する直接的または間接的な管轄」(“direct or indirect jurisdiction over such undertaking”)をもてばよいとされて

いるので(402条)、この「間接的な管轄」の柔軟な解釈として、本件のような日米共同行為についても、NHPAの適用を肯定しやすい点である。日本における米軍基地の提供については、日米安全保障条約や日米地位協定上の解釈とも関連して、日米両国政府の役割分担をあいまいなものにしている<sup>146</sup>。あるいは、すくなくとも外交、政治、軍事上のかべに阻まれて外部からは分からない。NHPAは、このあいまいで分かりにくい部分についても、米国政府のかかわりを「間接的な管轄」として捕捉しうる点でもすぐれている。

さいごに、NHPAを援用することは、イラク戦争を契機に、戦争による歴史的、文化的、自

146 日米安保条約第6条によると、「アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することを許される」とのとされ、同条をうけて日米地位協定第2条1項(a)は、「合衆国は、相互協力及び安全保障条約第6条の規定に基づき、日本国内の施設及び区域の使用を許される。個々の施設及び区域に関する協定は、第25条に定める合同委員会を通じて両政府が締結しなければならない」と定めている。さらに、同協定25条1項は、「この協定の実施に関して相互間の協議を必要とするすべての事項に関する日本国政府と合衆国政府との間の協議機関として、合同委員会を設置する。合同委員会は、特に、合衆国が相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するため必要とされる日本国内の施設及び区域を決定する協議機関として、任務を行う」と規定している。以上を総合すると、辺野古の海上ヘリ基地のばあいには、合同委員会における両国政府の協議のもとに、日本国政府において米軍のために基地建設をおこない、完成した基地について、「個々の施設及び区域に関する協定」が日米両国政府により締結されて、米軍の施設および区域、つまり、米軍基地になるかのごとくである。完成の前後において、日本国政府による完成物の提供、米国政府による受領という行為がなされるが、これらの各行為と両国政府による協定締結の時間的な先後関係—たとえば、協定締結、提供、受領という時系列になるのか—は、必ずしも明らかではない。そうすると、形式的に考えると、海上ヘリ基地について、米国の「施設及び区域」として、米国の主権的支配(使用)が法的に可能となるのは協定締結・受領後であって、それ以前においては、たとえ合同委員会による協議という縛りがあるとしても事実上のものにならないから、日本国政府による主権行使としての単独の行為しか問題とならないようにもみえる。しかし、少なくとも基地建設は米軍のためになされる以上、その基地として本来もつべき規格・性能など—一般に「所用」と表現される—は米国の指示・承認によるはずであり、合同委員会による協議が事実上のものだとしても、その意向・成果をふまえて建設されるのだから、実質的には、基地建設行為は日米両国政府の共同行為といえよう。さらに、日米間の米軍基地関係の意志決定過程を分かりにくくしているのは、上記合同委員会とはべつに、日米安全保障協議委員会(Security Consultative Committee, “SCC”)なるものが存在し、そこでの協議と合意のルートが確保されていることである。日米安保条約第4条によると、「締約国は、この条約の実施に関して随時協議し、また、日本国の安全又は極東における国際的平和及び安全に対する脅威が生じたときはいつでも、いずれか一方の締約国の要請により協議する」と規定されているが、SCCは、同条を根拠として、内閣総理大臣と米国防務長官との往復書簡にもとづき設置された委員会といわれる。SCCの構成メンバーは、日本サイドから外務大臣・防衛庁長官の2名、米国サイドから國務長官・国防長官の2名の合計4名であることから、SCCは「2+2会合」とも呼ばれる。このようなSCC設置の法的根拠および権限内容から、SCCにおける合意には政治的な意味合いしかないといわれる。いっぽう、上記のように、合同委員会は「個々の施設及び区域に関する協定」の締結権限をあたえられているので、そこでの合意は協定化されて法的効力をもつことになる。いわゆるSACO(The Japan-U.S. Special Action Committee on Okinawa)の最終報告書「1. Introduction.b.」によると、「SCCは、1996年12月2日、海上基地施設(sea-based facility, “SBF”)案をおしすすめるSACOの勧告を承認した」とされている。上記のように、SCCの合意には政治的な意味合いしかないとする、この「承認」にも政治的な効力しかないことになる。さらに、同報告書「1. Introduction.c.」によると、「SCCは、日米安全保障高級事務レベル協議(Security Sub-Committee, “SSC”)の監督のもと、FIG(Futenma Implementation Group)と命名され、技術専門家のチームによって支援された日米二国間の作業班(working group)を設置する。FIGは、合同委員会と共同して(working with the Joint Committee)、1997年12月よりも前に、実行計画を策定する。SCCによる同計画の承認にもとづき、FIGは、合同委員会と共同して、(海上基地施設の)デザイン、建設、試験(testing)および資産(assets)移転を監督する。当該過程において、FIGは、SSCにたいし、当該作業の進展状況(status of its work)にかんし定期的に報告する」と記載されている。以上によると、海上基地施設については、SCC、合同委員会、SSC、FIGの4つの組織が関与することになり、それらの意志決定過程は分かりにくくなっている。なお、基地建設は日本政府の一方的行為で、そこに米国政府の関与の余地はなく、したがって、そこには米国の行為すなわち連邦行為性の契機はなく、米国法適用の前提を欠くといった立論がなされることもある。このような議論は、上記のような日米安保条約・地位協定上の解釈問題と、米国法の域外適用の問題を混同するものである。後者は、米国法の解釈問題であり、当該米国法の域外適用が肯定されるばあいにおいて、なんらかの米国の渉外的な関与(行為)があり、その関与について当該域外適用のための法律要件が充足されるかぎり、当該米国法は域外適用される。したがって、SCC、合同委員会、SSCおよびFIGにおける協議および合意であっても、そこに米軍サイドの関与(行為)がある以上、その部分について米国法の域外適用が問題となる。このばあいにも、他国との条約上の二国間関係などの外交問題性を理由とした司法審査の限界が争点となりうるが、それは別論である。なお、SSCや合同委員会における意志決定のしくみや法的効力などについては、沖縄の弁護士である新垣勉氏から教えたので、付言しておきたい。



然的な遺産の破壊、とくに米国による他国の文化財への無関心が内外で批判されていて、タイミングがよいことを指摘できるであろう。この点からも、NHPA訴訟は、北限の絶滅のおそれあるジュゴンという、世界的遺産にたいするアメリカの保護責任を問うるのである。

### 1.3 NHPA訴訟と行政手続法

これはNHPA違反を請求原因(cause of action)とした訴訟である。

沖縄ジュゴン訴訟もその一例であるが、NHPAの域外適用のテスト・ケースとして、きわめて重要な意義をもっている<sup>147</sup>。日本では、文化財保護を目的とした訴訟としては、伊場遺跡訴訟<sup>148</sup>が著名である。米国では、現存する先住民文化を開発による破壊からまもるために、NHPA訴訟が利用されることも多いようである。日本でも、二風谷ダム訴訟のような事件<sup>149</sup>のことを考えると、今後の課題として、アイヌなどの先住民文化を保護するために、NHPA訴訟のような訴訟類型が不可欠だとおもわれる。のみならず、先住民文化にかぎらず、より一般的に、歴史的、伝統的、文化的、社会的、自然的に価値ある遺産を保護するための法システムとしても、NHPAのしく

みは示唆的である<sup>150</sup>。

本訴訟は、域外適用につき定めたNHPAの手続規定(同法402条)違反を理由に、行政手続法(Administrative Procedure Act, "APA")にもとづき提起されている。APAは、日本の行政手続法とは異なり、行政事件訴訟の規定をふくんでいる。NHPAには市民訴訟条項がないので<sup>151</sup>、同法違反を理由に提起する場合には、APAの定める行政事件訴訟規定の要件をみたす必要がある。本訴訟との関係では、日本法的にいえば、①原告適格、②処分性、③違法性審査基準などが問題となるが、それぞれについて、APAの定める要件をクリアしなければならない。

さらに、ジュゴン保護とNHPA違反の是正という観点から、請求の趣旨をいかに構成するかも問題となる。

順次検討していこう。

#### (1)原告適格要件

上記のようにNHPAには市民訴訟条項はない。

それゆえ原告適格要件はAPAによる。もっとも、市民訴訟条項によるかAPAによるかは、実質的なちがいはない。いずれのばあいも、判例理論上、原告適格を基礎づけるために、現実的な侵

147 米軍の展開は世界的な規模でおこなわれており、それによる歴史的、文化的、自然的な環境にあたえる影響もはかりしれないので、沖縄ジュゴン訴訟の帰趨は世界的な関心事項でありうる。

148 第一審静岡地判昭和54・3・13判時941号35頁、控訴審東京高判昭和58・5・30判時1081号29頁、上告審最判平成元・6・20判時1334号201頁。その他の文化財関連の判例紹介として、畠山武道他編著「環境行政判例の総合的研究」北海道大学図書刊行会(1995)412~426頁、参照。なお、伊場遺跡の保存をめぐるのは、椎名慎太郎「遺跡保存を考える」岩波新書(1994)59頁以下に、紹介されている。同書は遺跡が開発で失われていく現状に警鐘をならしている。

149 札幌地判平成9・3・27判時1598号33頁。

150 日本のかびの生えた行政訴訟理論と、行政主導型の文化財保護法のもとでは、遺産保存のために、当該遺産に直接の利害関係をもたない個人や団体が、たとえば、開発差止などの法的手段をもって違法な開発を阻止しようとしても、原告適格や処分性などの行政訴訟理論に阻まれて門前払いされてしまう。前注148の伊場遺跡事件がまさにそうであった。この点の手当は文化財保護法にもなく、日本の遺跡は破壊されていく一方である。詳しくは、前掲「環境行政判例の総合的研究」の同頁、参照。

151 市民訴訟条項(citizens suit provision)というのは、法執行権限をあたえられた行政機関が法で定められた非裁量的な義務に違反しているばあいに、当該行政機関や一般私人にたいし、一般市民がその是正をもとめて提訴できる制度である。たとえば、行政機関が非裁量的な規制権限を行使しないで、一般私人の法違反の事実を放置しているばあいに、一般市民は、当該行政機関にたいし規制権限発動の義務づけをもとめ、あるいは、直接に、法違反をおこなっている一般私人にたいし、違反行為の差し止めをもとめて提訴することができる。これは一般市民へのエンパワーメントの現れであるが、日本ではこのような法的しくみがないために、法の実効性が失われている。米国では、法の実効性をたかめ、最小の費用で最大の法目的を達成する手段として、奨励されている。当初、公民権法のなかに見だされたが、のちに、環境法中にも制度化されるようになった。

害 (injury in fact) の要件<sup>152</sup>が必要とされているからである<sup>153</sup>。ただし、一般的には、APAによるばあい、「法によって保護された利益」の要件 (zone of interests test) が課せられる一方<sup>154</sup>、弁護士報酬の制度はない。NHPA第305条は、原告の実質的な勝訴の場合に弁護士報酬その他費用の償還をさだめ、訴訟による行政機関の違法是正を奨励している<sup>155</sup>。

本訴訟では、ジュゴンとの関わりの深い、個人・団体が原告に選定された<sup>156</sup>。時間の制約もあって、少数精鋭のタマに絞られている。これらについて、APA上、原告適格がみとめられるかが、第一ハードルである。

まず、APA第702条<sup>157</sup>の原告適格要件であるが、同条の第一文はつぎのように定めている。

「行政機関の行為により法的侵害をうけ、または、行政機関の行為により、当該法律の趣旨の範囲内において、不利益をうける者は、当該行為について司法審査をもとめることができる。」

ここにいう「不利益」には環境的利益一本訴訟でいえば、辺野古海域のレクリエーション的な利用でもよい—の侵害もふくまれる。問題は、そのような不利益が、「当該法律」つまりNHPAの射程「範囲内」のものといえるか—これも、日本法的な議論のしかたをすると、当該法規が一般公益ではなく利用者の個別的利益を保護する趣旨か—どうかである。結論からいうと、NHPAは、米軍基地予定地を利用する者の利益—上記のように、この利益は環境上のものでもよい—を個別的利益として保護している。米国法のもとでは、行政法規であっても、原則的に、個別的利益の保護をも目的としていると解釈されているからである<sup>158</sup>。

本訴訟の原告の筆頭は、沖縄ジュゴン (Dugong dugon) であり、自然の権利訴訟の形式が採られている<sup>159</sup>。自然の権利訴訟では、当該自然の指標的な動植物種や地域個体群、それらをふくむ自然それ自体が、それらの擁護者をもって任ずる人間原告—個人や環境NGOの団体でもよい—とともに

152 この「injury in fact」の要件であるが、「現実的な侵害」と「事実上の侵害」のいずれに訳すべきかは、問題である。「injury in fact」の文意には、違法行為により侵害される利益は、経済的な利益だけでなく環境上の利益など、ひろく法的保護に値するものであればよいというニュアンスがあり、その意味では、「事実上の侵害」—より正確には「事実上の利益侵害」—と訳出すべきであろうが、他方で、そのような利益を侵害する行為は、観念的なものではたりずさし迫ったものでなければならないという、侵害行為の現実性に関わる側面もあり、その意味では「現実的な侵害」—より正確には「現実的な侵害行為」—というのが適訳であろう。後者の点は処分性要件とも関係し、その要件事実でもあるので、ここでは前者の点を強調し、「事実上の侵害」と訳しておきたい。

153 市民訴訟条項によるばあいも、「injury in fact」の要件が必要とされることにつき、504 U.S. 555, 112 S. Ct. 2130、参照。合衆国憲法第3条は、司法権のおよぶ範囲を「cases and controversies」に限定しているが、「injury in fact」の要件は、この司法権を限界づける憲法的要件の訴訟法的な表現であるので、個別法の市民訴訟条項によって不要とはできないのである。詳しくは、前注7で紹介した、関根孝道「だれが法廷にたてるのか—環境原告適格の比較法的な一考察」総合政策研究 No. 12 (2002) pp27-44、参照。

154 この要件は、当該違法行為によって侵害されたと主張される利益が、当該違法評価を基礎づける法—つまり法違反を主張される—ところの当該法—によって保護されたものであることを意味する。いいかえると、被侵害利益は当該法の保護法益の射程内のものでなければならない、ということである。詳しくは、前掲「だれが法廷にたてるのか」、参照。

155 これは訴訟をつうじた市民参加ともいえるしくみで、NHPA訴訟は公益的な側面もあるので、同法違反を看過せずその是正をもとめ提訴したものは、公益のためにも貢献したのだから、経済的な不利益をうけないように配慮するだけでなく、弁護士報酬というインセンティブとしてのアメを用意したのである。そこには一般市民の訴訟による公益実現という哲学がある。それは費用対効果という観点からも非常に効率的なものである。

156 訴状に記載された順序で原告を紹介すると、原告は、(1) 沖縄ジュゴン (Dugong Dugon) (2) 生物多様性センター (Center for Biological Diversity, "CBD") (3) タートル・アイランド回復プロジェクト (Turtle Island Restoration Project, "TIRP") (4) 日本環境法律家連盟 (Japan Environmental Lawyers Federation, "JELF") (5) ジュゴンを救う会 (Save the Dugong Foundation) (6) ジュゴンネットワーク沖縄 (Dugong Network Okinawa) (7) 海上ヘリ基地建設反対協 (Committee against Heliport Construction) (8) 生命を守る会 (Save Life Society) (9) 沖縄在住の3個人 (辺野古在住2名、那覇在住1名) の合計11名である。(1) は地域個体群としてのジュゴンそのもの、(2) と (3) は米国の環境NGO、(4) ないし (6) は日本の環境NGO (権利能力なき社団)、(7) ないし (9) は日本の平和NGO (権利能力なき社団) である。

157 5 U.S.C. sec.702.

158 詳しくは、前掲「だれが法廷にたてるのか」31頁、参照。

159 自然の権利につき、一般的に、山村恒年・関根孝道編「自然の権利」信山社 (1996)、関根孝道「米国における自然の権利訴訟の動向」日本の科学者 Vol. 32 No. 12 Dec. 1997、参照。

に共同原告表示されるが、究極的には、当該自然生態系そのものの保護がめざされている。本訴訟において沖縄ジュゴンが原告表示されたことは、ジュゴンに象徴される辺野古海域の自然生態系、さらには、自然の権利訴訟とNHPA訴訟が結合されることにより、ジュゴンと沖縄との歴史的、文化的、生活的な紐帯なども、訴訟の対象であることを意味する。

上記のように、ジュゴン以外の原告は、米国の環境NGOの二団体(Center for Biological Diversity, Turtle Island Restoration Project)、環境法律家連盟(JELF)をふくむ日本の環境・平和NGOの四団体、沖縄在住の三個人である。訴訟構造的には、これらの原告は、自己の個人的な利益の侵害を主張しつつ、ジュゴンとの個別な関係性にもとづき、ジュゴン(に代表される自然)の利益代弁者として訴訟代理人的に、訴訟追行することになる。

以上の原告を訴訟代理しているのが、米国でもっとも由緒ある最強のプロ・ボノ環境法律事務所、アース・ジャスティス(Earth Justice)<sup>160</sup>である。

## (2) 処分性要件

つぎに、処分性の要件であるが、日本法のような厳格(幻覚?)な処分概念はなく、APA上、単に、法的侵害や不利益をあたえるところの、(連邦)「行政機関の行為(agency action)」であればよい(以下、「連邦行為性の要件」ともいう)。こ

の要件は、NHPAとの関係では、本訴訟の対象行為が同法402条<sup>161</sup>に定める「連邦行為(Federal undertaking)」に該当することによって、充足されることになる(同条の解釈は後述する)。それがNHPA適用の引き金をひくためには、同条の解釈適用上、後述するように、ジュゴンへの「直接的な悪影響(directly and adversely)」を与えるものでなければならない。

本訴訟では、第一に、普天間基地の代替施設建設を辺野古海上に決定した国防省の行為をもって、中核的な連邦行為として捉えている。

詳述すれば、1997年9月29日付け「DOD Operational Requirements and Concept of Operations for MCAS Futenma Relocation, Okinawa, Japan Final Draft, "OR"」<sup>162</sup>の策定による海上案の決定ないし採用をもって(以下、「OR策定」という)、連邦行為として捕捉されている。なぜなら、海上ヘリ基地建設について、国防省の承認(approval)が条件であることが随所に明記されているし、その所要(details)<sup>163</sup>も直接指示されているからである。この点からも、海上ヘリ基地建設が日本政府の一方的行為で、米国政府はいっさい関知していない、という抗弁(強弁?)は通用しないとおもわれる。

なお、「undertaking」の意味であるが、同法第301条(7)<sup>164</sup>は、つぎのように定義している(かっこ内の丸数字は筆者がつけたものである)。

「"Undertaking" means a project, activity, or program funded in whole or part (=①) under

160 アース・ジャスティスは、もとシーラ・クラブ・リーガル・ディフェンス・ファンドであって、アメリカ最大の環境NGOの一つシーラ・クラブの訴訟担当部門であったものである。

161 16 U.S.C. 470a-2.

162 SACO合意からOR策定にいたる一連の経緯を、ドキュメンタリーにまとめ分析した秀作として、真喜志好一「密約なかりしか—SACO合意に隠された米軍の長期計画を追う」週刊金曜日No.362。

163 「所要」は重要な概念で、SACO合意以降の日米間交渉、ORに代表されるような日米両国政府の内部文書などにも、しばしば登場する。海上ヘリ基地は米軍のための基地であるから、その規格や仕様も米軍用の仕立てでないといふものにならない。その仕立ての詳細が「所要」と表現される。

164 16 U.S.C. 470w.

the direct or indirect jurisdiction of a Federal agency (=②), including (A) those carried out by or on behalf of the agency; (B) those carried out with Federal financial assistance; (C) those requiring a Federal permit license, or approval」

この①の要件との関係で、国防省による代替施設へのなんらかの財政支出が要求されるかもしれないが、米軍予算資料は公表され立証は困難ではない<sup>165</sup>。②の要件についても、OR策定による海上案決定ないし採用は、国防省の直接的な管轄事項であって問題はない。(A)ないし(C)は「undertaking」の具体的な例示であるが、OR策定はそのいずれにも該当するとおもわれる<sup>166</sup>。

連邦行為として捕捉された第二のものは、OR策定を中心とする一連の行為、すなわち、普天間基地の移転を促進し、ORの実施に関連する国防省の現在および今後のすべての行為である。具体的には、移転のための財政措置、個々の実施決定の許可、移転先の海上基地維持のための継続的な財政支出などの諸行為が、想定されている。

これはOR策定から派生する一連の行為のすべてを連邦行為としてとらえ、NHPAの手続的な規律に服せしめるものである。

### (3) 審査基準

上記の連邦行為が違法評価されるためには、APA第706条(2)<sup>167</sup>の違法要件をみたす必要がある。同条項は、連邦行為の違法確認がなされ、その効力が否定される6つの違法基準を定めているが、現時点で、本訴訟と関係するのは、「恣意的・

専断的、裁量の濫用などの法違反」(同条(2)(A))、「法の定める手続の不遵守」(同条(2)(B))の二つとおもわれる。つまり、上記連邦行為について、NHPAの解釈適用との関係で裁量の濫用がみとめられるか、そもそもNHPAの命ずる手続を履践していないことが必要である。

前者の要件は、NHPAの解釈適用についても行政裁量がみとめられるので、その濫用が肯定されるばあいに限って、違法評価する趣旨である。国防省は、海上基地建設について、そもそもNHPAの適用はないという前提にたっているので、本訴訟では、①NHPAは適用されないという、その解釈適用上の裁量—要件裁量と効果裁量の二分論によると、NHPA適用の法律要件が充足されないという、要件裁量—の濫用、あるいは、②NHPAの命ずる手続—具体的には、後述するNHPA第402条の定める手続—が履行されていないという、手続不遵守が争点になるとおもわれる。

### (4) 請求の趣旨 (claim for relief)

請求の趣旨はつぎのとおりである。

第一に、国防省のOR策定と普天間基地移設にかかる諸行為が、NHPA第402条の定める手続要件を遵守していないことの違法確認、この国防省の不遵守について、第二に、APA第701条ないし706条の適用上、裁量の濫用であり、法の命ずる手続に違反していることの違法確認、第三に、APA第706条(1)に違反して不合理に遅延され、違法に怠る行為であることの違法確認、第四に、NHPAおよび国防省の行政解釈規則を遵守するまでの間、違法に発せられたORの取り消し、第五

165 たとえば、「Department of the Navy Fiscal Year (FY) 2001 Budget Estimates, Jusitification of Estimates February 2000, Operation and Maintenance, Marine Corps」の「48. Program Decreases in FY 2000 b)」の項目をみると、SACO / FIG関係の予算の記述がある。

166 すくなくともOR策定は国防省みずからの行為として(A)に該当する。(B)の「Federal financial assistance」というのも、年間予算的な手当てで十分だとすれば、(B)にも該当しよう。さらに、OR策定が国防省内部または連邦政府内部のなんらかの承認(approval)のもとになされたとすれば、(C)にもあてはまるとおもわれる。

167 5 U.S.C. sec.706(2).

に、弁護士報酬をふくむ訴訟費用の支払い、最後に、その他裁判所において適当とみとめる救済措置、の以上である。

米国の行政訴訟は、民事訴訟(civil suit)の範疇内のものであり、日本のように民・刑事訴訟と対置されるような、独立の訴訟類型とはされていない。請求の趣旨も日本のように取消中心ではなく、ベストな法的救済をもとめることができる。上記請求の趣旨もそのような観点から構成されている。

#### 1.4 NHPA第402条

NHPA訴訟の概略は上記のとおりである。

ここでは、NHPAの域外適用を定めた同法第402条(16 U.S.C. 470a-2 "International Federal activities affecting historic properties")について、やや掘り下げて検討していく。同条はつぎのように定めている(カッコ内の数字は筆者が便宜的に挿入したものである)。沖縄ジュゴン訴訟がなりたつ—訴訟法的に言えば、却下をまぬかれる—ためには、同条の定める域外適用要件をみたす必要がある。

「Prior to the approval of any Federal undertaking outside the United States which may directly and adversely affect (=①) a property which is on the World Heritage List or on the applicable country's equivalent of the National Register, the head of a federal agency having direct or indirect jurisdiction over such undertaking (=②) shall take into account the effect of the undertaking on such property for purposes of avoiding or mitigating any adverse effects (=③).」

「世界遺産目録または当該国における(米国の)ナショナル・レジスターに相当するもの(equivalent)に登録された財産(property)にたいし、直接的に悪影響(=①)をおよぼしうる連邦行為(Federal undertaking)であって、米国外におけるものを承認(approval)するに先だち、当該連邦行為につき直接的または間接的な管轄(=②)をもつ連邦機関の長は、当該悪影響を回避または緩和するために(=③)、当該連邦行為が当該遺産におよぼす影響について考慮するものとする。」

まず、①の要件があるので、普天間代替施設、つまり海上ヘリ基地がジュゴンに「直接的な悪影響」をおよぼすことの主張・立証が必要である。代替施設予定地は、ジュゴンの重要生息地(critical habitat)であり、すでに多くの科学的な調査結果もある<sup>168</sup>。したがって同要件の充足性は問題ないとおもわれる。

つぎに、②の当該連邦行為につき「直接的または間接的な管轄」の要件は、なにをもって連邦行為として捕捉するかとも関係する。つまり、SACO合意の成立—あるいは、それに先行する日米間の協議や米国の行為がなされたとき—から海上ヘリ基地の運用にいたる時系列において、なんらかの米国の関わりをNHPAの対象行為、すなわち連邦行為(undertaking)として捉えるためには、国防省が当該行為について「直接的または間接的な管轄」をもっていなければならない。上記のように、ジュゴン訴訟では、国防省によるORの策定そのものを、第一次的な連邦行為としている。なぜなら、ORの策定は、国防省の手によるもので、まさに「直接的な管轄」事項に属するからである。

いっぽう、「間接的な管轄」要件の解釈も問題となる。「間接的な管轄」というのは、NHPAの域外適用が問題となる局面においては、当該連邦行為に域外国がなんらかの関わりをもつとしても、な

168 注1、141の引用資料・文献に詳しい。

おかつ連邦行為性を肯定する趣旨をふくむと解釈できよう。とすると、本件のように、表面的には日本政府において建設するような形式であっても、実質的には、米国政府が示した「運用上の所要 (operational requirements)」にしたがい、両国政府の綿密な協議—じっさいには、米国政府の指示とその了承—のもとに建設され、最終的には、日本国政府により「提供」され、米国政府により「受領」される基地建設そのものを、連邦行為と評価できるであろう。

つまり、OR策定以外の行為であっても、OR策定を中心とする一連の行為、すなわち、普天間基地の移転を促進し、ORの実施に関連する国防省の現在および今後のすべての行為についても、国防省は少なくとも「間接的な管轄」をもつといえるから、連邦行為性の要件をみたすといえよう。じっさい、そのような行為も、ジュゴン訴訟では第二次的に連邦行為として主張されている。このような解釈が可能だとすると、ここに「間接的」というのは、日本政府のなんらかの関与ないし管轄があり、米国サイドだけでは一方的に決められないばあいであっても、国防省の関わりかたとして十分であることを意味するであろう。あるいは、そのような行為であっても、日本政府とはまったく別に、米国サイドで独自に決定できる領域があるから、その領域内の米国の行為については、あえて国防省の「間接的な管轄」といわなくとも、直截に、国防省が「直接的な管轄」をもつといえるかもしれない。いずれにしても、「間接的な管轄」でも足りる結果、日本政府のなんらかの関与がある—したがってその意向を無視しえない—としても、連邦行為性を否定する論拠にはなりえないとおもわれ

る。

さいごに、③の要件であるが、連邦機関は、当該連邦行為が海外にある遺産におよぼす影響を「回避または緩和」すべく考慮する義務を負う<sup>169</sup>。本件についていえば、国防省は、海上ヘリ基地建設がジュゴンにおよぼす影響を「回避または緩和」しなければならない。もっとも、この義務は、ESAの場合と異なり、「回避または緩和」という結果を要求する実体的な義務ではなく、そのために「考慮」すべき手続的な義務である<sup>170</sup>。この義務の具体的内容のうち、NHPAの対外的な側面に関係する部分は、つぎに詳述する。いずれにしても、手続的義務であってもジュゴンへの悪影響は明らかかなケースだから、計画を抜本的に見直すのではないが、この「考慮」義務を果たしたとはいえない。その意味で、本件では、具体的な事実関係を前提とすると、ジュゴン保護という実体的効果をもつといえそうである。

以上のほかにも、同条の解釈上、「(米国の) ナショナル・レジスターに相当するもの (equivalent)」、それに登録された「財産 (property)」などの意味内容が問題となる。

「(米国の) ナショナル・レジスター」については定義規定があり、「NHPA第101条にしたがい確立された歴史的な場所についてのナショナル・レジスター (National Register of Historic Places) を意味する」とされている<sup>171</sup>。NHPA第101条によると、「歴史的な場所についてのナショナル・レジスターは、アメリカの歴史、建築学、考古学、(土木)工学および文化 (culture) において意義ある地区 (districts)、場所 (sites)、建物 (buildings)、構造物 (structures) および物 (objects) から構成され

169 この「回避または緩和」のメニューは、OEBGDやJEGSにおいては、「文化的な影響緩和措置 (Cultural Mitigation)」として具体化されていること、上述したとおりである。

170 前述したように、この「考慮」の義務をはたすために、OEBGDやJEGSは、「文化財目録 (inventory) を作成し、「歴史のおよび文化的な資源プログラム (Historic and Cultural Resources Program)」を確立し、歴史のおよび文化的な資源の保護するための「文化的資源総合管理計画 (Integrated Cultural Resources Management Plan)」を策定すること、「文化的な資源の現地調査 (Cultural Resources Site Review)」など、さまざまな具体的措置を講じている。

171 NHPA sec.301(6)。

る]<sup>172</sup>と定められている。しかし、他国のなにがこれに相当するかについては、定義があたえられていない。おもうに、世界の国々の歴史、文化、伝統、民俗などの保護政策は、各国の考えかたのちがいを反映して多種多様であり、その価値の評価も当該国がもっともよくなしうることから、他国における「(米国の)ナショナル・レジスターに相当するもの(equivalent)」の意義について、一般的な定義規定をおくことを断念したのであろう。いいかえると、なにが「equivalent」であるかは、各国の自主的な判断にゆだねる趣旨と解される。このことは文化多元主義の観点からも正当化されうる。

結局、NHPAの目的はひろく文化財の保護であるから、各国の文化財保護リストが「equivalent」なものといえる。NHPAの域外適用は、米国の文化財保護政策を他国に押しつけるためではなく、他国の文化財保護政策を米国に尊重させるのが目的であるから、「equivalent」の要件、つまり、なにが「米国のナショナル・レジスターに相当」するかという相当性要件についても、他国の判断にしたがうのが当然である。日本のばあい、NHPAのナショナル・レジスターに相当するものは、文化財保護法上の文化財目録である<sup>173</sup>。これにジュゴンがリストされている以上<sup>174</sup>、この相当性要件をクリアーできる。

つぎに、ナショナル・レジスターに相当するものに登録された「財産(property)」の意味についても、直接の定義規定はない。ただ、「歴史的な財産(Historic property)」については、つぎのように定義されている<sup>175</sup>。

「“Historic property” or “historic resource” means any prehistoric or historic district, site, building, structure, or object included in, or eligible for inclusion on the National Register, including artifacts, records, and material remains related to such a property or resource.」

「『歴史的な財産』または『歴史的な資源』とは、ナショナル・レジスターにふくまれ、または、ふくまれうる地区、場所、建物、構造物もしくは物であって、当該財産または資源に関係する工芸品、記録物および物質的な残存物などをふくむものを意味する。」

これによると、「財産(property)」というのは、「資源(resource)」と同義—法文上、両者の定義は同じ—であり、一般的には、「ナショナル・レジスターにふくまれ、または、ふくまれうる地区、場所、建物、構造物もしくは物」を意味する。ここに「ナショナル・レジスターにふくまれ、または、ふくまれうる」という要件は、NHPAの域外適用が問題となる場面では、「ナショナル・レジスター」という用語は、上記のように、同法第402条によって「(米国の)ナショナル・レジスターに相当するもの(equivalent)」と読み替えられるから、結局、当該域外国の「ナショナル・レジスターに相当するものにふくまれ、または、ふくまれうる」ものであればよい。いっぽう、「物」というのは「object」の訳であるが、「地区、場所、建物、構造物」以外のあらゆる物を意味するが、国によっては日本のように、文化財には有形・無形の文化財がふくまれることを考えると、同じくNHPAの域外適用が

172 同上sec.101(a)(1)(A).

173 NHPAの法文上、各国の文化財保護リストは、必ずしも法に根拠をもつ必要はない。したがって、地方自治体レベルの保護リスト、地域社会や特定集団内だけで認知されたものでもよいとおもわれる。国によっては、中央政府の権力者によって破壊・弾圧される特定地域や少数民族集団の文化財も存在し、NHPAはそれらの保護も考えているのであろう。

174 前注3、参照。

175 NHPA sec. 301(5).

問題となる局面では、有形物だけでなく無形物もふくめて理解すべきである。

とすると、同条の「財産(property)」というのは、当該域外国における「(米国の)ナショナル・レジスターに相当するものにふくまれ、または、ふくまれうるもの」を、ひろく意味することになる。日本についていえば、「文化財保護リストにふくまれ、または、ふくまれうるもの」が、同条の「財産(property)」に該当することになる。これには、有形・無形の文化財もふくまれ、天然記念物のジュゴンも包摂される。

なお、同条がたんに「財産(property)」といい、「歴史的な財産」というような限定をしていないのは、他国の文化財概念が米国のそれと異なることを考慮したからであろう。つまり、米国の文化財概念はやや歴史性を重視しているが、他国のそれは文化財にたいする考えかたのちがいを反映して、たとえば、伝統性、民俗性、習俗性、日常性、自然性、さらには学術性などの視点をも考慮している。じっさい、日米両国の文化財保護制度はちがった構造性をもつことから、NHPAを域外適用することは、日本の文化財、つまり、日本において文化財とされたものを保護するのだから意味がない。

なお、ジュゴンのような天然記念物は「物(object)」にふくまれ、さらにいえば、建設予定地の藻場、珊瑚、イノー(礁湖)なども、「文化財目録にふくまれうるもの」であり、地元住民との歴史的・文化的・習俗的・生活的な関係性を考えると、NHPAの保護対象になりうるかもしれない。すなわち、同条の法文上、実際に文化財目録に登録されている必要はなく、登録されうる資格があればよいとされている。したがって、今後は、環境破壊的な米軍の行為にたいし、日本における文化財的なものの保護をもとめて、その違法確認とNHPAの手続遵守などを請求していく、第二、第三のあらたなNHPA訴訟が考えられてよい。

## 1.5 NHPA域外適用の法律効果

### (1) 影響考慮義務

上記のように、NHPA域外適用の直接的な法律効果は、当該連邦行為が海外にある文化財におよぼす影響を「回避または緩和」すべく考慮する義務を、連邦機関が負うことである。NHPAの域外適用については、上記NHPA第402条をうけて、1998年4月24日付の行政解釈規則、正確に引用すると、「内務省長官による連邦機関のNHPAに関する歴史的遺産保存プログラム(策定)のための、スタンダードおよびガイドライン」(1998年4月24日。以下、「ガイドライン」という) (“The Secretary of the Interior’s Standards and Guidelines for Federal Agency Historic Preservation Programs Pursuant to the National Historic Preservation Act, “Guidelines”) の、“Standard 4. Guidelines: Foreign Historic Properties (m)”においても、明らかにされている。

その内容は、NHPA第402条とほぼ同じであるが、同条の連邦行為が当該域外国の遺産におよぼす悪影響について配慮する義務を、当該連邦機関が策定する「保存プログラム」において具体化させている。同条項はつぎのように定める(かっこ内の丸数字は筆者が便宜上ふしたものである)。

「In accordance with section 402 of the National Historic Preservation Act Amendments of 1980 (P.L. 96-515) and with Executive Order 12114 (issued January 4, 1979), the agency’s preservation program should ensure that, when carrying out work in other countries, the agency will consider the effects of such actions on historic properties (=①), including World Heritage Sites and properties that are eligible for inclusion in the host country’s equivalent of the National Register (=



②).」

「1980年修正の全米文化財保護法第402条および大統領令12114にしたがい、連邦機関の保存プログラムは、(連邦機関が)他国において活動するにさいし、当該連邦機関にたいし、世界遺産サイトおよび(米国の)ナショナル・レジスター(National Register)に相当するホスト国のそれ(=②)に包含されうるものなどをふくむ歴史的な財産(=①)について、当該活動がおよぼす影響を考慮することを保証させる。」

この保証義務がOEBGDやJEGSにおいて具体化されていることは先述した<sup>176</sup>。

NHPA第402条、大統領令12114についても詳述したとおりである。

## (2)利害関係者との協議義務

さらに、ガイドラインは、NHPAが域外適用されるばあいの協議義務について、つぎのように定めている。この利害関係者との協議義務の発生もNHPA適用の法律効果として重要である。

「Efforts to identify and consider effects on historic properties in other countries should be carried out in consultation with the host country's historic preservation authorities, with affected communities and groups, and with relevant professional organizations.」

「他国において、歴史的な財産におよぼす影響を特定し、かつ、考慮するように努めるにさいしては、ホスト国の歴史的な保存の関係当局、当該影響をうける地域社会や集団、および、適当な専門的知識をもった団体と協議しておこなうべきものとする。」

この「協議」の具体内容について、ガイドラインは詳細に規定している<sup>177</sup>。

すなわち、協議というのは、連邦機関以外の者の意見をもとめ、議論し、考慮する手続であり、可能なばあいには、いかにして歴史的な財産を特定し、考慮し、管理するかにつき、部外者との合意をもとめることを意味する<sup>178</sup>。この部外者には、連邦機関の活動に関心をもっていたり、その活動によって影響をうける公的、私的なものすべてをふくめる必要がある<sup>179</sup>。協議は、歴史的な財産に影響をあたえうる連邦機関の行為について、その計画段階のはやい時期に開始される必要がある<sup>180</sup>。個々の事業(specific undertaking)にかんする協議は、合意にいたるか達しえないか明らかになるまで、継続すべきとされている。協議のためには情報公開も重要であるので、連邦機関は、一般市民にたいし、時宜にかなった方法で、その事業やプログラム、歴史的な財産におよぼす影響の可能性を周知させる必要がある<sup>181</sup>。

以上を沖縄のケースに当てはめると、国防省は、ジュゴン保護のために、海上ヘリ基地建設がジュゴンにおよぼす影響を明らかにし、その影響を考慮するにさいしては、利害関係者との協議

176 前注169、参照。

177 このガイドラインの「協議」にかんする規定は、米国内における適用について定めたものであるので、域外適用が問題となる場面では、その趣旨をいかしながら、適宜、読み替えて準用する必要がある。したがって、「協議に関する」規定中、「歴史的な財産(historic properties)」という言葉は、上記のように、域外適用の局面では、「歴史的、文化的、習俗的、生活的なその他の文化財的なもの」と読み替える必要がある。

178 Guidelines Standard 5 "Consultation General Principles" (a).

179 同上(b)(d)。なお、先住民文化をとくに尊重する趣旨から、歴史的な財産がそれらに関係するときは、インディアン部族やハワイ先住民などを利害関係者にふくめることになっている。

180 同上(c)。

181 同上(e)。

(consultation)を義務づけられる。利害関係者には、沖縄県その他の関係自治体、辺野古集落・住民、自然保護団体などが、ひろくふくまれる。もっとも、あくまで利害関係者との協議という手続が要求されるだけで、計画中止など一定の実体的な判断が強制されるわけではない。この点で、実体的効果—当該種の保存という一定の結果の実現—をもつESAのばあいと異なる。協議は、合意形成が不可能と判断されるなど一定時点で、うち切ることもできる。

以上のような意味においてNHPAには手続的な効果しかない。とはいえ、辺野古水域における海上ヘリ基地の建設は、沖縄ジュゴンにとって最悪の選択であり、その絶滅に直結するという事実関係を前提とすると、協議の手続的な義務をはたしたというためにも、計画の見なおしという実体的な判断が迫られるのではなかろうか。協議というのは、たんに聞き置くこととイコールであってはならず、協議の結果を意志決定に反映させる必要があり、その意志決定には合理性がなければならぬ。とすると、海上ヘリ基地建設をめぐる意志決定が合理的であるためには、協議結果をふまえ、計画の抜本的な見直しをはかる必要があろう。

もっとも、先述したOEBGDやJEGSには、この協議義務を具体化した規定はみあたらない。効力的には、このガイドラインのほうが上位にあり、上記のように、域外適用のばあいにも利害関係者

との協議を命じているのだから、OEBGDやJEGSが協議義務について沈黙しているのは不可解である。

## 2 米国種の保存法の域外適用

### (1)はじめに

沖縄ジュゴン訴訟では、米国文化財保護法(NHPA)の域外適用が主張されているが、同法以外にも域外適用の可能な法律はいくつか存在する。その最有力候補が米国種の保存法(Endangered Species Act, "ESA")<sup>182</sup>である。さしいわい、沖縄ジュゴンはESAによる保護種指定を受けている<sup>183</sup>。したがってESAの域外適用が当然問題となる。実効性という観点からも、手続的な効果しかないNHPAにくらべて、ESAは強力である。ESAが史上最強の自然保護法—もちろん、絶滅のおそれある種の保存にかんしてであるが—といわれるのは、主として、つぎの三つの理由による<sup>184</sup>。

第一に、価値のコペルニクス的な転換をはかったことである。ESAは、人間の経済的利益と絶滅のおそれある種の存続という生態的利益が対立する場面において、後者を優先させている。人間の経済的な利益、たとえば、開発による金銭的利益がいかにかん天文学的なものであっても、保護種指定された絶滅のおそれある種の存続が開発によ

182 16 U.S.C. sec.1531, et seq. 同法の一般的な解説書として、島山武道「アメリカの環境保護法」北海道出版会(1992)、ダニエル・J・ロルフ著・関根孝道訳「米国種の保存法概説—絶滅からの保護と回復のために」信山社。とくに、同法の全体的な俯瞰として、「米国種の保存法概説」18~28頁、参照。なお、同法以外にも、ジュゴンは、海洋哺乳類であることから、海洋哺乳類保護法(Marine Mammal Protection Act, "MMPA")による保護も問題となりうる。日本をふくむジュゴンの状況をまとめた古い年次レポートとして、U.S. Fish and Wildlife Service "Administration of the Marine Mammal Protection Act of 1972: April 1, 1978 to March 31, 1979". この時代から、ジュゴンの危機的状態について、すでに警鐘が鳴らされている。

183 50 C.F.R. sec.23.23. 沖縄ジュゴンが保護種指定された経緯は必ずしも明らかではないが、2001年8月のワシントンの現地調査のさいに入手した資料、内務省のヒアリング結果などを総合すると、パラオ諸島がアメリカの委任統治領であったことから、そこに生息するジュゴンと沖縄ジュゴンとが一体のものとして、保護種指定されたようである。なお、このワシントン調査については、増田尚「沖縄ジュゴン保護のために—ワシントン・フロリダツアー報告」環境と正義2001・11月号および12月号に報告記事がある。

184 前掲「米国種の保存法概説」13頁以下。なお、日本にも似たような法律、「絶滅のおそれある野生動植物種の保存に関する法律」が存在するが、実効性のないまったくのザル法であって、ESAとは内容的に異なるものである。日米両国の種の保存法の比較法的な考察として、関根孝道「似て非なるもの—日米種の保存法の比較法的な考察」『山村恒年先生古希記念 環境法学の生成と未来』所収・信山社(1999)、参照。日本の種の保存法の改正の必要性と方向性をしめすものとして、日本自然保護協会編「生態学からみた野生動物の保存と法」60頁(2003)以下、参照。

## T. Sekine, Okinawa Dugong and Environmental Justice

て脅かされるかぎり、その開発は違法評価される<sup>185</sup>。そこには、今後一少なくとも21世紀—の自然保護法は、生物多様性という生態的利益を人間の経済的利益に優先させるという、価値のパラダイム・シフトが宣言されている。

第二は、一定の手続の履践では満足せず、種の存続という結果の実現をもとめている点である。いわゆるESAの実体的効果といわれるものである<sup>186</sup>。一般に、法が一定の手続を定めているばあい、当該手続を遵守すべきは当然であり、その手続違反は違法事由となりうる。これが手続的效果である。後述するように、ESAにも詳細な手続規定があり、このような手続的效果がみとめられる。

が、手続的效果は、所定の手続の履行を命じるだけで、最終の判断内容には関知しない。極論すれば、所定の手続をふみさえすれば、あとの判断内容は自由である。このように、一定の判断内容が強制されないという意味で、実体的効果はないのが一般である。いいかえると判断内容には裁量の自由がみとめられる。ESAは、種の存続という結果の実現を保証させるもので、この意味において実体的効果がみとめられ画期的である。

第三に、ESAの手続的效果にも関係するが、ESAには詳細な手続規定があって、手続面からも実効性が確保されている点である。沖縄ジュゴンとの関係では、後述する生物学的アセスメント、生物学的意見の手続などが重要である。これらの手続が履行されると、ジュゴンにおよぼす悪影響など一定の事実が明らかとなり、その結果、ESAには実体的効果ははたらくので、ジュゴンの存続

という結果の実現をはかりうる。いずれにしても、手続的效果と実体的効果のリンクにより、手続的側面からも—あるいは手続的效果だけでも—実効性が確保されている。

以上を総合すると、沖縄ジュゴン保護の実効性という観点からは、ESAの域外適用の検討がNHPA以上に重要といえよう。

(2)手続構造<sup>187</sup>

上記のようにESAは詳細な手続規定をもうけている。

そのうち、沖縄ジュゴンとの関係で重要なのは、以下のような協議手続である<sup>188</sup>。これは、当該行為を実施する連邦機関(action agency。以下、適宜、「実施連邦機関」ともいう)とこれと協議する連邦機関(consulting agency。以下、実施連邦機関と区別して、「協議連邦機関」ともいう)が、当該行為が保護指定された絶滅のおそれある種(以下、「保護種」ともいう)におよぼす影響のうむを判定し、影響をおよぼす可能性があるばあいにいかにすべきか、当該行為にたいする代替案をしめしながら協議していく手続である。協議連邦機関は国家海洋漁業局(National Marine Fisheries Service, "NMFS")か合衆国魚類および野生生物局(U.S. Fish and Wildlife Service, "FWS")のいずれかである<sup>189</sup>。具体的には、海洋生物種は前者、汽水域およびその他すべての生物種は後者が管轄する<sup>190</sup>。

同法第7条は、すべての連邦機関にたいし、そ

185 この点の実例としてよく紹介されるのが、いわゆるテリコ・ダム事件のケースである。Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 U.S. 153 (1978)。この事件は、前掲「米国種の保存法概説」118頁以下でも、解説されている。

186 ESAの実体的効果につき、William H. Rodgers, Jr., "Environmental Law" WEST 1977 p829 et seq., Zygmunt J. B. Plater, et. al. "Environmental Law and Policy: Nature, Law, and Society" WEST 1992 p656.

187 同法第7条の一般的な手続解説として、前掲「米国種の保存法概説」91頁以下、参照。

188 協議手続の詳細につき、前掲「米国種の保存法概説」91頁以下、参照。

189 ESA sec. 3(15).

190 この区分によると、ジュゴンはNMFSの所管のはずだが、じっさいにはFWSの所管となっている。前注183のワシントン調査のさいの内務省担当官の説明によると、米国にはマナティが存在し、汽水域に生息することからFWSの管轄とされたが、ジュゴンもマナティと近種であることから、ジュゴンもマナティと一体的にFWSの管轄とされたようである。

の行為が絶滅のおそれある種の存続(continued existence)を脅かしそうにないことを保証するように命じている<sup>191</sup>。平たくいえば、各連邦機関は、種の存続にわずかでも影響をおよぼす行為をひかえなければならない。この保証義務をはたすために、連邦機関は、さいしょに、当該行為(proposed action)が保護種に影響しうるかどうか決定をおこなう。その可能性があれば、つぎに、生物学的アセスメント(biological assessment)を実施し、当該行為によって保護種が悪影響をうけそうである(likely to be adversely affected)か判定する<sup>192</sup>。このアセスメントの結果、およそ悪影響のないことが判明し、これに協議連邦機関が同意すると、一連の協議手続は終了する。

いっぽう、アセスメントの結果、当該行為が保護種に悪影響しそうであることが判明すると、協議連邦機関がより踏みこんだ生物学的な評価をおこない、その結論を生物学的意見という文書にまとめ、当該行為が保護種に影響しそうかどうか意見をのべる(以下、「生物学的意見」ともいう)<sup>193</sup>。この意見には、当該行為にたいする代替案がしめされる。この協議連邦機関がだす代替案は、実施連邦機関において採用可能なものであって、合理的かつ熟慮的なものでなければならない<sup>194</sup>。この意見をだすのが、実施連邦機関ではなく協議連邦機関とされたのは、後者のほうが専門的知見をもつ

こと、事業実施に利害関係をもたないから、より客観的かつ公平な判断をくだせることによる<sup>195</sup>。

生物学的意見には実施連邦機関を拘束する法的効果はない。その意味で助言的な効力しかない。したがって、実施連邦機関において無視することもできるが、その場合には、実施連邦機関は、当該行為が「種の存続を脅かしそうにない」ことを、みずから「利用可能な最高の科学的および商業的データ」にもとづき立証しなければならない<sup>196</sup>。この立証義務違反をめぐって、市民訴訟条項にもとづき提訴することもできる。この要件をクリアできないかぎり、当該連邦機関は同法第7条違反の責任を免れない。

一般的にいえば、専門的な科学的知見をもった協議連邦機関が、その生物学的意見において、当該行為が種の存続を脅かしうるというネガティブ意見をだしたばあい、実施連邦機関において、「利用可能な最高の科学的データ」にもとづく反論をだすことは、不可能にちかい。じっさいの訴訟においても、裁判所は、このネガティブ意見を根拠に、実施連邦機関の行為について、同法第7条違反の違法確認・差し止め請求を認容するのが一般である<sup>197</sup>。

いずれにしても、実施連邦機関は、「利用可能な最高の科学的データ」にもとづき、当該行為が種の存続を脅かしそうにないことを立証しないかぎり、当該行為に着手することは許されない<sup>198</sup>。

191 ESAsec.7(a)(2). 原文は「not likely jeopardize」と規定している。とくに、「likely」ということばが使われているので、たんに「脅かさないこと」ではなく、「脅かしそうにないこと」を保証しなければならない。これは絶滅のおそれある種におよぼす影響について、抽象的な危険レベルのもので禁止する趣旨と解される。簡単にいえば、連邦機関は、種の存続にわずかでも影響をおよぼす行為をひかえる義務を負わされている。

192 ESA sec. 7(c)(1).

193 同上(b)(3)(4).

194 同上。

195 このように行政組織の縦割構造を前提としながらも、専門的知見をもつ関係行政機関を横割的に関与させていく手法は、日本のいわゆる「アセスメント」の弊害などを考えると、注目にあたいよう。このような横割的・学際的アプローチのほかにも、各連邦機関は、環境分野の専門家を内部スタッフとして職員採用すべきものとされ、かつ、一般職員のためにも研修プログラムを策定し、定期的にトレーニングすべきものとされている。このようなシステムは、とくに開発・事業官庁を環境センシティブにするために必要であり、また、環境専門家・研究者の受け皿としても重要である。

196 ESA sec. 7(a)(2) last sentence. 同末文は、「In fulfilling the requirements of this paragraph each agency shall use the best scientific and commercial data available.」と定める。つまり、「this paragraph」、すなわち同法第7条(a)(2)の定める「種の存続を保証」する義務をはたしたというためには、利用可能な最高の科学的データに裏づけられた判断でなければならない。この「利用可能な最高の科学的データ」の要件解釈につき、前掲「米国種の保存法概説」107頁以下、参照。

197 この点につき、前掲「米国種の保存法概説」163頁以下、とくに166頁、参照。

198 ESA sec.7(d). 詳しくは、同上118頁以下、参照。

これは資源付託の制限といわれるもので、既成事実の積み重ねによって、同法第7条の趣旨が没却されるのを防ぐねらいがある。つまり、同条違反とならないことが立証されるまえに、種の存続に悪影響をおよぼしうる行為がなし崩し的になされてしまうと、のちに種の存続を脅かすことが判明しても原状回復は困難であり、また、種の存続に回復不可能なダメージが与えられてしまうので、同条の要件がクリアされるまで、そのような行為をいっさい禁止して、事業の見切発車をゆるさない仕組みにしたのである。

なお、同法には市民訴訟条項がもうけられていて、なんびとも<sup>199</sup>、同法に定められた非裁量的な義務違反の事実を主張して、その義務に違反している者—国防省をふくむ連邦機関であっても、民間人であってもよい—にたいし、その違法確認や差し止めなどの法的救済をもとめることができる。

### (3) 域外適用<sup>200</sup>

ESAには域外適用を直接明記した条文はみあたらない。

この問題、とくに同法第7条の域外適用にかんする行政解釈規則にも、変遷がみられる。当初の行政規則は同条(a)(2)の規定が域外適用されることを明記していた<sup>201</sup>。が、1986年にこの規則改正がなされ、新規則は、同条項の適用を「合衆国内または公海上」で実施される連邦行為だけに限定

した。つまり、新規則は従前のスタンスを一変させるものであった。その理由は、主として、同条の適用免除手続を定めた同条(e)が、海外における連邦行為について適用免除を想定していないことから、同条(a)(2)はもともと域外適用を否定する趣旨だと解釈し、また、同条項の域外適用は外国主権への干渉となりうることの二点である<sup>202</sup>。

いっぽう、新規則と反対の解釈もなりたち、より説得的だとおもわれる。

域外適用を肯定する立場は、以下のように理由づけている<sup>203</sup>。第一に、上記とは逆に、同条の適用免除手続は、海外での連邦行為にも適用可能なことである。免除手続を定めた同条(g)(1)は、「連邦機関、連邦行為のおこなわれる州知事が存在する」としたばあい、当該州知事(中略)は、長官に免除申請することができる」と規定し、ことさら州知事が「存在する」としたばあい」という言い回しからすると、連邦行為が実施される地において、州知事が「存在しないばあい」も想定されており、それは連邦行為が国外でおこなわれるばあいであって、域外適用を前提としたものと解釈できる。

第二に、立法の経緯も域外適用を支持するといふ<sup>204</sup>。のみならず、第三に、同法上、外国の絶滅のおそれある種も保護種指定されることは法文上あきらか—じっさい、沖縄ジュゴンも保護種指定されている—であり、外国の種を保護指定しておきながら、外国種にたいしては、同条第7条の種の存続を保証する義務を適用しないというのは、首尾一貫しない。外国種の保護指定はその保護を

199 ただし、憲法上、司法権が「事件性(cases and controversies)」の要件によって限界づけられている結果(合衆国憲法第3条2項)、市民訴訟条項のばあいにも、提訴権者に原告適格がみとめられるためには、「事実上の侵害(injury in fact)」の要件を充足しなければならない。そのためには、①被侵害利益、②因果関係、③救済可能性という、3つの条件が満たされる必要がある。①は原告適格を主張する者に侵害される利益が存在すること、②は侵害行為と利益侵害との間に因果関係がみとめられること、③は求められた救済によって侵害された利益の回復がはかれることである。①の利益は、事業予定地で遊ぶ、観察する、その他のレクリエーション活動をおこなうことや、研究者がフィールド・ワークをすることであってもよい。詳しくは、前掲「だれが法廷にたてるのか」、参照。

200 ESAの域外適用については、同上151頁以下、参照。

201 50 C.F.R.sec. 402.01 (1985)。

202 前掲「米国種の保存法概説」151頁参照。

203 詳しくは、同頁参照。

204 詳しくは、前掲「米国種の保存法概説」151頁以下、とくに、その原注(36)~(38)、参照。

はかるためだから、同条の適用を否定するのは保護の梯子をはずすようなものである。

第四に、同法第2条(4)は、絶滅のおそれある動植物種の国際取引に関する条約、いわゆるワシントン条約、その他の二国間・国際条約を挙げて、同法の目的に国際的な種の保存がふくまれることを明らかにしている<sup>205</sup>。同条項以外にも、第8条は、財政援助や外国プログラムの奨励など国際協力について定めていて、同法は外国種の保護にも熱心である。

最後に、外国主権との関係についていえば、米国内において、実施連邦機関と協議連邦機関が外国種の保護のために第7条の協議手続をおこなうことが、当該外国の主権侵害になるとは考えにくい。かりに、主権問題があるとしても、国際法上、環境分野において、環境保護のために主権論の後退は歓迎されるべきであろう。同法は20世紀自然保護法の最高峰であり、後見的立場からのその域外適用には自信をもつべきであろう。

上記規則改正の適法性は法廷で争われた。すなわち、ESAそれ自体が域外適用を前提にしているとすると、従前の行政規則こそが正しいESAの解釈であって、域外適用を否定した新規則は違法無効ということになる。第8巡回区控訴裁判所は、ESAを全体として解釈すると、連邦議会の意志は同条(a)(2)の域外適用を肯定する趣旨だとして、同条項の域外適用をみとめた<sup>206</sup>。この事件は上告され、最高裁判所は原判決を破棄したが、その理由は原告適格が最高裁において否定されたことによる<sup>207</sup>。したがって、同法の域外適用の問題は、

未決着のまま将来にもちこされた。

#### (4)まとめ

沖縄ジュゴンにESAによって保護種指定されているので、同法第7条の域外適用による保護が考えられてよい。同条の域外適用が肯定されると、国防省は、海上ヘリ基地建設にかんし、事業予定地がジュゴンの生息地であることは明らかだから、当該連邦行為<sup>208</sup>がジュゴンの存続を脅かしそうにないことを保証する義務を負うことになる。この義務を果たすために、みずから生物学的アセスメントをおこない、そのアセス結果にもとづきFWSとの協議手続にはいる必要がある。事業予定地は、ジュゴンの最重要生息地の一つであるから、生物学的アセスメントが科学的に実施されるならば、当該連邦行為がジュゴンに悪影響をおよぼす事実が明らかになるはずである。

このアセス結果をふまえ、FWSは生物学的意見をだすことになるが、そのさい、国防省にとって採用可能な合理的・熟慮的な代替案を提示することになる。この代替案の内容いかんは問題であるが、沖縄ジュゴンの存続を保証したものでなければならぬ。そのためには、少なくとも埋立方式による現行計画については、ジュゴンへの悪影響を回避・緩和する代替案は考えられないから、結局、なにもしないという「No action」案、つまり、現行計画の白紙撤回をもとめる代替案しかだせないのではなかろうか<sup>209</sup>。

国防省は、この代替案を無視することもできるが、

205 とくに、同条項(B)は日米渡り鳥条約を個別列挙しており、注目される。

206 Defenders of Wildlife v. Lujan, 911 F. 2d 117, 122-23.

207 504 U.S. 555, 112 S. Ct. 2130. なお、一裁判官は域外適用を消極に解する傍論を展開しており、気になる点である。

208 海上ヘリ基地建設は、形式上は日本の単独行為のごとく仮装されているが、実質的には、米国の「所要」に従いなされる日米共同行為である。いずれにしても、基地建設について米国のいかなる関与をもって、ESA第7条適用の対象行為—いわゆる連邦行為—とすべきか問題となるが、NHPA適用の対象行為と同様に考えればよいであろう。結論だけ繰り返せば、OR策定行為を中核としながらも、その前後の一連の行為のうち特定しうる適当な個別行為、あるいは、SACO合意にはじまり完成した基地の受領にいたる一連の行為の全体を、ESAの適用対象行為と捉えるべきであろう。

209 もっとも、ジュゴンへの悪影響を指摘するにとどめ、代替案の提示は断念する生物学的意見も考えられる。

## T. Sekine, Okinawa Dugong and Environmental Justice

そのためには、利用可能な最高の科学的データにもとづき、当該連邦行為がジュゴンの存続を脅かしそうにないことを証明する必要がある。これまでに公表された科学的な調査結果、FWSのネガティブ意見を前提とすると、国防省がこの証明に成功することは不可能とおもわれる。それにも拘わらず、国防省が当該連邦行為を強行することは、種の存続という結果実現の実体的な義務を定めた同法第7条違反を構成する。したがって、同法の市民訴訟条項にもとづき提訴されたばあい、その違法が確認され差し止めが命ぜられるかもしれない。

市民訴訟条項は、「事実上の侵害」の要件を充足するかぎり、個人のみならず団体をふくむなんびとにも、違法行為の是正をもとめ提訴する資格を付与するもので、国籍による限定もない。それゆえ、沖縄住民が原告となって米国で提訴することもでき、辺野古地域の住民はもちろん、ジュゴン保護を目的とする個人や環境・平和団体も、ジュゴンとの地域的な関係性をもつかぎり、原告となることができる。

上記のように、ESAは実体的な効果をもつ強力な法律であるので、訴訟提起されたばあいには事業がストップする可能性を秘めている。米国サイドにおいてこのような時限爆弾をかかえている以上、たとえ海上ヘリ基地建設が日本政府の一方的な行為によっておこなわれるとしても、最終的には、完成した米軍基地を米国において受領しえないという非常事態も想定される。したがって、日本政

府は、かかる事態を避けるためにも、ジュゴン生息地における現行計画の見直しを迫られている<sup>210</sup>。

## 3 米国国家環境政策法 (NEPA)

(1) はじめに

NEPAは、環境に配慮した意志決定をおこなうために、国防省をふくむ連邦機関にたいし、環境に著しい影響を与える連邦行為について、環境アセスメントの実施を義務づけている<sup>211</sup>。NEPAは、上述したESAとは異なり、手続的な効果しかないといわれる。したがって、アセスメントの結果、環境的にベター、ベストな代替案が明らかとなっても、それらの代替案の採用を強制されることはない。たとえば、開発による経済的利益その他の環境以外の利益を重視した決定も、それが裁量の逸脱・濫用と評価されるのでないかぎり、違法評価されることもない。その意味で、種の存続という結果の実現をもとめるESAのような実体的効果はない。しかし、NEPAの手続違反、たとえば、本来なすべきアセスメント手続をおこなわない不作為にたいしては、裁判所は厳しいスタンスで臨み、事業の差し止めを命ずることも少なくない<sup>212</sup>。あるいは、この手続審査を厳格におこなうことにより、環境に配慮した意志決定というNEPAの目的を達成することも不可能ではない<sup>213</sup>。したがって、海上ヘリ基地の建設問題につい

210. なお、沖縄ジュゴン訴訟と直接の関係はないが、沖縄本島北部のヤンバルにのみ生息する一属一種の世界的珍鳥、ノグチゲラについてESAにもとづく保護種指定の手続違反を理由として、米国においてノグチゲラESA訴訟が提起されている。ESAによる保護種指定は米国内の種にかぎられないので、同訴訟はノグチゲラの保護種指定をもとめるものだが、その指定権をもつ内務省がESA所定の手続を履践していないという、その米国内における不作為の違法性を問題とするもので、ESAの域外適用とは直接関係がない。

211. 42 U.S.C. sec. 4332(2)(c). なお、NEPAの意義および効果、アセスメント手続などにつき、William H. Rodgers, Jr., "Environmental Law" WEST 1977 pp697-834; Michael C. Blumm "The Origin, Evolution and Direction of the United States National Environmental Policy Act ("The Origin")" Environmental Law and Planning Journal (Australian) 1988 p179; Michael C. Blumm & Stephen R. Brown "Pluralism and the Environment: The Role of Comment Agencies in NEPA Litigation" 14 Harv. Envtl. L. Rev. 277; Ray Clark & Larry Canter "Environmental Policy and NEPA: Past, Present, and Future" St. Lucie Press 1997; Nicholas C. Yost, "NEPA Deskbook" ELI 1995; Jacob I. Bregman "Environmental Impact Statements" LEWIS 1999.

212. NEPA違反にたいする救済は差し止めが原則とされていた時期もあった。参照、前掲"Environmental Law" p798, "The Origin" p189, John E. Bonine & Thomas O. Mcgarity "The Law of Environmental Protection" WEST 1984 p194c.

213. たとえば、前掲"The Law of Environmental Protection" p205, D. Kevin Dunn & Jessica L. Wood "Substantive Enforcement of NEPA through Strict Review of Compliance: Oregon Natural Resources Council v. Marsh in the Ninth Circuit" 10 J. Envtl. L. & Litig. 499, 参照。

て、NEPAの域外適用を考える必要がある。

## (2) NEPAの域外適用

NEPAの域外適用いかんは条文上あきらかでない。

域外適用が問題となるケースとしては、公海などいずれの国の主権もおよばない地域、日本など主権国家の領域内への域外適用が考えられる。まず、前者であるが、判例は、南極大陸でおこなわれる連邦行為について、NEPAの域外適用を肯定した<sup>214</sup>。事案は、南極大陸における米国施設の焼却炉使用にかんするものであったが、判例は、とくに域外適用をみとめる連邦議会の意志が明確でないかぎり、米国内法の域外適用は否定されるという原則論を維持しつつも、当該事案については以下のような事情から域外適用が肯定されるとした。

すなわち、南極はいずれの国の主権もおよばない大陸であり、その意味で、「地球共有財産(global commons)」として待遇すべきこと、環境影響評価手続を定めたNEPA第102条(2)(c)は、よりよい意志決定をおこなう手続規定で、一定の判断をしいる実体的規定ではないから、海外における連邦行為にも適用可能であること、当該事案についていえば、南極における米国施設での焼却炉の使用という意志決定そのものは、米国内でなされていることなどから、域外適用を否定する原則論は妥当しないとされた<sup>215</sup>。

同時に、判例は、その先例としての意義につ

いて、当該事実関係を前提とした事例判決であることを強調し、NEPAの主権国家への域外適用いかんの問題は射程外であるとした<sup>216</sup>。

この問題がストレートに争われたのが横須賀NEPA事件である<sup>217</sup>。この事件は日本を舞台とするものだが、米軍横須賀基地にかんしNEPAの域外適用が問題となった。判決文は、5頁たらずの素っ気ないもので、結論として、NEPAは当該事実関係のもとでは適用されないとされた<sup>218</sup>。主権国家への域外適用にかんし、判決の言い回しは非常に慎重で分かりにくいだが、NEPAが主権国家の領域内における連邦行為に適用されるかどうかについては、判断を回避したというのが正しい読みかたである。判決は、その結論(conclusion)において判示部分の射程を限定し、本件において、米国内法が「域外適用されないという推定(原則)が適用可能というだけでなく、まさに適用される。なぜなら、明らかに、米国と主権国家間の安全保障関係に関係する外交政策(foreign policy)や条約上の関心事項(treaty concerns)が存在するからである。われわれは、NEPAが他の事実関係のもとで適用されるかどうかについては、判示するものではない」と締めくくっている。

このように、判決は、外交問題性を援用して事案の解決をはかっており、厳密に言えば、NEPAの域外適用いかんについては、判断を示していない。分かりやすくいえば、判決は、冒頭で、「NEPAは本件事案については適用されえない(The Court found that NEPA is not applicable in the situation before us.)」と判示しているが、その理由は、本件事案は外

214 Environmental Defense Fund, Inc. v. Massey, 986 F. 2d 528, 530 (D. C. Cir. 1993). この控訴審判決(以下、「Massey判決」ともいう)は、南極大陸への域外適用を否定した一審判決を覆したもので、先例的意義は大きい。もっとも、意識的に、その射程を当該事案に限定しており、事例判決であることはもちろんである。

215 同上pp532-533.

216 同上p536. 古くは、Sierra Club v. Adams, 578 F. 2d 389, 392 (D.C. Cir. 1978). においてもNEPAの主権国家への域外適用は問題となったが、裁判所はこの点の法律判断を回避して事案の解決をはかっていた。

217 じっさいの訴訟関係の資料の一部は、NEPAの会編「NEPA訴訟資料集Ⅱ—空母のヨコスカ母港の違法性を裁く」(1992)に収められている。

218 NEPA Coalition of Japan v. Les Aspin, Civil Action No.91-1522, Decided Nov. 30, 1993.



交的問題として処理できるので<sup>219</sup>、あえてNEPAの域外適用性について判断する必要もないという意味において、NEPAは本件事案に適用されないと結論づけたのである。だからこそ、判決文は、最後の結論部分でも、上記のように「われわれは、NEPAが他の事実関係のもとで適用されるかどうかについては、判示するものではない」と、わざわざ断り書きを加えたのである。いずれにしても、NEPAの域外適用性いかなる法律解釈論は展開されておらず、この問題はまたも将来にもちこされた<sup>220</sup>。

### (3) まとめ

NEPAには手続的効果しかないとしても、裁判所は、その手続違反を厳格に審査し、手続が遵守されるまで事業を差し止めうることを考えると、沖縄ジュゴンのケースにおいても、海上ヘリ基地建設に関係する国防省の行為について、NEPA第101条(2)(C)違反を主張して提訴することは有意義だとおもわれる。この訴訟がなりたつためには、NEPAの主権国家領域への域外適用の問題を解決しなければならないが、法文上明らかでないし、判例理論も確立していない。横須賀NEPA訴訟判決も、その射程が当該事案に限局された単なる事例判決であり、外交問題性を援用して事案の解決をはかったもので、NEPAの日本への域外適用いかなるについて判示したものではない。したがって、

沖縄ジュゴンNEPA訴訟はそのテスト・ケースとなるが、そこでも外交問題性が援用されて、この点のNEPAの法律解釈論は回避されるかもしれない<sup>221</sup>。

## 第5 むすびにかえて

本稿は、米国環境法の域外適用について論じたものだが、沖縄ジュゴン「自然の権利」訴訟にその主眼があるので、さいごに、同訴訟に言及してむすびとしたい。

この訴訟は、日米の環境NGO、法律家団体、平和団体などが連帯して、国防省を相手に、米国内法への域外適用を主張して、米国内で提起されたあたらしい訴訟形態である。原告の筆頭は沖縄ジュゴンであり、その意味で、自然の権利訴訟の形式が採られていて、環境的には、ジュゴンに代表される沖縄の自然生態系の保護が目的とされている。同時に、この訴訟は、米国文化財保護法が根拠法とされており、ジュゴンと沖縄との歴史的・文化的・自然的な絆をまもる試みでもある。その意味で沖縄のアイデンティティそのものが問われている。

いっぽう、本訴訟は、被告が国防省とラムズフェルド長官であることから明らかなように、米軍にたいする法—ここでは米国内法—の支配を問う裁判でもある。英米法を特徴づける法の支配は、

219 判決は外交的処理の方法として、日米安全保障条約や日米地位協定にもとづく外交ルート、とりわけ日米地位協定第25条にもとづく日米合同委員会と、その下に設置される15の小委員会の一つ、「環境および騒音防止に関する小委員会」の存在を挙げている。つまり、これらの委員会を通じた日米協議により問題の解決がはかられ、あるいは、はかるべきことが示唆されている。あまりにも実態をしらない観念論であり、どうしようもない楽観論といえよう。なお、判決文3の注4は、このような委員会による「解決」システムが存在することから、たとえ日本の裁判所が米軍基地施設にたいする管轄権を欠くとしても、原告らには救済のメカニズムが用意されていると明言するが、これも大変な誤りである。

220 もっとも、判決は、原告らが「Marssey判決」をNEPAの日本への域外適用の根拠として援用したこともあって、同判決が本件の射程外である理由について、「南極におけるアメリカの研究施設の位置づけと日本における米軍基地の法的地位を同列に論じることはできない」と説明している。敷衍すると、後者は日米間の複雑で長期に亘る条約上の取り決めによって律せられていて、すでに、この点で南極のばあいと異なるとされる。このことが、南極の環境問題はNEPAの域外適用で解決すべきだとしても、日本における米軍基地の環境問題は、日米間の外交問題として処理すべきだという、判決の結論部分の伏線になっている。

221 なお、米国の海洋哺乳類委員会(Marine Mammal Commission, "MMC")の2001年版年次報告(2001 Annual Report)は、沖縄ジュゴン問題についても言及し、「海上ヘリ基地は米国の領域内には存在しないけれども、その運用は米国環境法適用のひきがねを引きうるし、それゆえ、環境影響評価書を作成すべき」ことを提案している。同委員会は、海洋哺乳類保護法に根拠をもつもので、海洋哺乳類の保護の任にあたる専門委員会である。

力あるもの、とくに権力者を法の支配に服せしめるところに、最大のねらいがある。それゆえ、米軍といえども、むしろ最強の米軍だからこそ、もっともつよく法の支配が貫徹されなくてはならない。その意味で、本訴訟は法の支配の試金石ともいえるケースである。

さらに、沖縄ジュゴンの存続そのものがこの訴訟の帰趨にかかっている。さいわい、国防省からだされた答弁書も、今のところ、沖縄ジュゴンが共同原告表示されていることに異論を唱えていないので、沖縄ジュゴンをも名宛人とした裁判所の判断がしめされる可能性がある。沖縄ジュゴンとラムズフェルドの最後の対決、ショー・ダウンのそのときまで、沖縄ジュゴンが生きながらえることを祈りたい。時間はそれほど残されていない。

さいごに、日本政府の対応について一言すれば、海上ヘリ基地建設には、NHPA、ESA、NEPAなど米国環境法の域外適用が問題となり、じっさい、米国においてNHPA訴訟が提起されている。その帰趨いかんは推測の域をでないが、完成した基地を提供しても米国において受領しえない事態も想定されるのだから、基地建設には慎重さが要求されよう。このことは翻って考えると、ジュゴンにとって一さらには、沖縄、日本、世界にとって一かけがえのない辺野古水域に、海上ヘリ基地を建設することの愚かさを示すに十分である。

#### 謝辞・付記

本稿は、環境法律家連盟の会報「環境と正義」に3回にわたり連載された原稿を大幅に加筆し、書き改めたものである。本稿を完成させるについては、日米ジュゴン弁護団のみなさんとの議論をつうじ、多くの教えをいただき参考とさせてもらった。感謝もうしあげたい。本稿の校正には、本学総合政策研究科博士課程後期課程に在学中の、藤岡慎吾君のお世話になった。本稿が多少なりとも読みやすくなったとすれば同君のおかげである。教務補佐の方々にもお世話になった。お礼を述べたい。本稿が沖縄ジュゴン問題にとりくむ人たちの少しでも役にたてば幸いである。