The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	環境法における予防原則の展開（二）
Author(s)	松本, 和彦
Citation	阪大法学. 2005, 54(5), p. 1-21
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54865
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　説

環境法における予防原則の展開（二）

松本和彦

一　序―本稿の課題
二　ドイツ法における事前配慮原則―概観（以上、五三巻二号）
三　事前配慮原則の構成要素―概念と沿革
四　基本法における事前配慮原則

三　事前配慮原則の構成要素―概念と沿革

（1）序説

予防原則の意義を正しく評価するためには、この原則が形成されてきた過程を辿り、その展開の諸局面を一つ一つ検討しておく必要がある、との了解に基づき、本稿は予防原則の起源とされるドイツ法の事前配慮原則(Vorsorgeprinzip)を検討の出発点に据えて、事前配慮原則の全体像を概観するところから考察を始めた。(1)

その際述べたように、事前配慮原則はもともと、一九七〇年代から始まるドイツ連邦政府の一連の環境政策から

得られた法政策原則であった。[2] 連邦政府によって形作られた環境法政策原則の一つとして、事前配慮原則は多くの学説の承認を得た。しかし、この原則が、環境法政策原則の域を超えて一般的な環境法原則にまで昇華したか否かについては議論があり、[3] その内容に対する理解も相変わらず分裂している。環境法典草案が原則の明文化を試みたものの、今のところ、法典化の作業自体が頓挫したままになっている。現行法にはほかに事前配慮原則を一般に定式化した規定はなく、環境法令ごとに様々に具体化されているだけである。したがって、事前配慮原則と呼ばれるものの中身は、結局のところ、個別立法によって実定化された多くの規定に対する、判例・学説による様々な解釈の積み重ねの総体であるというほかない。

だとすれば、事前配慮原則を理解するためには、個別立法に具体化されている実定法上の内容を検討しなければならないだろう。個々の実定法規定に表れた事前配慮原則の諸相を分析し、その法領域の特性に注意しながら、具体的な意味内容を明らかにする必要があろう。そこで次節以降では、個別の実定法ごとに関連する規定を選び出して検討を加えることにしたい。しかしその前に、本節ではいくつかの基本的な法概念とその沿革を見ることで、次節以降の個別的検討に備えた前提作業を行っておく。

(2) 危険とリスクの概念

事前配慮原則の構成要素として、注目に値するのは、とりわけ危険(Gefahr)とリスク(Risiko)、それから事前配慮(Vorsorge)の概念であろう。事前配慮については後述するとして、まず危険とリスクの概念に触れておきたい。

「危険」は警察法上の伝統的な法概念である。それは歴史的に形成されてきた内容を持つと同時に、様々な実定法に規定され、多くの判例・学説によって取り上げられ論じられてきたドイツ公法学にとっては馴染みの概念であ

る。[4] これに対して「リスク」は、危険との対比において用いられるようになった比較的新しい講学上の概念であり、[5] 当初は実定法概念ではなかった。しかしその後、一九九〇年の遺伝子操作技術法（Gentechnikgesetz）がリスクの語に言及した（遺伝子操作技術法七条など）ことをきっかけに、実定法概念となった。[6] いずれの概念についても講学上の意味と実定法規定との落差が問題になりうる。

ここでいう危険とリスクは似た概念である。どちらもそれなりに大きな損害発生の可能性を意味するからである。それゆえ、同義として使われる場合もある。[7] あるいは、リスクを危険の上位概念と見て、損害を発生させる可能性のある要因をすべてリスクと捉え、そのうちの特別のものを危険と見なす用法もある。

たとえば、環境法典の独立専門家委員会草案は二条の一号と二号において、危険とリスクを次のように定義している。

危険―この法典の保護法益に対して相当な不利益的効果を発生させる十分な蓋然性のこと。憂慮される効果が重大であればあるほど、発生の蓋然性に対して求められるものの程度は小さくなる。

リスク―この法典の保護法益に対する単に些細とはいえない不利益的効果の発生可能性のこと。ただし、それが実践上の観点から見て排除されていると思われる場合は除く。

草案の公式の註釈によると、[8] 自然科学的・技術的意味における小さなリスクが法律学上の「リスク」で、大きなリスクが「危険」であるとされ、あるいは「特に認められたリスクの部分集合」が危険であるという。また、危険とリスクを区別する中心的なメルクマールとして、危険の存在を肯定するためには「十分な蓋然性」が必要とされ

るのに対して、リスクの場合はそれよりも小さい単なる可能性でよいとされ、かつ、損害の面についても、リスクは単に些細とはいえない不利益的効果しか前提としておらず、単なる迷惑の領域も含んでいるとされる。

この点とかかわって、学説上、しばしば参照されるのがブロイヤーによって提唱された三段階構想（Dreistufenkonzept）[9]、すなわち、危険・リスク・残存リスク（Restrisiko）の三段階区分である。[10] それによると、いずれの段階においても「不確実な損害発生の可能性」という意味でのリスクは問題になるのであるが、[11] 単なるリスクである状態を超えて、ことがそのまま推移すれば損害の発生に至る十分な蓋然性があると評価される場合は、そこに危険があると認められ、逆に、十分なリスク軽減措置をとってもどうしても損害発生の可能性がゼロにならない場合は、そこに残存リスクがあるとされる。いわばリスクの程度に応じて、高い方から危険・リスク・残存リスクの順に区分されるのである。

このように三段階に区分することの法的意義は以下の点にある。[12] すなわち、危険の段階では、その防止がカテゴーリッシュに要求されるのみならず、危険にさらされる第三者の利益が公益に解消されることなく、個人の権利としても保護される。これに対して、単なるリスクの段階だと、その低減は法的目標とされ国家による規律の対象にされるものの、第三者の権利保護のためには役に立たないとされる。また、それは技術的な実現可能性と費用・便益の比例性という留保条件の下におかれることになる。さらに、残存リスクの段階になると、「不可避で社会的に相当な」ものと見なされて、その受忍が法的に義務づけられるという。[13]

こうした三段階構想は参照に値するとはいえ、どこまで一般化できるかについては、なお検討の余地がある。特にリスク概念を中心において、一方の端から危険概念を切り取り、他方の端から残存リスク概念を切り取る仕方は、領域の相互交錯と境界の曖昧化を免れないという問題をはらんでいる。[14] もちろん、三段階画定が明快な境界設定に

ならないことについては、ブロイヤー自身も最初から認めており、この画定は「流動的」なものであって、「スライディング・スケール（gleitende Skala）」でしか判断されないと述べている。[15] しかし、それが「法律学的な概念形成の明確性と法秩序の一貫性」を犠牲にする形で行われるとすれば、リスク概念への訴えかけも冷静な法的論証を省くための方便にすぎなくなるおそれがある。[16] このことを危惧するディ・ファビオは、リスク概念からではなく、伝統的な警察法の危険概念から検討を始めるべきだという。[17] 従来の議論が警察法上の危険概念を基点に展開され、それが発展していく過程で内容形成されてきたことを思うと、この主張には十分な理由があると考える。そこで本稿でも、まずは歴史的にそれなりの実体を備えるに至った危険概念に目を向け、そこからこの概念が変容していくさま、すなわち、リスク概念を持ち出さざるを得なくなった事情を探っていくことにする。[18]

（3）警察法上の危険概念の沿革

危険の概念を正面に据えて、法概念として彫琢してきたのは、警察法の分野である。よく知られているように、ドイツにおいて「警察（Polizey）」とは、もともと福祉国家目的を追求するものであったが、一八世紀以降、自由主義思想の影響下で治安秩序の維持といった消極目的の追求に重点が置かれるようになり、次第に警察の職務がそこに限定されるようになっていった。その結果、警察法の主たる規律対象となったのが危険防止（Gefahrenabwehr）である。[19]

このことが最初に表現された実定法上の規定として、一七九四年のプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条があげられる。すなわち、

公共の安寧、安全、秩序を維持し、一般公衆とその個々の構成員に対する差し迫った危険を回避するため、必要

な措置をとることは、警察の職務である。

この一般条項は、制定後直ちに、警察の職務を秩序維持・危険防止に限定するほどの効果は持ち得なかったとされるが、一九世紀後半頃には状況が変わっていた。それを決定づけたのが一八八二年のプロイセン上級行政裁判所のいわゆるクロイツベルク(Kreuzberg)判決である。[20] その後、一九三一年のプロイセン警察行政法が、行政裁判所の判例をまとめる形で、一四条一項において「公共の安全・秩序を脅かす危険を防止し、一般公衆や個人を守るため、義務に従った(pflichtmäßig)裁量によって、現行法の枠内で必要な措置をとる」権限を警察官庁に与えた。このプロイセン警察行政法一四条一項をめぐる法の展開がほかのラントにも受け入れられ、「ドイツ共通の警察法(gemeindeutsches Polizeirecht)」が形成されていったのである。

第二次世界大戦後のドイツでは、警察の権限は主としてラントに与えられたため、連邦の一般的な警察法は今なお存在しないが、それに代わるドイツ統一警察法模範草案八条一項はプロイセン警察行政法一四条一項と同様の内容になっている。もっとも、各ラントの警察法が統一警察法模範草案に倣った規定をおいたため、結局、ラント警察法はすべて危険防止を主たる課題とすることになっている。[21]

こうした一般警察法の危険概念と危険防止の概念は、営業活動に対する公権的介入を規律対象とする「営業警察(Gewerbepolizei)」の領域でも用いられた。[22] たとえば、営業の自由がもたらす負の側面としてのイミッシオーン(大気汚染、騒音、悪臭など)の防止を危険防止の視点から規制するという文脈での使われ方がそうである。とりわけ、エミッシオーン発生施設の許可制は危険防止によって根拠づけられる。この許可制は一八四五年のプロイセン営業法で導入され、それを踏襲した一八六九年の北ドイツ連邦営業法及び一八七二年のドイツ帝国営業法に取り

入れられ、戦後ドイツにもほぼそのまま受け継がれた。営業法の危険防止規定は、最終的に一九七四年の連邦イミッシオーン防止法に統合されることになるという点で歴史的に重要な意義を有するのだが、その検討は後に回すとして、ここでは一九五九年の営業法（Gewerbeordnung）改正法[23]のエミッシオーン発生施設の設置許可制を定めた一六条一項だけをあげておく。

営業所の場所的状況や性状によって、近隣の土地の所有者や居住者、あるいは一般公衆に対して、相当な不利益、危険、迷惑を及ぼす可能性のある施設を設置するためには、所轄官庁の許可が必要とされる。

警察法の対象となる危険は、元来、警察官庁によって防止されるべきものであった。しかし、営業警察の領域では、いわゆる警察官庁とは区別される行政官庁によって規律が行われる。つまり、この領域では脱警察化（entpolizeilichung）が進行しているのである。[24]こうした発展傾向は、その後の環境法、技術安全法（technisches Sicherheitsrecht）、化学物質法（Chemikalienrecht）、食品安全法（Lebensmittelsicherheitsrecht）、医薬品安全法（Arzneimittelsicherheitsrecht）といった諸分野においてますます顕著になっていく。

ちなみに、営業法一六条一項において、危険と並んで、相当の不利益（Nachteil）と迷惑（Belästigung）があげられているのも、脱警察化の傾向と関連している。[25]本来の危険イメージにはぴったり当てはまらないような不利益・迷惑でも、危険の範疇に含めて観念されるようになってきたことが、こうした規定の仕方に表れているのである。このことは後述する危険概念の拡大とも一致する。

（4）危険概念の内容

判例・通説によると、危険とは「ことがそのまま推移すれば、ある状態あるいはある行為態様が、十分な蓋然性をもって、公共の安全あるいは公共の秩序という保護法益に対する損害を引き起こすであろうような状況」をいうと定義されている。[26] この危険を防止することが行政の任務であるが、危険が現実化して、実際に損害が発生してしまった場合は、行政は被害の除去・回復に努めなければならない。危険の防止は被害の除去・回復と密接につながっている。[27] それゆえ、危険防止に関する法は原状回復まで含んで観念されるのが一般的である。[28]

右の定義からすると、危険概念の構成要素として重視すべきは、損害発生の「十分な蓋然性」、保護法益としての「公共の安全あるいは公共の秩序」、そして発生するかもしれない「損害」の三つであろう。

このうち保護法益としての「公共の安全あるいは公共の秩序」については、「公共の安全」が「一方で市民の生命の不可侵性、健康、名誉、自由、財産、他方で法秩序と国家諸制度の不可侵性」を指し、「公共の秩序」が「公共における個人の行為態様のための不文ルールの総体であって、その遵守が、そのときどきの支配的な見解によれば、秩序づけられた公民の社会生活にとって不可欠の前提だと考えられるもの」を指すといわれている。[29] それから「損害」とは「警察上の保護法益に対する些細とはいえない侵害」であって「単なる迷惑、不利益、不便、味気なさでは不十分」とされる。しかし、環境法規に見られる「相当の不利益」、「相当の迷惑」も損害に含めて考える傾向にあることが指摘されている。[30]

問題は損害発生の「十分な蓋然性」である。十分な蓋然性があればよいということは、損害発生は必ずしも確実であることを要しないということである。さらに、それは発生確率五〇パーセント以上というような数学的蓋然性を意味するものでもない。[31] 損害発生の十分な蓋然性があるか否かの判断は、経験則に基づいた予測に依拠するもの

であると同時に、価値衡量に基づいた規範的判断なのである。したがって、十分な蓋然性の有無は、発生する損害が重大であればあるほど、保護法益の重要性が大きければ大きいほど、損害発生の確率は小さくてもよいという反比例原則（別名Je-Desto定式）によって判断されなければならないという。[32] たとえば、人間の生命が害される可能性がある場合は、たとえその発生確率が低い場合であっても、危険ありと見なされることがある。そして、危険の存在が肯定されれば、その防止に要する費用や技術的実現可能性にかかわりなく、危険防止の措置がとられなければならない。[33] 損害発生の予測は経験則に基づいてなされるが、その場合も事案に特殊な要因まであえて考慮する必要はなく、通常の状況を想定してなされればよい。

（5）危険概念の拡大―危険の疑い

警察法上の危険概念が環境法や技術安全法の領域でも用いられ、脱警察化されるとともに、その輪郭がぼやけ始め、それまでの危険防止の法概念がそのまま通用しなくなってきたことが指摘されている。それはとりわけ、何をもって損害発生の十分な蓋然性があると見るかという判断に表れている。[34]

既に述べたように、危険の有無の判断は経験則に基づく予測であるから、行政が何もしなければ損害が発生するだろうと経験的・一般的に観念できなければならない。が、こうした発想は、経験則では歯が立たない問題に直面すると、とたんに思考の苦境に陥ってしまう。たとえば、技術の安全性をチェックすることで、危険を防止しようとする行政活動の場合、その技術の不全によってどの程度の確率で当該機械が故障し、事故が発生するかといった問題に対して行政は、過去の実験・観察データや統計情報を基礎にした科学的判断でもって対処しようとするものである。もちろん、それは単なる機械的判断ではなく、損害の範囲、保護法益の重要性、損害発生の確率などを総合的に考慮した規範的判断であるから、上述の意味での危険判断にほかならない。しかし、過去の実験・観察デー

タや統計情報がほとんどなく、経験則が当てにならない新しい事態が発生すれば、どうなるのだろうか。そこに危険があるかないかの判定を下すこともできなくなるのではないか。[35] というのも、その場合、事実そのものに不知不明があって、事実の存否自体を評価することができないからである。

ドイツの判例・学説はこうした「認識の領域ないし危険を根拠づける事実の評価における不可知」に以前から気づいており、それを危険そのものとは区別される「危険の疑い（Gefahrenverdacht）」と名付けて取り扱ってきた。[36] たとえば、「かつて工場用地として使用されていた土地に地下水を汚染する物質が含まれているのか否か、匿名の爆破予告を真面目に受け取ってもよいか否か、教会の塔の先に緩い石があるのか否か、ある人が重罪を犯す意思を持っているという情報が正しいのか否か」[37] といった場合のごとく、事実がはっきりと分からないときに、危険の疑いがあるとされてきた。もしそれが事実であれば、危険があるということができるのだが、事実か否か分からなければ、まだ危険の疑いにすぎないというのである。しかし、危険の疑いだけでは行政は何もできないのか、それとも結局のところ、危険がある場合と同様に扱ってもよいのだろうか。

通説によれば、危険の疑いも「根拠がある（begründet）」限り、危険と同視できるし、それゆえ、危険防止の措置をとってもよいとされている。特に、危険が本当にあるのか否かを確認するため、必要な究明措置をとってもよく、しかも、危険究明介入（Gefahrerforschungseingriff）と呼ばれる権力的行為をとってもよいとされる。ただし、危険究明介入は比例原則の厳格な適用を受けつつ、法律の根拠に基づいて行われなければならない。とはいうものの、個別法律の根拠がなければ、警察法上の一般条項に依拠して行われてもよいといったプラグマティックな運用がなされているため、法的な疑義が絶えず投げかけられている。

危険の疑いという概念は、危険概念の拡大によって生み出された。その意味で、危険の範疇でもって観念されて

いる。しかし、これは近時のリスク概念とも同視しうる。たとえば、ディ・ファビオは「ＢＳＥのような動物の病気は、牛肉を食べることで人間にも移る可能性があるのか」という問題を危険の疑いの例としてあげている。[38] が、ＢＳＥの場合だと、危険究明介入をとっても事実が解明されるとは限らない。だとすれば、そこでの介入は最後まで事実の有無が分からないまま行われることになるだろう。これはまさにリスク事前配慮の問題である。つまり、危険の疑いは限界事例なのである。危険概念から出発したため、警察法では例外に位置づけられたが、リスク管理の領域では、むしろ原則としての位置づけがなされているに過ぎないのである。となると、こうした限界事例においては、危険かリスクかという概念が問題なのではなく、どのような法的取扱いを受けるかが問題なのだといえよう。

（6）事前配慮の概念

事前配慮原則にとって、事前配慮（Vorsorge）の概念は最も重要なものであろう。しかし、これがまた扱いの難しい概念なのである。オッセンビュールによると、ドイツ語の日常用語としての「事前配慮」の語はごくごくありふれたものだといい、語義からすれば「現在の何かを断念することで、将来への備え（Vorrat）を生み出す」という意味になるという。[39] カリースによれば、それは要するに「リスクと相関関係にある一定のチャンスを断念することで、安全への備えを生み出す」ことだとされる。[40] しかし、語義だけではなお漠然としたイメージしか得られない。事前配慮の概念は、ほかの分野においても、たとえば、「生存配慮（Daseinsvorsorge）」、「成長配慮（Wachstumsvorsorge）」、「危険事前配慮（Gefahrenvorsorge）」といった概念として以前から用いられてきた。ところが、これらの概念はいずれも法的な精査を経たものというより、せいぜい問題発見概念でしかなく、法概念とは認められてこなかった。

事前配慮は危険防止と区別されるともいわれる。[41] 危険防止は危険の存在を前提とし、損害の回避を目的とするのに対して、事前配慮は危険の前域（Vorfeld）、すなわち危険の発生前でも行われ、危険そのものの回避を目的とするからである。[42] 確かに、こうした概念上の区別は有益である。しかし、事前配慮の概念が合理性と法的安定性を持つためには、これまで叙述してきた危険概念をめぐる議論との接合性を意識しなければならないと思われる。オッセンビュールの言葉を借りていえば、事前配慮の概念は「最低限度の危険関連性」[43]を備えていなければならないのである。

そのことを理解するためにも、個別立法に関する判例・学説の検討が不可欠になる。各種立法の規定する「危険」、「危険防止」、「事前配慮」、「リスク」といった実定法概念に対して、判例・学説がどのような解釈を施してきたのか、知っておく必要がある。たとえば、イミッシオーン防止法五条一項は一号と二号において、危険防止と事前配慮を区別しているといわれる。また、土壌汚染防止法も危険防止義務（四条）と事前配慮義務（七条）を区別しているといわれる。他方で、原子力法七条二項三号は「損害に対する事前配慮」の語しか用いていないが、これは危険防止と事前配慮を区別しない例だといわれたり、それでも区別はあるといわれたりする。[44] いずれにせよ、その当否は個別規定の解釈論を検討しなければ明らかにならない。

以下では、個別実定法の規定からうかがうことのできる事前配慮原則の具体的諸相を見ていきたい。その際、とりわけ、各種の環境法規を中心に取り上げることにするが、重要性の観点から、ラント法ではなく連邦法の考察が主たる作業とならざるを得ない。それ以外の実定法については、必要な限りで触れるにとどめておく。

四　基本法における事前配慮原則

まず第一に、ドイツ連邦共和国の憲法である基本法の規定の検討から始めたい。基本法二〇ａ条は次のように規定する。(45)

国家は、将来世代に対する責任を果たすためにも、憲法適合的秩序の枠内において、立法を通じて、または法律及び法の基準に従った執行権及び裁判を通じて、自然的生活基盤及び動物を保護する。

この規定は一九九四年一〇月二四日の第四二回基本法改正によって新設されたもので、オリジナルの基本法にはなかったものである。(46)その後、二〇〇二年七月二六日の第五〇回基本法改正によって「動物保護」の文言が挿入され、現在に至っている。

右の文言からも明らかなように、基本法二〇ａ条には「危険」も「危険防止」も「事前配慮」も「リスク」も書き込まれていない。それにもかかわらず、この規定の中に事前配慮原則が具体化されていると解するのが通説である。(47)それはこの規定が「自然的生活基盤及び動物を保護する」という文言を「将来世代に対する責任を果たすためにも」という文言と結びつけて定式化しているからである。

たとえば、ベルンスドルフは次のようにいう。(48)「将来世代に（も）かんがみて自然的生活基盤を保護することを特に強調することによって、二〇ａ条は将来における社会的生活関係の形成を目指した内容を獲得する。国家目標のこの将来関連性から導かれるのは、国家は直接的な危険が発生するずっと前の段階で事前配慮措置をとらなけれ

ばならないということである」。「二〇ａ条は保護委託を優先的に立法者の手に委ねている」。「この行為委託から、一方において危険防止の意味における立法者の保護義務が導かれ、他方において事前配慮の意味における立法者の保護義務が導かれる」。「『事前配慮』の保護義務が念頭に置いているのは、危険の閾値以下での介入という意味でのリスク事前配慮、すなわち、単に理論上考えられる損害発生の際のリスク事前配慮と、資源の倹約ないし資源の保全のための措置という意味での将来世代に対する事前配慮である。その限りにおいて、立法者は事前配慮にとって適切な法を創出しなければならない。これにより事前配慮原則はもはや単なる政策的なプログラム規定ではなくなるのである」。

ベルンスドルフほどはっきりとした言い方をしないとしても、ほかの論者も皆一様に同じような見解を述べている。[49] つまり、一九九四年以降のドイツでは、環境保護が憲法上の国家目標規定になっただけでなく、事前配慮原則が憲法上の地位を獲得したということなのである。

このことは基本法二〇ａ条の制定過程[50]からも基礎づけられる。ドイツでは八〇年代以降、高まる環境保全要求に呼応する形で、基本法に国家目標規定「環境保護」を導入すべきだとする議論が政治上盛んに行われた。しかし、基本法の改正は何度も挫折し、一時は実現不可能かと思われたところ、一九九〇年のドイツ統一によって、そのための基本法改正が急務となり、この作業と連動する形で国家目標規定「環境保護」も再び導入の可能性を見出した。結局、それが実現したのは前述のごとく一九九四年になってからであったが、ここに辿り着くまでに、事前配慮原則をめぐる議論が継続していたことを見逃すべきではない。なぜなら、七〇年代、八〇年代の環境論議はすべて基本法二〇ａ条制定の知的背景をなしており、事前配慮原則をめぐる議論も基本法二〇ａ条の内容形成に影響を及ぼした可能性が十分にあるからである。

さらに、一九九〇年五月一八日の通貨・経済・社会同盟創設に関する東西ドイツ国家条約一六条二項と一九九〇年八月三一日の東西ドイツ統一条約三四条一項に、原因者負担原則や協働原則と並んで、事前配慮原則の語が明記されていたことも根拠となる。[51] 統一条約四五条二項によって、ドイツ統一後、この条約は連邦法として存続するものとされた。そのため、基本法二〇ａ条が創設されるまでは、統一条約三四条一項の環境保護規定が「基本法には今なお欠けている国家目標規定『環境保護』のための一種の代用品（Surrogat）」として機能するとの見解もあった。[52] あるいは、仮にこの規定が憲法的地位を持たないとしても、「特別の威厳」を備えているがゆえに、立法者が環境保護義務を免れるのは困難になっていると述べる見解も現れた。[53] そして、その後、基本法二〇ａ条が設けられることによって、ようやく統一条約三四条一項の内容が憲法化されるに至ったと理解されたのである。それは同時に、事前配慮原則の憲法化を意味している。

とはいえ、抽象的な事前配慮原則が憲法上の地位を獲得したといっても、それだけでは特に見るべき法的効果を期待することはできない。もちろん、ムルスヴィークがいうように、[54]「原則として、あらゆる回避可能な環境侵害が基本法二〇ａ条に違反する。公的・私的目的の実現のため、様々な等価値のオルタナティヴが使える場合で、そのうちの一つが環境に対して比較的小さな負担しか課さない場合は、少なくとも、環境に優しい方のオルタナティヴが選ばれなければならない。このことは、そのようなオルタナティヴがまず探索されなければならないということである」との帰結は、ここから引き出されるのであろう。しかし、事前配慮原則の具体的諸相を探るためには、憲法から始めるだけでなく、そこからさらに下位の法律に目を向け、それらの解釈適用の実態を考察する必要があるだろう。とりわけ憲法の命を受けた決定権者たる立法者は「将来を見通し責任を意識した行為」[55]によって、事前配慮原則を具体化する立法を行わなければならないのだから、関連する現行の実定法規定を十分に検討すれば、立

法者によって実際に行われた具体化の内容も明らかにされるはずである。

そこで次節以下においては、連邦の個別法律を順番に検討していくことにしたい。

（1）　拙稿「環境法における予防原則の展開（一）」阪大法学五三巻二号六頁（二〇〇三年）。

（2）　拙稿・註（1）七頁。

（3）　U.Di Fabio, Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in : FS W.Ritter zum 70. Geburtstag, 1997,S.807 (819) ; R.Schmidt, Der Staat der Umweltvorsorge, DÖV 1994,S.749 (755).

（4）　ドイツ法における「危険」の概念については、桑原勇進「危険概念の考察」『金子宏先生古稀祝賀　公法学の法と政策・下巻』六四七頁（有斐閣・二〇〇〇年）、須藤陽子「ドイツ警察法における危険概念の展開」大分大学経済論集四八巻三・四号二八八頁（一九九六年）参照。

（5）　D.Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.80 ff.

（6）　U.Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994,S.117.

（7）　F.Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S.161 (163).

（8）　Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (UGB-KomE), 1998,S.440,442.

（9）　R. Breuer, Anlagensicherheit und Störfalle - Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, NVwZ 1990, S.211(213 f.). Vgl, ders., Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, DVBl 1978, S.829(833 ff.). 戸部真澄「ドイツ環境行政法におけるリスク規制（上）」自治研究七八巻七号一一二頁（二〇〇二年）、下山憲治「ドイツ公法学におけるリスク管理手法研究序説」行政社会論集一五巻一号五〇頁（二〇〇二年）も参照。

（10）　ブロイヤーのそれを含む三段階構想一般の詳しい検討については、Vgl. A.Reich, Gefahr-Risiko-Restrisiko, 1989, S.134 ff.

（11）　Breuer (Anm.9), S.214.

（12）　Breuer (Anm.9), S.213.

（13） 残存リスクについて、連邦憲法裁判所のカルカー決定（BVerfGE 49,89(143)）―高田敏解説・ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例（第二版）』三六九頁（信山社・二〇〇三年）参照）は次のように述べている。「その保護義務にかんがみ、技術施設とその操業を許容することによって、ひょっとしたら生じるかもしれない基本権への危殆化を、絶対的な安全性でもって排除する規律を立法者に要求することは、人間の認識能力の限界を見誤るものであり、一般に技術利用の国家によるあらゆる許容を駆逐するものであろう。その限りで、社会秩序の形成のためには実践理性に基づく判断で満足しなければならない。生命・健康・財産への損害に関して、原子力法一条二号と七条二項に定められた最善の危険防止とリスク事前配慮の諸原則を通じて、立法者は一つの基準を定立した。それによると、許可が与えられるのは、科学技術の水準から見て、そのような損害の発生が実践上排除されたと思われる場合に限定される。実践理性というこの敷居の向こう側に不確実性があるわけだが、その原因は人間の認識能力の限界にある。それゆえ、この不確実性は不可避であって、その限りで社会的に相当な負担として、すべての市民によって甘受されなければならない」。

（14） U.Di Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko : Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, JURA 1996, S.566. 下山・前掲論文註（9）五一頁。

（15） Breuer (Anm.9), S.213 f.

（16） なお、下山・前掲論文註（9）五六頁も参照。

（17） Di Fabio (Anm.14), S.567.

（18） 同様の問題意識に立って危険概念を検討する我が国での先行業績として、既に桑原・前掲論文註（4）があるため、本稿では全体の叙述に必要な限度での考察にとどめるものとする。

（19） 以下の叙述は、桑原・前掲論文註（4）やDi Fabio (Anm.14), S.567 ff. のほか、K.H.Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht ; in : E.Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10.,Aufl.,1995, S.101 ff; B.Drews / G. Wacke / K.Vogel / W.Martens, Gefahrenabwehr Allgemeines Polizeirecht（Ordnungsrecht）des Bundes und der Länder, 9.,Aufl., 1986, S.219 ff. を参考にしている。

（20） PrOVGE 9,353,376 f. この判決においてプロイセン上級行政裁判所は、警察の職務は危険の防止であることを理由に、ベルリン・クロイツベルク戦勝記念碑を展望できるようにするという景観保全の観点から建築物の高さ制限を行う

警察命令を無効としている。

(21)　一例として、ベルリン一般安全・秩序法(Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz)はその一条一項において「秩序官庁と警察は、公共の安全・秩序に対する危険を防止する任務を負う（危険防止）。また、この任務の範囲内で、危険事例における援助と行動のために、必要な準備もしておかなければならない」と規定する。Vgl., N.Trojahn, Die Gesetze über die Berliner Verwaltung, 2001, S.88.

(22)　ドイツの営業警察の展開過程については、保木本一郎『原子力と法』三頁（日本評論社・一九八八年）、同「ドイツにおける営業警察の展開（一～三・完）」社会科学研究一九巻五号一頁、六号八〇頁、二〇巻二号四九頁（一九六八年）が詳しい。

(23)　Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 22.12.1959, BGBl.,S 781.

(24)　Friauf (ANm.19), S.117. 保木本・前掲論文註（22）「ドイツにおける営業警察の展開（二）」一四九頁参照。

(25)　Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.222.

(26)　Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.220.

(27)　Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.220.

(28)　そのためであろうか、Gefahrenabwehr の訳語として、危険の防止と除去の両方を含意した「危険防除」の語を当てる例も多い（たとえば、桑原・前掲論文註（4）六四九頁、下山・前掲論文註（9）四九頁など）。本稿ではあえて「危険防止」の語を当てているが、それは日本語としての据わりのよさを重視したためであって、被害の除去・回復のことを無視しているためではない。

(29)　Friauf (Anm.19), S.118 ff. ; Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.232 ff.,245. 桑原・前掲論文註（4）六五一頁。

(30)　Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.221 f.

(31)　Di Fabio (Anm.14), S.568.

(32)　Friauf (Anm.19), S.125 f. ; Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.223 f. 桑原・前掲論文註（4）六五二頁、

下山・前掲論文註（9）四九頁、戸部・前掲論文註（9）一一二頁参照。

（33） A.Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, Verw.Arch 1993,S.484 (490).

（34） Di Fabio (Anm.14), S.568.

（35） ディ・ファビオ (Di Fabio (Anm.14), S.568 f.) いわく「もし事態が十分に解明できないのであれば、専門家は一義的な情報を提供しないし、日常の経験も統計的な相関性も何の役にも立たない。もし損害の因果関係を確定する実験も、何らの科学モデルも存在しないのであれば、警察法上の十分な蓋然性はもはや肯定できない。というのも、必要とされる評価の確実性でもって、通常認められるような可能性をもはや確認することができないからである」。この問題についての理論的検討として、中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望—自己決定の諸相』二五三頁（有斐閣・二〇〇四年）も参照。

（36） 以下の叙述は、Friauf (Anm.19), S.126 ff.; Drews / Wacke / Vogel / Martens (Anm.19), S.226 f.; Di Fabio (Anm.14), S.568 f. 戸部・前掲論文註（9）一一三頁のほか、R.Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslagen, in : FS für W.Martens,1987, S.317 ff. 下山憲治「危険の予測とその防止手段に関する一考察」『新井隆一先生古稀記念　行政法と租税法の課題と展望』一六七頁（成文堂・二〇〇〇年）、桑原勇進「非『客観的』危険」『塩野宏先生古稀記念　行政法の発展と変革・下巻』六七七頁（有斐閣・二〇〇一年）を参考にしている。

（37） Friauf (Anm.19), S.126.

（38） Di Fabio (Anm.14), S.568.

（39） Ossenbühl (Anm.7), S.162.

（40） Ch.Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S.176.

（41） M.Kloepfer, Umweltrecht, 3.Aufl., 2004, S.176 f.

（42） Ossenbühl (Anm.7), S.162 ; Schmidt (Anm.3), S.753 f.

（43） Ossenbühl (Anm.7), S.166.

（44） Kloepfer (Anm.41), S.176 f.

（45） 基本法の条文については、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第三版）』（信山社・二〇〇一年）参照。

(46) 基本法二〇ａ条「環境保護」に関する邦語文献はかなり多い。さしあたり岡田俊幸「環境保護の国家目標規定（基本法二〇ａ条）の解釈論の一断面」『栗城壽夫先生古稀記念　日独憲法学の創造力・下巻』四四九頁（信山社・二〇〇三年）、桑原勇進「国家目標規定『環境保護』」東海法学二八号三五頁（二〇〇二年）、岩間昭道「ボン基本法の環境保全条項（二〇ａ条）に関する一考察」栗城壽夫・戸波江二・青柳幸一編『未来志向の憲法論』二六九頁（信山社・二〇〇一年）、赤坂正浩「ドイツ基本法への環境保護規定の導入」比較憲法学研究一三号別冊一頁（二〇〇一年）、ディートリッヒ・ムルスヴィーク・岡田俊幸訳「国家目標としての環境保護」栗城壽夫・戸波江二・青柳幸一編『人間・科学技術・環境』二五七頁（信山社・一九九九年）、浅川千尋「最近のドイツにおける社会的基本権と社会的国家目標規定をめぐる議論について」『榎原猛先生古稀記念論集　現代国家の制度と人権』四四八頁（法律文化社・一九九七年）、ミヒャエル・クレップファー・高橋明男訳「国家目標としての環境保護」阪大法学四六巻三号一五七頁（一九九六年）、ヴィンフリート・ブローム・大橋洋一訳「社会的基本権と憲法における国家目標規定（一～二・完）」自治研究七〇巻五号五九頁、七〇巻七号二九頁（一九九四年）を参照されたい。

(47) Vgl. H.D.Jarass / B.Pieroth, GG-Kommentar, 7.Aufl., 2004, S.581 f.

(48) N.Bernsdorff, Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz (Art.20 a GG), NuR 1997, S.328 (332).

(49) M.Kloepfer, Umweltschutz und Recht, 2000, S.230 f. クレップファー・前掲論文註（46）一六七頁、K.Waechter, Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, S.321 (325 f.); D.Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art.20 a GG), NVwZ 1996, S.222 (225,227). ムルスヴィーク・前掲論文註（46）二六三頁、二六八頁。

(50) 基本法二〇ａ条の制定過程に関する邦語文献としては、岡田俊幸「ドイツ憲法における『環境保護の国家目標規定（基本法二〇ａ条）』の制定過程」栗城壽夫・戸波江二・青柳幸一編『未来志向の憲法論』二二三頁（信山社・二〇〇一年）、浅川千尋「基本法改正論議と国家目標規定について」天理大学学報一七一号一七九頁（一九九二年）、同「西ドイツにおける国家目標規定『環境保護』をめぐる最近の論議について」阪大法学四〇巻二号一〇五頁（一九九〇年）参照。

(51) 統一条約三四条一項では「事前配慮原則、原因者負担原則、協働原則を遵守しながら、人間の自然的生活基盤を保護し、エコロジー的生活関係の統一性を高い水準において、少なくともドイツ連邦共和国において達成されていた水準

において促進することが立法者の任務である」と規定された。

（52） M.Kloepfer, Umweltrecht im geeinten Deutschland, DVBl 1991, S.1 (4).

（53） H.H.Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz-Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufnehmen?, DVBl 1991, S.729 (732).

（54） Murswiek (Anm.49), S.227. ムルスヴィーク・前掲論文註（46）二六七頁。

（55） Kloepfer (Anm.49), S.234. クレプファー・前掲論文註（46）一七〇頁。

［付記］本稿は二〇〇二年度科学研究費補助金・基盤研究（A）「市民的生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証」（研究代表者・平田健治）の成果の一部である。