



<論説>ドイツにおける許可の私法関係形成効(二) :
わが国の公定力との関係を中心に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 山下, 竜一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00001424

ドイツにおける許可の私法関係形成効 (二)

— わが国の公定力との関係を中心に —

山下竜一

はじめに

第一章 わが国における公定力と民事訴訟との関係

第一節 判例の動向

第二節 学説の動向

第一款 訴訟法的 (機能的) アプローチ

第二款 実体的アプローチ

(以上、四二卷一号)

第二章 ドイツにおける私法関係形成効

第一節 私法関係形成効の概念

第一款 意味と類型

第二款 例外的な制度としての私法関係形成効

第二節 イミシオン法における私法関係形成効

第一款 歴史

第二款 イミシオン法一四条の概説

第三節 私法関係形成効の正当化理由・その一 (一般理論説)

ドイツにおける許可の私法関係形成効 (二)

ドイツにおける許可の私法関係形成効(二)

第一款 法秩序の統一性論

第二款 許可基準・受忍限度同一論

第三款 計画法論

(以上、本号)

第四節 私法関係形成効の正当化理由・その二(総合判断説)

むすびにかえて

第二章 ドイツにおける私法関係形成効

第一節 私法関係形成効の概念

第一款 意味と類型

わが国と同様に、ドイツにおいても環境汚染施設に対する国家のチェック・システムが存在し、そこには許可あるいは計画確定裁決が介在することが多い。これらの許可あるいは計画確定裁決が周辺住民の民事上の差止訴訟あるいは損害賠償訴訟(以下、差止訴訟と損害賠償訴訟といえは民事上の意味で用いる)に対して与える影響の有無・程度によって、チェック・システムは次のような類型に分けられる。

第一の類型は、民事訴訟(ここでは差止訴訟及び損害賠償訴訟の意味)に関する規定がないものであり、連邦水管理法七条に基づく許可[Erlaubnis]や建築許可がその例である。第二の類型は、民事訴訟に変更を及ぼす効果を許可に認めているもので、連邦イミシオン防止法(以下、イミシオン法とする)一四条がその例である。第三の類型は、民事訴訟を排除する効果を認めているもので、連邦水管理法八条に基づく承認[Bewilligung](同法二二条も参照)や計画確定[Planfeststellung](行政手続法七五条二項)にこのような

効果が認められる。第二の類型と第三の類型は、差止訴訟を認めない点で共通するが、前者が損害賠償訴訟を認めないのに対し、後者が損害賠償訴訟をも認めない点に違いがある。⁽¹⁾

第二、第三の類型で認められた効果が私法関係形成効 [privatrechtsgestaltende Wirkung] と呼ばれる。⁽²⁾ したがって私法関係形成効には、差止訴訟を認めない効果という狭い意味と損害賠償訴訟を含め一切の民事訴訟を認めない効果という広い意味とがある。もっとも、これは私法関係形成効を訴訟法の側面からみたものであり、実体法の側面から、私法関係形成効を定義して「私法上の法関係や法的地位を根拠づけ、変更し、あるいは消滅させるもの」とする見解⁽³⁾や「周辺住民に民法上の受忍義務以上の受忍義務を課すことによって私法を形成するもの」とする見解⁽⁴⁾もある。問題は、訴訟法上の定義と実体法上の定義との関連性が明確でないことである。これは、私法関係形成効について今まで理論的な分析が十分になされてこなかったことに一つの原因があるように思われる。ただし、私法関係形成効という制度が作られた社会経済的な背景については異論はない。すなわち、私法関係形成効とは、国のチェックをうけて許可あるいは計画確定裁決を得た施設の設置・運転が周辺住民によって差止められないようにすることによって（存続保護）、施設の設置・運転に要した投資を保護し、ひいては工業の発展を促進するために作られた制度であるというのである。⁽⁵⁾

第二款 例外的な制度としての私法関係形成効

私法関係形成効の検討に入る前に確認しておくべきことが二つある。一つは、私法関係形成効によって排除される差止訴訟（差止請求権）及び損害賠償訴訟（損害賠償請求権）の制度に係る。周知のように、わが国の法律には差止請求権に関する規定がなく、差止請求権の根拠については物権的請求権説、人格権説、不法

行為説、環境権説が対立している。これに対し、ドイツでは、民法に差止請求権に関する規定があり、差止請求権は基本的に物権的請求権と考えられている。重要な規定はドイツ民法（以下、民法とする）一〇〇四条及び同九〇六条である。すなわち、民法一〇〇四条⁶⁾によると、所有権が侵害された場合には所有権者に除去請求権 [Beseitigungsanspruch] が発生し、ひきつづき侵害されるおそれがある場合には差止請求権 [Unterlassungsanspruch] が発生する。ただし、所有権者に受忍義務 [Duldungspflichten] が課されている場合には請求権が排除される。このような受忍義務を具体化するのが民法九〇六条⁷⁾であり、この規定によると、土地の利用を本質的には侵害しない場合、あるいは本質的に侵害するが、この侵害がその場所では慣行的な土地利用によって引き起こされ、かつ土地利用者に経済的に要求できるような措置ではこの侵害を阻止できない場合には、受忍義務が発生し、所有権者は差止を請求することはできない。ただし、この場合には、所有権者は損害賠償を請求することができる。つまり、所有権が侵害された場合には差止請求権が発生するのが原則であり、例外的に受忍義務が課されている場合には差止請求権が排除される⁸⁾のである。そして私法関係形成効は民法九〇六条⁸⁾という受忍義務の具体化と考えられる。したがって私法関係形成効は差止請求権に関する原則に對する例外ということになる。

もう一つは、民事訴訟と行政訴訟の関係に関わるものである。ドイツの通説・判例は、周辺住民は差止訴訟を提起することもできるし、行政訴訟を提起することもできると考えており、⁹⁾ 二つの訴訟は同価値である。権利保護を求められた行政裁判所や行政庁が、民事訴訟による権利保護が可能であるとの理由で権利救済を拒否することはできないし、逆に、通常裁判所が、差止訴訟について行政訴訟による権利保護が可能であるとして権利救済を拒否することはできない¹⁰⁾とされる（複線的権利保護 [doppelgleisiger Rechtsschutz] と呼ば

れる)。したがって私法関係形成効が差止訴訟あるいは損害賠償訴訟による権利保護を制限し、行政訴訟による権利保護に一本化することは、複線的権利保護という原則に対する例外といふことになる。⁽¹¹⁾このように、私法関係形成効は二つの意味で例外的な制度である。

第二節 イミシオン法における私法関係形成効

第一款 歴史

私法関係形成効の代表例であるイミシオン法一四条の歴史は、一八九六年に制定された営業法二六条にさかのぼる。営業法二六条は次のような規定であった。「ある土地から隣接地に生じる有害な影響を防除するために現行法が隣接地の所有者または占有者に民事訴訟 [Privatklage] を認める場合には、この訴訟は行政庁の [obhkeitlich] 許可によって設置された施設に対し、運転の差止を請求することはできず、有害な影響を除く設備の設置を請求するにとどまる。またこのような設備を設けることができない [untunlich] か、それが事業の健全な経営 [gehörige Betriebe] と両立しない場合には、損害補償 [Schadenloshaftung] しか請求しない。」

一九七四年に営業法にかわってイミシオン法が制定された。イミシオン法一四条は、文言を若干修正しただけで、営業法二六条を引き継いだ。政府はイミシオン法一四条の提案理由を次のように述べている。「施設の土地と周辺住民の関係から生じる私法関係は許可施設の存続を保障するために変更される。一四条は周辺住民が運転の差止を請求する場合、周辺住民の私法上の請求から許可施設を保護する。そのような請求に基づいて運転の差止を求めることはもはやできない。∴本条が適用されるのは本法の規定により正式手続 [Form-

liches Verfahren] に従って許可された施設…である。一八条の簡易手続 [vereinfachtes Verfahren] に従って許可された施設には適用されない。周辺住民の法的地位のこのような制限が正当化されるのは、正式手続において、周辺住民に手続参加者 [Verfahrensbeteiligte] として施設の設置・運転に対する異議を主張する機会が与えられる場合だけである。簡易手続の場合には周辺住民にはこのような機会がない」(BT-Drucks. 7/179, S. 36)。ここでは、イミシオン法一四条が、許可施設の存続を保障するための、つまり事業者の投資を保護するための規定であること(社会経済的背景として既述)、許可手続への周辺住民の参加が私法関係形成効の正当化理由とされていること(後述)に注意すべきである。

第二款 イミシオン法一四条の概説

私法関係形成効の代表例であるイミシオン法一四条は次のように規定されている。⁽¹²⁾「特別の権原 [besonderer Titel] に基づかない私法上の請求権を根拠にした、ある土地から隣接地に対して生じる不利益な影響 [benachteiligende Einwirkungen] を防除するための、当該施設の運転の差止 [Einstellung] は、許可に不可争力 [unanfechtbar] が発生した後にはできない。不利益な影響を排除する措置 [Vorkehrungen] を請求しうるにとどまる。このような措置が技術水準に照らして実施不可能であるか [nicht durchführbar]、経済的に要求できない [nicht vertretbar] 場合には、損害賠償 [Schadensersatz] しか請求しえない。」
 この規定について簡単に注釈を加えておこう。

(一) まず、私法関係形成効が発生するためには次のような要件が必要である。つまり、①正式の許可 [formliche Genehmigung] であること⁽¹³⁾②不可争力 [unanfechtbar] が発生すること⁽¹⁴⁾③許可に従った運転がなされる

ら)と [Genehmigungskonformer Betrieb] である。正式の許可であるためには、有効な許可でなければならず、さらに正式の手續に基づいて許可が付与されたものでなければならぬ⁽¹⁵⁾。また、事業者が付款や追加命令に従わない場合は、許可に従っていないものとして私法関係形成効は発生しない⁽¹⁶⁾。

これらの要件がみたされると、運転のみならず建設の差止を求める周辺住民の請求権が排除される⁽¹⁷⁾。ただし、特別の権原に基づく請求権、例えば契約に基づく請求や施設敷地の所有権 [Eigentum]・用益権 [Nießbrauch・地役権 [Dienstbarkeiten]] に基づく請求権は排除されない⁽¹⁸⁾。

(二) 差止請求権が排除されると、防護措置請求権がそれに代わって発生する。防護措置請求権が発生する要件は、それが技術水準に照らして実施可能であり、経済的に要求できることである。経済的要求可能性は、主観的に判断されるのか客観的に判断されるのか、いいかえると個別具体的な事業者の経済状態を基準にするのか平均的な事業者の経済状態を基準にするのか、については意見が対立しているが、後者の見解が有力である⁽¹⁹⁾。防護措置をとると施設を閉鎖しなければならないほど経営が悪化する場合には経済的要求可能性はないとされる⁽²⁰⁾。さらに、当初は技術上または経済上不可能であった防護措置の実施が後に可能になった場合には、次に述べる損害賠償がなされていない限り、防護措置請求権が発生する⁽²¹⁾。防護措置としては、防音装置・濾過装置の設置や公害が発生しにくい機械・生産過程・燃料への変更などが考えられている。また、生産量の削減自体の要求はできないが、ある時間帯に事業を限定すべきといった要求は可能である⁽²²⁾。注目すべきことは、ドイツでは、請求者は防護措置を特定せずに要求することができ、またそうしなければならぬと考えられていることである。これは、具体的にいかなる措置をとるかは事業者の裁量であると考えられているからである⁽²³⁾。

(三) 差止請求権が排除され、防護措置も請求できない場合には、損害賠償請求権がこれらの請求に代わつ

て発生する。損害賠償請求は事業者に対して行われるのであり、施設を許可したことを理由に国家に損害賠償を求めることはできない⁽²⁴⁾。事業者の行為の違法性や過失は要件ではない。その意味で、この請求権は(民法上の)犠牲補償請求権 [Aufopferungsanspruch] と呼ばれる⁽²⁵⁾。請求権の内容は民法二四九条以下に従い、完全補償である。健康被害に対する補償も要求できる。将来の損害と同じく過去に発生した損害に対する補償も要求できる⁽²⁶⁾。

(四) では、以上のような規定がなぜ制定されたのであろうか。私法関係形成効が事業者の投資保護、工業発展の促進のために制定されたものであることはすでに述べた。しかし、私法関係形成効の制度は、所有権が侵害された場合には差止請求権が認められるといった原則や民事訴訟による権利保護と行政訴訟による権利保護の両方が認められるといった原則の例外である。このような制度が投資保護や工業発展という理由だけで、法的に正当化できるのであろうか。イミシオン法が環境法の一つと考えられている今日において、工業発展を目的とする私法関係形成効の制度が環境保護を目的とするイミシオン法の中に組み込まれていることは多くの矛盾をはらんでいるように思われる。そこで、以下では、投資保護や工業発展以外に私法関係形成効の正当化する理由としていかなるものが考えられているのか、さらに、そのような理由が私法関係形成効の正当化理由として適切であるかについて検討する。

もちろんイミシオン法のように私法関係形成効に関する規定がある場合には、私法関係形成効の正当化理由・理論的根拠を論ずる解釈論上の必要性は小さい。せいぜいイミシオン法一四条の立法趣旨を明らかにするといふ意味やイミシオン法一四条の合憲性を審査するという意味しか認められないかもしれない。しかし学説では次第に、私法関係形成効の正当化理由が議論されつつある。私法関係形成効の正当化理由が議論の対象となっ

た理由の一つは、私法関係形成効に関する明文の規定がないチェック・システム、例えば建築許可やいわゆる公共事業 [Lebens- bzw. gemeinwichtige Betriebe] にも私法関係形成効を認めるかという問題について判例・学説で意見が対立しているからである。この場合、イミシオン法においてなぜ私法関係形成効が認められているかを検討することは、建築許可や公共事業に私法関係形成効が認められるか否かという問題を考えるにあたって大いに参考になる。事実、学説では、イミシオン法一四条も含めて私法関係形成効の正当化理由が議論されている。

もう一つの理由は、一九八六年に「民法と公法の課題としての環境汚染に対する個人保護の拡大」というテーマで開催された第五六回ドイツ法曹大会、一九九〇年に「民法と刑法に対する準則 [Vorgabe] としての行政法」というテーマで開催された第五〇回国法学者大会さらに環境責任法の制定（一九九〇年）が契機になって、私法による環境保護と公法による環境保護の関係が盛んに議論されるようになったからである。²⁷⁾そこで、私法関係形成効の背景にあると考えられる、私法による環境保護よりも公法による環境保護を重視するという考え方が批判的に検討されるようになったのである。

建築許可や公共性を有する事業に関する私法関係形成効の議論の検討は別稿にゆずることにして、本稿では、イミシオン法一四条の私法関係形成効の正当化理由に関する学説を中心にして紹介・検討する。学説は大きく二つに分けることができる。すなわち、一つの理由によって私法関係形成効の意味を説明しようとする考え方（以下、一般理論説とする）と複数の理由を挙げる考え方（以下、総合判断説とする）である。

第三節 私法関係形成効の正当化理由・その一（一般理論説）

ドイツにおける許可の私法関係形成効（二）

私法関係形成効が差止請求権を排除するものだとすると、私法関係形成効という制度は、行政庁が許可した施設の設置・運転が周辺住民の所有権を侵害し差止請求権が発生する場合、つまり許可施設の設置・運転が私法上違法となる場合を念頭に置いて作られていると考えてよい。しかし、行政庁が許可した施設の設置・運転が常に私法上も適法となるなら、私法関係形成効は自明のことを示すだけである。問題は、行政庁が許可した施設の設置・運転が私法上も適法となるか、さらに私法上適法であるとするなら、その理由は何かということである。ここでは、許可された施設の設置・運転の私法上の適法性を根拠づける三つの考え方をとりあげよう。

第一款 法秩序の統一性論

(一) 意味

法秩序の統一性論とは、ある活動に対する適法・違法の決定は法秩序全体において統一的になされなければならないという考え方である。つまり、この見解は、ある法領域で、ある活動が適法と判断されたなら、この活動は他の法領域でも適法と判断されるべきであると考ええる。この議論の前提には、法規範は市民に対する行為規範であるから明確でなければならぬという考え方があり、したがって、ある活動が、ある法秩序では適法と判断され、他の法秩序では違法と判断されるならば、法秩序は市民に明確な行為規範を示していないことになる。この理論を施設の設置・運転に適用すると、国が施設の設置・運転を許可したならば、それは当該活動を適法と判断したことになるから、当該活動は私法上も適法ということになる。この見解を主張するのは、⁽²⁸⁾ デイデーリヒセンである。

(二) 問題点

法秩序の統一性論には次のような批判が向けられている。第一に、統一的な法秩序は現実には存在しないのではないかという批判がある。²⁹⁾ 法秩序の統一性の不存在を示す一つの例が、民法一三四条、一三八条とドイツ租税通則法四〇条の関係である。すなわち、民法一三四条や一三八条は、法律上の禁止や良俗に違反する法律行為を無効とする。これに対し、ドイツ租税通則法四〇条は、法律上の禁止あるいは良俗に違反する行為であっても、課税要件をみたす限り、その行為に課税する。法秩序の統一性論の立場からみれば、民法の考え方に従い、法律上の禁止あるいは良俗に違反する行為には、課税しない方が法秩序として一貫するように思われるが、法律はそうはなっていないのである。³⁰⁾ このように、法秩序の統一性が現実には存在しないとするなら、法秩序の統一性は実現すべき法理念、いいかえると法規範の間の矛盾を除去すべきであるという法的要請として理解するしかない。しかし第二に、法秩序の統一性を法的要請と考えることにも批判がある。〈個々の法秩序で法的評価が異なることは、むしろ正義を保障するものとしてとらえることが可能であり、この立場からすれば、ある活動の法的評価が部分法秩序ごとに異なる可能性のあることは、不可避であるだけでなく望ましいものと考えられる〉との意見がその一例である。³¹⁾ 第三に、法秩序の統一性論は法の矛盾を除去すべきであるというだけでなく、どのように除去するかについて何も言っていないという批判がある。³²⁾ つまり、ある活動が公法上適法であるが、私法上違法である場合、公法上の判断が常に優先されるとは限らない。私法上の判断を優先されることも論理的にはありうる。公法における(適法)判断と私法における(違法)判断のいずれを優先するかを決定するには別の基準が必要であるが、法秩序の統一性論からは、そのような基準は引き出せないというのである。

第二款 許可基準・受忍限度同一論

(一) 意味

この理論は、行政庁が施設の設置・運転の許可を認めるかどうかを判断する基準が民法上差止が認められる基準と一致するか、前者の方が後者より事業者にとって厳しいと考えるものである。ここで、行政庁が施設の設置・運転の許可を認めるかどうかを判断する基準、具体的には、イミシオン法七条及び五条で規定された許可要件や法規命令で規定されたイミシオン値やエミシオン値を許可基準と呼び、民法上差止が認められる基準、具体的には、民法一〇〇四条及び九〇六条に規定された差止要件(本質性、非場所的慣行性)を受忍限度と呼ぶとすると、この説は、許可基準が受忍限度と一致するか、許可基準の方が受忍限度より事業者にとって厳しいと考えていることになる。そして、ある施設が設置・運転許可を得たということは、当該施設が許可基準を遵守していることを意味し、この場合には、当該施設は当然、受忍限度をも遵守していることになる。

(二) 問題点

このような考え方に対し、ドイツの通説は、逆に、許可基準よりも受忍限度の方が事業者にとって厳しいものであると考える。すなわち、なるほど許可基準は受忍限度を確定する際に考慮され、受忍限度確定の手がかり[Anhalt]のひとつとなるが、通常裁判所は許可基準に拘束されない。許可基準はむしろ最低基準であるというのである。⁽³⁴⁾

その理由は次のようなものである。第一に、許可基準が一般的抽象的基準であるのに対し、受忍限度は個別具体的な基準であるからである。例えば、マールブルガーは、「許可基準を定める」一般的抽象的な行政規則

はその性質上、ある植物や栽培方法が環境汚染に特に弱い [besondere Empfindlichkeit] といった具体的な状況を考慮することはできない」と述べ、ヴァグナーは、〈具体的な事例において危険が発生したなら、事業者には、許可基準を遵守しているか否かに関わらず、必要な措置をとる義務が私法上生じる〉⁽³⁶⁾と述べる。受忍限度は、汚染された土地の利用方法や地域の状況によって個別に確定されるため、許可基準よりも事業者にとって厳しいものになるというのである。もちろん具体的に危険が発生しないにもかかわらず、許可基準を超える場合も論理的には考えられるが、ドイツでは、許可基準が厳しくなれば、受忍限度もそれにあわせて厳しくされているため、このような事例は考えられないとされる⁽³⁷⁾。第二に、許可基準が静態的、固定的であるからである⁽³⁸⁾。つまり、許可基準は柔軟性に乏しく、たとえそれが行政規則によって定められても、いったん数値化されると、改正には時間を要し、科学技術の発展に迅速に対応できないというのである。第三に、許可基準は利益衡量によって設定されるからである。ここでは、許可基準を設定する場合に環境保護以外の利益、例えば、許可の名宛人の経済的利益が考慮されている点が重視されている。許可基準の設定の際に、環境保護以外の利益が考慮されると、環境保護の視点が弱まると考えられているのである⁽³⁹⁾。

以上のように、ドイツでは、施設が許可基準を遵守していても受忍限度を超え、周辺住民の差止請求が認められる場合があると考えられている。

(三) わが国における許可基準と受忍限度の関係

では、わが国では、どのように考えられているであろうか。これまで必ずしも十分な検討がなされているわけではないが、結論としては、判例・学説の多くが、ドイツと同じく許可基準は最低基準であり、施設が許可

基準を超えている場合(公法上違法な場合)には原則として私法上も違法であるが、許可基準を遵守しているからといって私法上免責されるわけではないと考えている。例えば、加藤一郎は次のように述べる。「公法的な規制というのは、だいたい最低限度の規制であって、それを守っているから全部免責するというのは不当である。むしろこれは、最低限度の基準だから、それを守らなければ、原則として違法性がある、つまり、反証がなければ違法性が推定されるということにはなるであろう。これに対して、公法上の基準を守っている場合に違法性がないといえるかという点、諸外国の例を見ても、それを守ったからといって違法性がなくなるというわけではないというのが、一般的な考え方である。つまり、私法上の違法性というのは、個々の事件における具体的な状況について問題にしていくものであるから、公法上の一般的な基準を守っているということが、決め手にならないのである。：ただ、実際問題としては、公法上の基準は、私法上の救済についても、判決の上でかなり参考にされている」(傍線は引用者)⁴⁰。このように、加藤も許可基準の最低基準性あるいは一般性を強調している。

次に、わが国の原発訴訟において許可基準と受忍限度の関係がどのように扱われているかを、簡単に見ておこう。わが国で許可基準と考えられるのは、大気汚染防止法や水質汚濁防止法では、排出(排水)基準(大防法三条・九条、水濁法三条・八条)及び総量規制基準(大防法五条の二・九条の二、水濁法四条の五・八条の二)であり、さらに行政上の目標としての環境基準(環基法一六条)も場合によっては許可基準に含めることができる。これに対し、原発の平常運転時における放射線被曝に関しては、環境基準はなく、許可基準についても、原子炉等規制法は「原子炉施設の位置、構造及び設備が核燃料物質、核燃料物質によって汚染された物又は原子炉による災害の防止上支障がないものであること」(二四一条一項四号)と定めるだけで、排出基準

や総量規制基準に相当する基準の設定を求める規定は原子炉等規制法にはない。しかし実際には、「発電用軽水型原子炉施設周辺の線量目標値に関する指針」（昭和五〇年五月一三日原子力委員会決定）が定める線量目標値（年間〇・〇五ミリシーベルト）が環境基準に相当し、「実用発電用原子炉の設置、運転等に関する規則」一条二項六号、八条及び「実用発電用原子炉の設置、運転等に関する規則の規定に基づく線量当量限度等を定める告示」（平成元年通商産業省告示第一三二二号）二条一項一号が定める実効線量当量限度（年間一ミリシーベルト）が排出基準（規制基準）に相当すると考えられる。そしてこれらの基準は差止訴訟において次のように扱われている。⁽⁴⁾

例えば、女川原発訴訟仙台地判平成六年一月三十一日（判時一四二八号三頁）は、放射線による障害の発生の可能性が社会観念上無視し得る程度に小さいといえる放射線の線量値は、前記告示が定める年間〇・一レム「一ミリシーベルト」とする。そして本件原子炉施設について検討すると、平常運転時における公衆の被爆線量値は、年間〇・一レムをはるかに下回ると考えられるので、「本件原子力発電所の平常運転により原告らの生命・身体に社会観念上無視し得る程度を超える放射線による障害が生じる可能性があることを具体的に認めることはできない」とした（九七頁）。

また、志賀原発訴訟金沢地判平成六年八月二五日（判時一五一五号三頁）も本件原発の平常運転によって周辺住民が受ける最大線量を評価すると、年間〇・〇一四ミリシーベルトになり、これは前記指針が定める年間〇・〇五ミリシーベルトをも下回っているので、生命、身体等への影響は無視できる程度に小さいものと認められる。したがって、本件原発の平常運転により放出される放射性物質による被爆を理由とする差止請求は理由がないとする（一七頁）。

このように原発差止訴訟においても、「環境基準」や「規制基準」が差止許否の判断基準として取り入れられているが、原発がこれらの基準を遵守すれば当然に、私法上免責されるものとは考えられていない⁽⁴²⁾。

以上、わが国においても、許可基準・受忍限度同一性論は妥当しえないであろう。

第三款 計画法論

(一) 意味

計画法論とは、建設法及びイミシオン法の計画的性格を重視し、将来の土地利用に対する民法上の請求権の存在を否定するものである。計画法論を主張するのはシャップである。シャップは一九八七年出版の『相隣法の体系』という著書の中で次のように述べる⁽⁴³⁾。

イミシオン法一四條は宣言的な意味しか持っていない。なぜなら、私法上の差止請求権は不可争力発生によって「つまりイミシオン法一四條によって」排除されるのではなく、すでに不可争力が発生する前に排除されているからである(§. 56, 94)。イ私法上の差止請求権を排除するのは、計画地域 [beplanter Bereich] では建築詳細計画の策定、つまり連邦建設法一条七項に基づく衡量であり、建築詳細計画が策定されていない内部地域 [nicht beplanter Innenbereich] や建築抑制地域 [Außenbereich] では連邦建設法三四、三五条による建築許可である(§. 33, 39, 45, 48, 93)。

では、なぜ私法上の差止請求権が建築詳細計画の策定や建築許可によって排除されるのであろうか。ここで、シャップは一九世紀末の社会と現代社会の違いを強調する。一八七〇年頃は住宅建設と農地利用が土地利用の通常の形態であり、工場建設は例外であった。民法九〇六条は、このような時代を念頭においている(§.

36, 50)。つまり、土地利用の目的は原則として農地や住宅建設であるから、これまで農地あるいは住宅地であった場所に、工場が建設・運転され、それによって周辺住民の所有権が侵害される場合、原則として、民法一〇〇四条によって工場の建設・運転が差し止められる。ただし、工場に特別の公益性が認められる場合には、例外的にイミシオン法一四条の前身である営業法二六条が適用され、差止請求権が排除されるのである。⁴⁴しかし今日は、工業が住宅建設や農業と並んで土地利用の目的となり、そのため住宅建設・農地と工業とは同じ価値を有し、原則・例外という図式でみることはできず、できるだけ広範な相互調整が必要となる（S. 51）。シャップは、このような相互調整を行うのは、民法ではなく、計画法つまり建築法やイミシオン法であると考える。その理由をシャップは次のように説明する。〈民法は現在の事実状態に基づいて狭い地域で生じる紛争を解決するものであり、開発に関しては自然にまかせる。これに対し、建設法・イミシオン法が開発に伴う紛争を解決する〉(S. 35 f.; 93)。〈私法で確定された領域への侵害が公益によって正当化されるという図式は、関係利益が公法によって衡量されるという図式にとって代わる〉(S. 50; 93 f.)。つまり、所有権侵害に対する原則差止・例外差止排除という構造は成り立たなくなる。〈民法一〇〇四、九〇六条は土地開発を規律するものではないため、許可施設の設置に対する私法上の差止請求権は初めから存在しない〉(S. 55 ff.; 94)。

このような考え方に対しては、おそらく、周辺住民の権利を不当に制限するものであるとの批判が予想される。しかし、シャップは〈周辺住民の利益は無視されるのではなく、他の利益と衡量されるのであり、これによって諸利益の平衡状態がもたらされる〉(S. 48 f.)と主張する。

(二) 問題点

シャップの議論の特徴は、一定の歴史認識と結びつけて自らの解釈論を展開していることであり、きわめて魅力ある議論である。しかし、シャップの見解は学説上、必ずしも支持を得ていない。例えば、シャップは私法に対する公法の絶対的な優位性を認めるが、ハーゲン⁽⁴⁵⁾やロス⁽⁴⁶⁾は、公法には周辺住民の利益よりも経済発展を重視しがちであるといった問題や執行欠如あるいは予測の誤り [Prognoserisiko] とった構造上の欠陥 [strukturelle Schwächen] があるため、開発に関する問題 (施設建設と周辺住民の利益の調整) の解決をまったく公法に委ねてしまうことはできないという。彼らの見解によると、公法による環境保護の欠陥を補完するために、私法による環境保護が不可欠であるということになる。

シャップの見解には、解釈論レベルでも、次のような問題点が指摘されている。第一に、イミシオン法は計画法であるかという問題である。シャップは、イミシオン法と連邦建設法を比較して、前者における許可基準決定の際の利益衡量が後者の計画衡量とは異なることを認めているが、連邦建設法とイミシオン法とが結合して空間形成法 [Raumgestaltungsrecht 計画法の「と」] の統一体を形成するとする(S. 54)。これに対し、通説はイミシオン法上の許可を羈束行為とし、計画裁量を認めない⁽⁴⁷⁾。シャップのいう計画法の意味は必ずしも明らかではないが、シャップは、計画法の特徴の一つとして、連邦建設法一条七項にあるような公益と私益の衡量を考えているようである。ここで、イミシオン法が計画法であるなら、イミシオン法上の許可の際に、公益と私益の衡量がなされなければならないであろう。しかし、規定の上では、許可要件に公益と私益の衡量は含まれていないのである(イミシオン法六条、五条を参照)。この問題については、次節でもう一度とりあげる⁽⁴⁸⁾。

第二に、かりにイミシオン法が計画法であるとしても、そこからイミシオン法上の許可に私法関係形成効が

発生するかという問題である。ここでも、シャップの見解はイミシオン法と矛盾している。なぜなら、イミシオン法によると、私法関係形成効は正式手続 [förmliches Verfahren] に基づいて出される許可には生じることが、簡易手続 [vereinfachtes Verfahren] に基づいて出される許可には私法関係形成効は発生しないからである (イミシオン法一九条二項⁴⁹)。シャップのいうように、イミシオン法が計画法であるからといって、イミシオン法上のあらゆる許可に私法関係形成効を認めることできないのである。

以上、差止請求権の排除を一つの理由によって説明しようとする三つの見解を検討したが、私法関係形成効の正当化理由としては、いずれの見解にも問題があることが明らかになった。このような一般理論説に対して、私法関係形成効の正当化理由を複数をあげ、これら複数の理由 (条件) を基準として、個々の制度ごとに私法関係形成効の存否を判断する見解 (総合判断説) が有力に主張されている。そこで、節をあらためてこの見解を検討することしよう。

(一) Kornelius Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987, S. 276 ff.; Franz-Joseph Peine, Privatrechtsgestaltung durch Anlagenehmigung, NJW 1990, 2442 f. 『私法』 Rüdiger Breuer, Umweltschutzrecht, in: Eberhard Schmidt-Altmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, Rn. 102 ff. は、第一類型を『さらに連邦水管理法七条に基づく許可のように民事訴訟への影響が認められない類型と、建築許可のように民事訴訟との関係についての規定がないものの民事訴訟に対する何らかの影響が認められる類型に分ける。しかし、建築許可に私法関係形成効が認められるかについてどうかについては、学説・判例で意見が対立している。

- (2) イミシオン防止法一四条に規定された許可の効果の名称について学説上必ずしも一致しているわけではなく、排除効 [Präklusionswirkung, Ausschlusswirkung] や実体法上の形成効 [materiellrechtliche Gestaltungs-wirkung] とも呼ばれるが、本稿では私法関係形成効と呼ぶことにする。
- (3) Vgl. Fritz Ossenbühl, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, DVBl. 1990, 963, 965.
- (4) Gijbert Onno van Veldhuizen, Die privatrechtsgestaltende Wirkung des öffentlichen Rechts im Umwelthaftungsrecht, 1994, S. 205; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1996 (zit.: Staudinger), Rn. 20 zu § 906
- (5) Vgl. Regina Ogorek, Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. IV, 1979, S. 60 f.; Staudinger, a. a. O., Rn. 1 zu § 14 S 2 BImSchG. 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(六)」法協一〇四卷九号(一九八七年)一三二〇頁も参照。このような評価は、もともと私法関係形成効の典型例であるイミシオン法一四条の前身の営業法二六条に対してなされたものであるが、イミシオン法一四条に対してもこの評価が妥当すると考えられている。
- (6) 第一項 所有権が占有の剥奪及び不法占拠以外の方法によって侵害される場合には、所有権者は妨害者に対し侵害の除去を請求することができる。ひきつづき侵害されるおそれがある場合には、所有権者はその侵害の停止 [Unterlassung] を請求できる。
- 第二項 この請求権は所有権者が受忍義務を負う場合には排除される。
- (7) 第一項 土地の所有権者は、ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、騒音、振動及び他の土地から生じる類似の影響の侵入を、その影響が自己の土地の利用を侵害しないか、あるいは、非本質的侵害を与えるにすぎない場合には、これを差止める [verbieten] ことができる。
- 第二項 本質的侵害 [wesentliche Beeinträchtigung] が、影響発生地の場所的に慣行的な [ortüblich] 利用によって引き起こされ、かつ、この種の利用者に経済的に期待しうる [wirtschaftlich zumutbar] 措置をもってしても防止されえない場合も、また同じ。これによって所有権者が影響を受忍しなければならない場合に、その影響が

期待しうる程度を越えて、自分の土地の場所的に慣行的な利用または収益を侵害するならば、所有権者は、影響発生地の利用者に対して、金銭の形で相当の調整的補償 [Ausgleich] を請求することができる。

第三項 略

(8) これらの議論については、さしあたり、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号（一九七六年）六二頁以下、同「開発と差止請求」法政四六卷二一四合併号（一九八〇年）三〇五頁以下、中山充「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展（三・完）」民商七四卷六号（一九七六年）九二九頁以下、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミシオン法の展開（二・完）」都法二七卷一号（一九八六年）三八九頁以下を参照。

(9) Vgl. Bernd Bender/Rolf Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rn. 20 ff.; Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, Jus 1987, 169, 173; Veldhuizen, a. a. O., S. 180; Hartmut Versen, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden, 1994, S. 27 ff. 高木光「事実行為と行政訴訟」（一九八八年）三七頁も参照。

(10) Staudinger, a. a. O., Rn. 10, 13 zu § 906.

(11) なお、私法関係形成効は、イミシオン法一〇条三項や原子力法手続令七条一項二文に規定されているいわゆる排除効 [Präklusion] と異なり、許可手続や行政訴訟には何ら影響を与えないことに注意すべきである。排除効については、大西有二「異議申立排除の効力と住民の参加責任」北法三三卷二号（一九八二年）四三三頁以下、山田洋「大規模施設設置手続の法構造」（一九九五年）一四八頁以下を参照。

(12) イミシオン防止法一四条の私法関係形成効については、高木・前掲書二六頁以下の他、環境調査センター編「各国の環境法」（一九八二年）二七三頁、三二八頁（それぞれ成田頼明、阿部泰隆執筆）、神戸・前掲論文（二・完）三八三頁以下、大塚・前掲論文（六）四二頁、六二頁が検討している。

(13) イミシオン法上の施設設置・運転許可は、一つの許可ですべての施設の設置及び運転を認めるのではなく、許可の前に個々の許可要件の存否や立地の適法性を確認したり（予備決定、同法九条）、個々の施設部分の建設や運転ごとに許可がなされる場合がある（部分許可、同法八条）。これは多段階許可手続と呼ばれているが（拙稿「西ドイツ原発設置許可の多段階的構造（一）（二・完）」論叢一二五卷二号（一九八九年）九九頁以下、一二六卷一号（一九八九

年)五八頁以下を参照)、この多段階許可手続がとられた場合には、部分許可の中の許可部分に関しては私法関係形成効が発生するが、暫定的肯定的全体判断に関しては発生せず、また予備決定には私法関係形成効がないとされる (Vgl. Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 2. Aufl., 1993, Rn. 2 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 25 zu § 906)。

- (14) 許可が送達されなければ、許可がなされたことを知って早くて一年で不可争力が発生する (Vgl. Jarass, a. a. O., Rn. 6 zu § 14)。
- (15) Jarass, a. a. O., Rn. 2 f. zu § 14; Versen, a. a. O., S. 60.
- (16) Jarass, a. a. O., Rn. 7 zu § 14; Versen, a. a. O., S. 63.
- (17) Jarass, a. a. O., Rn. 8 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 13 f. zu § 14 S 2 BImSchG.
- (18) Jarass, a. a. O., Rn. 10 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 13 zu § 14 S 2 BImSchG. イミシオン法一四条は、原発(原子力法七条六項)や空港(航空法二一条)にも準用され、さらに連邦水管理法(二一条)、「長距離道路法(旧一七条六項)及び連邦行政手続法(七五条二項)にも私法関係形成効の規定がある。それぞれ次のような規定になっている。原子力法(BGBI., 1985, I, S. 1565)七条六項「連邦イミシオン防止法一四条は許可された施設から他の土地に生じる影響に準用される。」航空法(BGBI., 1981, I, S. 61)二一条「連邦イミシオン防止法一四条は空港に準用される。これは空港が公の目的に資する場合にも妥当する。」連邦水管理法(BGBI., 1986, I, S. 1529)二一条一項「承認された利用から生じる不利な影響のために、利害関係人が承認を得た者に対し、妨害の除去、利用の差止、防護施設の設置または損害賠償を請求することはできない。」長距離道路法(BGBI., 1990, I, S. 1714)旧一七条六項一文「計画確定裁決に不可争力が発生した場合には、プロジェクト[Vorhaben]の差止[Unterlassung]、施設の除去・変更または利用の差止を求める請求権は排除される。」連邦行政手続法(BGBI., 1985, I, S. 156)七五条二項一文「計画確定裁決に不可争力が発生した場合には、プロジェクトの差止、施設の除去・変更または利用の差止を求める請求権は排除される。」
- (19) Gerhard Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, 1989, S. 175 f.; Jarass, a. a. O., Rn. 15 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 21 f. zu § 14 S 2 BImSchG.

- (20) Jarass, a. a. O., Rn. 15 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 20 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (21) Jarass, a. a. O., Rn. 16 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 6 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (22) Jarass, a. a. O., Rn. 17 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 16 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (23) Jarass, a. a. O., Rn. 20 zu § 14. わが国では、公害訴訟では差止請求の内容が特定されていないことが却下理由とされる場合がある(野村豊弘・公害環境判例百選(一九九四年)四九事件を参照)。
- (24) Jarass, a. a. O., Rn. 24 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 10 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (25) Jarass, a. a. O., Rn. 26 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 72 zu § 906, Rn. 1 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (26) Jarass, a. a. O., Rn. 27 zu § 14; Staudinger, a. a. O., Rn. 237 zu § 906, Rn. 1, 25 zu § 14 S 2 BImSchG.
- (27) 環境問題に対するドイツの最近の動向については、吉村良一「ドイツにおける公害・環境問題と民事責任論の新しい動向」立命二二〇号(一九九二年)七二三頁以下が詳しい。
- (28) Uwe Diederichsen, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, 56. DJT, 1986, L. 65.
- (29) Wagner, a. a. O., S. 93 ff.; Versen, a. a. O., S. 44.
- (30) ドイツ租税通則法四〇条と民法の関係については、金子宏『租税法(第六版)』(一九九七年)一一六頁以下を参照。
- (31) Wagner, a. a. O., S. 94. Auch Versen, a. a. O., S. 106 f.
- (32) Wagner, a. a. O., S. 96 ff.; Jarass, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, VVDStRL 50, 1991, 238, 269; Versen, a. a. O., S. 44; Staudinger, a. a. O., Rn. 8 zu § 906.
- (33) 本稿では、民法上の違法基準(差止請求権の要件)を受忍限度と呼び、公法上の違法基準を許可基準と呼んでいるが、呼び方については必ずしも一致していない。例えば、以下で引用するWagnerは、民法上の社会生活義務「Verkehrspflicht」と公法上の行為基準「Verhaltensstandard」とを比較し、Peter Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, 56. DJT, 1986は、民法九〇六条における差止要件である「本質性」「場所的慣行性」「経済的期待可能性」と許可基準であるイミシオン限界値・エミシオン限界値との相互関係を詳細に検討している。Diederichsenは、「本質性」「場

所的慣行性」 「経済的期待可能性」と公法上の基準 [Standard] とを、Veldhuizen は、私法上の運転義務 [Betriebspflichten] と公法上の運転義務をとりあげている。わが国では、ドイツと異なり差止請求権に関する規定がないため、差止請求権の根拠や要件についてはドイツ以上に議論が対立している。議論を単純化しすぎて誤った理解をしている危惧があるが、とりあえず本稿では、受忍限度・許可基準という用語を使用する。なお、許可基準は、事業者が許可を得るために遵守しなければならないという意味で、事業者に対する基準であるのに対し、受忍限度は、周辺住民が受忍しなければならない限界という意味で、周辺住民に対する基準であるため、両者の法的性格が異なるが、本稿では、受忍限度・許可基準を遵守する活動という場合には、私法上・公法上適法な活動という意味で、受忍限度・許可基準を超える活動という場合には、公法上・私法上違法な活動という意味で用いる。

- (34) Vgl. Marburger, a. a. O., C 107; Diederichsen, a. a. O., L 58 ff., 102; Johann W. Gerlach, Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht, JZ 1988, 161, 167; Wagner, a. a. O., S. 84 ff.

- (35) Marburger, a. a. O., C 109.

- (36) Wagner, a. a. O., S. 85. 許可基準が一般的抽象的であるのに対し、受忍限度が個別具体的であるというのは、許可基準があらゆる施設に一律に適用される基準であるのに対し、受忍限度は、個々の事例ごとに確定されるということであろう。これに対して、阿部泰隆『行政の法システム(上)』[新版] (一九九七年) 一六二頁は、行政規制と不法行為を比較して、〈私法の不法行為の規定は一般条項であり、規定が抽象的であるのに対し、行政規制は具体的である〉とするが、阿部のいう一般的抽象的とは、規定の文言がそうであるということであり、具体的とは、基準が法令等により数値化されているという意味であると考えられる。

- (37) Veldhuizen, a. a. O., S. 6 f., 45.

- (38) Vgl. Diederichsen, a. a. O., L 61.

- (39) Diederichsen, a. a. O., L 61; Wagner, a. a. O., S. 86 f.; Versen, a. a. O., S. 148. もともと、受忍限度の確定にあたっては事業者の経済的期待可能性 [wirtschaftlich Zumutbarkeit] が判断基準の一つとなっていたので、許可基準と受忍限度には質的な違いはないように思われる。

- (40) 加藤一郎編『公害法の生成と展開』(一九六八年)三五頁以下。許可基準と受忍限度の関係については、その他、沢井裕『公害差止の法理』(一九七六年)一〇二頁以下、藤田耕三・公害判例百選〈第二版〉(一九八〇年)三〇事件、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(7)」法協一〇七巻二号(一九九〇年)四四三頁以下、吉田邦彦・公害環境判例百選二事件、牛山積・同三六事件を参照。
- (41) ここでは平常運転における周辺住民の被爆の限界値に関する裁判所の判断のみをとりあげる。したがって、蒸気発生器の伝熱管の破断事故に関する高浜原発訴訟判決は扱わない。
- (42) もっとも放射線被曝の場合には、急性障害は別として、晩発性障害についてはしきい値がないと考えられ、さらに、すべての放射線量を合理的に達成できる限り低く保つべきであるとする最適化の原則(ALARA)が妥当していることに注意すべきである(判時一四八二号二二頁以下、九七頁、判時一五一五号一四頁を参照)。
- (43) Jan Schapp, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, 1978.
- (44) シャップは、民法が前提としているような考え方を犠牲思考[Aufopferungskonzeption]と呼んで批判して(S. 18)「新たに計画思考[Planungskonzeption]を主張する」。
- (45) Horst Hagen, Privates Immissionsschutzrecht und öffentliches Baurecht, NVwZ 1991, 817, 820.
- (46) Staudinger, a. a. O., Rn. 12 zu § 906. その他、公法における構造上の欠陥を指摘するものとして、Diederichsen, a. a. O., L 63' シャップ説を批判するものとして、Marburger, a. a. O., C 43 f.
- (47) イミシオン法上の許可の性格については、さしあたり、拙稿「西ドイツ環境法における事前配慮原則(二)・完」論叢二一九巻六号(一九九一年)四二頁以下を参照。
- (48) Vgl. Kleinlein, a. a. O., S. 256 ff.; Wagner, a. a. O., S. 181 ff.; Versen, a. a. O., S. 52 ff.
- (49) Vgl. Kleinlein, a. a. O., S. 76 f.