

差止請求と行政手続

— 請求権排除 (Anspruchspräklusion) の法構造 —

湊 二郎

- 1 はじめに
- 2 連邦イミシオン防止法
- 3 行政手続法
- 4 水管理法
- 5 請求権排除の特質
- 6 おわりに

1 はじめに

ドイツにおいては、許認可等を受けて設置された施設の除去を求める請求権や、当該施設の使用の差止を求める請求権（侵害の除去ないし不作為を求める請求権は、防禦請求権 (Abwehranspruch) と呼ばれる¹⁾）が、制定法の定めにより排除されることがある。この仕組みは近時、「請求権排除 (Anspruchspräklusion)」と呼ばれることがあるが²⁾、本稿は、この請求権排除の仕組みがいかなる特質を有しているのかを明らかにするとともに、仮に日本において同種の制度を設けるとすればいかなる事項に留意すべきなのか

¹ Vgl. Achim Seidel, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz (2000), Rn.839, 985; Jörg Fritzsche, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2 (2003), § 1004 Rn.5-6; Peter Bassenge, in: Otto Plandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63.Aufl. (2004), § 906 Rn.1. なお、「防禦請求権」の語は、連邦イミシオン防止法14条、遺伝子技術法23条において（日本風に言えば条文見出しにあたる部分で）用いられている。

² Vgl. Kerstin Brandt, Präklusion im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1997, 233(236); Seidel (Anm.1), Rn.866, 994; Markus Thiel, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der (materiellen) Präklusion im Fachplanungsrecht, DÖV 2001, 814(816).

を示すものである³。ここで結論的なことを言えば、ドイツの請求権排除は、確かに施設の利害関係人が有する防禦請求権を排除ないし制限するものではあるが、他方で当該利害関係人に種々の権利を与えるものであって（場合によっては防禦請求権を認めたのと同じ結果がもたらされることもありうる）、施設の設置等に係る利益調整のあり方として是認される内容を有しているといえる。ただしドイツの制定法には、規律の不統一ないし不完全な部分があり、改善が望まれる点も存在するので、注意が必要であると考えられる。

次に本稿の構成について説明する。本稿の検討対象はドイツにおける請求権排除の仕組みであるが、この制度はその根拠法の定めに応じて次の3つに区分することができる。①連邦イミシオン防止法（BImSchG）に定めるもの（原子力法（AtG）、航空法（LuftVG）において準用されており、遺伝子技術法（GenTG）にも同趣旨の規定がある）、②行政手続法（VwVfG）に定めるもの（計画確定手続）、③水管理法（WHG）に定めるもの（連邦水路法（WaStrG）において準用されている）である⁴。そこで本稿は、この3つの仕組みそれぞれについて、制度化の背景およびその構造について検討を加える（本稿2～4）。その後、ドイツにおいてこれらの制度がどのような評価を受けているのかを示した上で、本稿の視点からも評価を行う（本稿5）。以上のようなドイツ法の検討から、日本法にとってどのような示唆が得られるのかについては、最後に指摘する（本稿6）。

個別法の検討に移る前に、排除の対象となる防禦請求権について簡単に説明する。通常裁判所のほかに行政裁判所が設けられているドイツにおいて、

³ 本稿に関連する先行研究としては、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、1988年）33頁以下、山下竜一「ドイツにおける許可の私法関係形成効（1）～（3・完）——わが国の公定力との関係を中心に」大阪府立大学経済研究42巻1号1頁以下、42巻3号1頁以下、43巻3号1頁以下（1997～8年）、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）326頁、404頁以下、山田洋「自動車排ガス被害と権利保護——ドイツの現状と課題」一橋大学法学研究36号（2001年）3頁以下等がある。

⁴ Vgl. Hans D. Jarass, *Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht*, VVDStRL 50 (1991), 238(244). その他の整理の仕方としては、vgl. Brandt (Anm.2), S.236-7; Rüdiger Breuer, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 12.Aufl. (2003), 5.Kap Rn.102-9; Michael Kloepfer, *Umweltrecht*, 3.Aufl. (2004), § 6 Rn.19.

防禦請求権は、通常裁判所でその存否が争われる「私法上の防禦請求権」と、行政裁判所による審理判断の対象となる「公法上の防禦請求権」とに区分される。

私法上の防禦請求権は私人を相手方とするものであり、これに関する制定法の定めとして民法（BGB）1004条および906条がある。これらの規定によると、所有権を侵害される者は、侵害者に対し、侵害の除去ないし不作為を求めることができる（1004条1項）。しかし、土地の所有者は、「ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、騒音、振動の侵入及び他の土地から発生する類似の作用を、その作用が自己の土地の利用を侵害しない場合又はその侵害が本質的ではない（unwesentlich）場合には、阻止できない」（906条1項）。また土地利用の侵害が本質的であるとしても、それが「他の土地の、当該地域における通常の（ortsüblich）利用によって惹起される場合で、かつこの種の土地利用者にとって経済的に可能な（zumutbar）措置によっては阻止できない場合」も同様である（906条2項）。従って土地所有者が、私人たる侵害者に対して防禦請求権を主張できるのは、侵害が本質的であり、かつその侵害が、①当該地域において通常とはいえない相手方の土地利用に起因する場合か、②侵害者と同種の土地利用者にとって経済的に可能な措置によって阻止できる場合ということになる⁵。

これに対して公法上の防禦請求権は高権主体（Hoheitsträger）を相手方とするものである⁶。公法上の防禦請求権について定める明文の規定は存在せず、その根拠および要件は解釈に委ねられている。この点につき連邦行政裁判所は、「高権的に運営される施設から生じるイミシオンに対する近隣住民

⁵ 中山充「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展（2）」民商法雑誌74巻4号（1976年）73頁。詳細については、vgl. Seidel (Anm.1), Rn.888-910; Fritzsche (Anm.1), § 906 Rn.19-66; Bassenge (Anm.1), § 906 Rn.4-30. また、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画の関係（1）——ドイツ相隣法の考察」早稲田法学74巻4号（1999年）291頁以下も参照。

⁶ 公共施設に起因する侵害は、公法上の防禦請求権により対処すべきこととなるのが通例であるが、設置管理の形態に応じて、私法上の防禦請求権の対象となる場合もある。Vgl. Seidel (Anm.1), Rn.793-7; Hans-Jürgen Papier, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl. (2003), § 45 Rn.7; Bassenge (Anm.1), § 906 Rn.47-8.

の防禦請求権の根拠は何か、すなわち基本法〔GG〕2条2項1文〔生命・身体の不可侵の権利〕・14条1項〔所有権〕に基づく基本権的防禦請求権なのか、民法1004条・906条の類推適用なのか、それとも公法上の結果除去請求権なのか」という問題には答えず、侵害の「受忍限度の判断基準は、どの場合でも同じである」との立場から、連邦イミシオン防止法の概念を用いて（被害者の受ける不利益ないし迷惑が「著しい（erheblich）」ものであるか否かという観点で）審理判断を行っている⁷。従って判例によれば、高権的活動に起因するイミシオンにより、「著しい」被害を受ける者は、公法上の防禦請求権を主張できることになる⁸。

以下では、このような防禦請求権を排除ないし制限する仕組みを、その根拠法に則して検討する⁹。

2 連邦イミシオン防止法

連邦イミシオン防止法（1974年制定）14条は、次のように定めている。「ある土地から近隣の土地に及ぼされる不利益作用を防禦するための、私法上の、特別の権原に拠るもの以外の請求権に基づいて、許可に不可争力が生じた施設の稼働の差止を求めることはできず、不利益作用を排除するための措置のみを求めることができる。そのような措置が技術の水準に照らして実施できない場合又は経済的に是認できない（nicht vertretbar）場合には、損害賠償のみを求めることができる」。この規定は、原子力法7条1項に基づ

⁷ BVerwG, Urteil vom 19. 1. 1989, BVerwGE 81, 197 (199-200); vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 29. 4. 1988, BVerwGE 79, 254 (257-60). 連邦イミシオン防止法の適用が免除された施設に起因する侵害の受忍限度を判断するにあたっては、憲法が援用されている。Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. 5. 1991, BVerwGE 88, 210 (213-4).

⁸ 詳細については、vgl. Hans Peter Köckerbauer/Ruth Büllesbach, Der öffentlichrechtliche Unterlassungsanspruch, JuS 1991, 373(374-8); Hans-Dieter Sproll, Staatshaftungsrecht 5.Teil. Öffentlichrechtlicher Unterlassungsanspruch, JuS 1996, 313 (316-8); Seidel (Anm.1), Rn.982-9. なお、連邦イミシオン防止法の概念と民法906条との関係については、宮澤俊昭「環境法における私法の役割（前篇）(2)——ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完」一橋法学2巻2号（2003年）260頁以下も参照。

⁹ 本稿は、環境親和性審査法（UVPG）には触れない。なぜならこの法律の制定は、請求権排除については全く影響を及ぼしていないと考えられるからである。

く許可を受けた施設から発生する作用について準用され（同条6項）、航空法により飛行場について準用されている（同法11条）ほか、遺伝子技術法にも同法に基づく許可を受けた遺伝子技術施設等について同趣旨の定めがある（同法23条）。以下では、連邦イミシオン防止法がこのような規定を設けた背景を簡単に紹介する。

(1) 制度化の背景

連邦イミシオン防止法の政府草案理由書は、同法14条が、1869年に制定された営業法（GewO）26条に倣ったものであることを示している¹⁰。そこで、営業法に定められていた許可手続を概観する。同法によれば、「地域の状況又は事業の性質により近隣住民又は公衆にとって著しい不利益、危険又は迷惑を惹起し得る施設」を設置するには、行政庁の許可が必要である（16条）。許可申請がなされた場合、事業案が公示されるとともに、当該施設に対する異議の申出は14日以内になすべきことが公示される。この期間が経過すると、私法上の権原に拠るもの以外の異議は排除される（17条）。異議申出がなされた場合、特別な私法上の権原に拠る異議は裁判所の判断に委ねられるが、それ以外の異議については当事者を参加させた上で口頭審理が行われる。許可・不許可の決定は事業者および異議申出人に告知される（19条）。決定に不服がある者は、直近上級行政庁に対する不服申立（Rekurs）をすることができる（20条）。

以上が営業法に定める許可手続の概要であるが、この手続を経て許可を受けた施設につき、同法26条は次のように規定していた。「現行法が、ある土地から近隣の土地に及ぼされる不利益作用の防禦のために、近隣の土地の所有者又は占有者に私訴（Privatklage）を認める場合、この訴えにおいては、行政庁の許可を受けて設置された営業施設に対しては、営業活動の差止を求めることはできず、不利益作用を排除する施設の設置のみを求めることができ、そのような施設が設置できない場合又は適切な営業活動と両立し得ない場合には、損害補償（Schadloshaltung）のみを求めることができる」。

¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 30. 11. 1971, BT-Drucks. 6/2868, S.36.

この営業法26条は、現行の連邦イミシオン防止法14条とほぼ同一内容のものといえる。そしてその趣旨については、バール (Baehr) 議員の議会における次のような発言が参考になる。営業法草案には26条に相当する規定は存在しなかったところ、同議員は、「普通法 (Gemeines Recht) によれば、土地所有者は、近隣の土地から自己の土地に及ぼされる一定の不利益作用の故に、隣地所有者に対して私訴を提起できる」こと、そして「これは、最終的には、営業を完全に中止しなければならない結果となるかもしれない」ことを指摘し、「この最悪の結果は、営業活動についての現在の見方と両立しえないし、絶対の正義の要求とみることもできない」と述べた。そこで同議員は、「その訴えは、不利益作用を除去する施設の設置のみを求めうるものとし、これが設置できない場合には、営業活動の継続を前提に、損害補償のみを求めうるものとする」ことを主張した¹¹。営業法26条は、このような主張に沿って設けられたものと考えられるが、この規定が営業活動の保護、事業者の保護を目的としていたことは明らかである¹²。ただし、営業法においても、許可手続における異議申出権が広く認められていたり、一定の私法上の権利の存在が明記されていたりするなど、利害関係人の権利利益が全く顧慮されていなかったわけではない。

この両者の観点をより明確に示しているのが、連邦イミシオン防止法の政府草案理由書である。これによると、同法14条により事業者と隣人との間の私法上の法関係は、やはり「許可された施設の存続を保障するために」変更される。しかし他方で、「そのような形での隣人の法的地位の制限が正当化されるのは、隣人が施設の設置および稼働に対する異議を正式手続において手続参加人として主張する機会を有する場合に限られる」との指摘がなされている¹³。そこで以下では、同法に定める請求権排除の前提となる、許可の

¹¹ Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, Sten. Ber. 1869 Bd.1, S.281.

¹² Vgl. Johann W. Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts (1989), S.25; Gerhard Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit (1989), S.171; Franz-Joseph Peine, Privatrechtsgestaltung durch Anlagengenehmigung, NJW 1990, 2442 (2443).

¹³ Vgl. Gesetzentwurf eines Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Anm.10), S.36. この点については、山下・前掲注(1)「私法関係形成効(2)」5頁以下も参照。

仕組みを概観する。

(2) 許可の仕組み

連邦イミシオン防止法によれば、「その性質又はその稼動に基づき、有害な環境作用を惹起すること、又は別の形で公衆若しくは近隣に危険、著しい不利益、若しくは著しい迷惑を及ぼすこと……に特に適した施設」の設置および稼動には、許可が必要である（4条）。具体的にどのような施設につき許可が必要か、また許可が必要である場合にいかなる手続（正式許可手続・略式許可手続）をとるべきかについては、第4施行令（4.BImSchV）がこれを定めている¹⁴。

正式許可手続がとられる場合、許可申請書は必要書類を添えて行政庁に提出されなければならない（10条1項）、その書類は、第三者が施設の影響をどの程度受けることになるのかを当該第三者自身が判断しうるものでなければならない（10条2項）。申請がなされた場合、事業案が公報および新聞で公示され、公示後1ヶ月間申請書および必要書類が縦覧に供される。縦覧期間満了後2週間を経過するまでは、誰でも事業案に対する異議の申出ができる。異議申出期間経過後は、すべての異議が排除される（10条3項）¹⁵。前項に定める公示においては、申請書等が縦覧に供される日時・場所、異議申出すべき官署、異議申出期間徒過の効果、口頭審理の期日等があわせて示される（10条4項）。異議申出期間経過後、許可庁は期間内に申出のあった異議につき事業者および異議申出人に参加の機会を与えた上で口頭審理を行う（10条6項）。許可決定は、理由を付して、事業者および異議申出人に送達される（10条7項）。

¹⁴ Vgl. auch Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Voßkuhle, Umweltrecht, 5.Aufl. (2003), § 10 Rn.139-42; Breuer (Anm.4), 5.Kap Rn.174; Kloepfer (Anm.4), § 14 Rn.91.

¹⁵ この規定により排除された異議を、許可に対する取消訴訟において主張することは許されない。これに対して、民事訴訟はこの規定による制約を受けないと解されている。Vgl. Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz Kommentar, 5.Aufl. (2002), § 10 Rn.98-9. なおこの仕組みは近時、「異議排除（Einwendungspräklusion）」と呼ばれることがある。Vgl. Brandt (Anm.2), S.234; Thiel (Anm.2), S.816. これについては、大西有二「異議申立排除の効力と住民の参加責任——西ドイツ原子力発電所許可手続をめぐって」北大法学論集33巻2号（1982年）433頁以下も参照。

連邦イミシオン防止法に定める施設設置稼動許可の実体的要件のうち、最も重要と考えられるものは、同法5条1項1号に定める事業者の義務である。これによると、事業者は要許可施設を、「有害な環境作用並びにその他の公衆及び近隣に対する危険、著しい不利益及び著しい迷惑が惹起され得ない」ように設置・稼動しなければならない。この義務が遵守されることが許可の要件であり（6条）、その遵守を確保するために必要がある場合には、許可に条件・負担が付されることがある（12条）。

許可がなされた後、利害関係人は行政裁判所に取消訴訟を提起できる場合がある。行政裁判所法（VwGO）によれば、行政行為によって「権利を毀損されている」と主張する者は取消訴訟を提起でき（42条2項）、「行政行為が違法であり、かつ原告がそれによって権利を毀損されている場合」には、裁判所は行政行為を取消す（113条1項）。行政行為の第三者がここにいう「権利」を有するか否かを判断するにあたり、連邦行政裁判所は、「公法規範が第三者保護効果（*drittschützende Wirkung*）をもつか否か」に注目している。これが肯定される場合には、当該第三者は「その法規の遵守を要求しうべき」とされる（このような考え方を「保護規範理論（*Schutznormtheorie*）」という）¹⁶。連邦イミシオン防止法の規定では、前記5条1項1号に第三者保護効果が認められている。従って、判例によれば、「施設の作用範囲（*Einwirkungsbereich*）内に居住する第三者は、連邦イミシオン防止法5条1項1号において自己に与えられた保護及び防禦権を用いて、事業者に与えられたイミシオン防止法上の許可を争うことができる¹⁷」。なお、行政裁判所法によれば、異議審査請求（*Widerspruch*）期間および出訴期間は、行政行為の告知ないし異議審査請求に対する決定の送達後1ヶ月である（70条、74

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 24. 9. 1998, BVerw GE107,215(220); vgl. auch Seidel (Anm.1), Rn.108-16; Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Anm.14), § 5 Rn.105; Kloepfer (Anm.4), § 8 Rn.20-1. また、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリスト1239号（2003年）109頁以下も参照。

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 11. 12. 2003, NVwZ 2004, 610(611). 既に営業法に基づく許可について、第三者がこれを行政裁判所で争えることが認められていたが、当時においては、許可が第三者の私法上の権利を制限するものである点が重視されていた。Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. 10. 1967, BVerwGE 28. 131(135).

条)。

以上の通り、正式許可手続がとられる場合、事業案に異議を有する者は、手続に参加して自らの意見を主張することができる。許可庁は、少なくともこれを考慮しなければならず、必要に応じて許可に条件等を付すことができる。また、利害関係人が異議を申出たにもかかわらず許可がなされた場合、当該利害関係人は連邦イミシオン防止法5条1項1号違反を主張することにより、行政裁判所に出訴できる。以下では、許可に不可争力が生じた後に、利害関係人がどのような権利を失い、どのような権利を保持するのかを検討する。

(3) 許可に不可争力が生じた後の法関係

連邦イミシオン防止法14条によれば、許可に不可争力が生じた場合、利害関係人は、当該許可を受けた施設の稼働の差止を私法上の防禦請求権に基づいて求めることはできない¹⁸。ただし、私法上の特別の権原¹⁹に拠る防禦請求権は排除されない。事業者が高権主体に該当する場合には、公法上の防禦請求権が問題になるが、この請求権の取扱いは必ずしも明らかでない²⁰。他方で、施設の稼働が許可によって認められた範囲を逸脱している場合には、この規定によって防禦請求権の行使が制約されることはない²¹。

施設の稼働が許可に従って行われている場合で、かつ事業者に対する防禦請求権が成立する場合には、事業者に対しては不利益作用を防止する措置のみを請求しうる。「そのような措置が技術の水準に照らして実施できない場

¹⁸ 施設の除去請求権、施設の建設差止請求権も排除される。Vgl. Jarass (Anm.15), § 14 Rn.8.

¹⁹ 施設の敷地の所有権、事業者との契約に基づく権利等がこれにあたる。Vgl. Peine (Anm.12), S.2443; Brandt (Anm.2), S.236; Jarass (Anm.15), § 14 Rn.10.

²⁰ 14条を公法上の防禦請求権にも類推適用する説として、vgl. Hans-Werner Laubinger, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, VerwArch. 80 (1989), 261 (295); Köckerbauer/Büllesbach (Anm.8), S.378; Seidel (Anm.1), Rn.996.

²¹ 事業者が第三者保護規範を具体化した負担に違反している場合には、当該第三者は事業者に対して負担の遵守を民事訴訟において請求できる。これは「準否認的 (quasi-negatorisch) 不作為請求権」と呼ばれている。Vgl. BGH, Urteil vom 26. 2. 1993, BGHZ 122, 1(6-8); BGH, Urteil vom 27. 9. 1996, NJW 1997, 55 (55).

合²²又は経済的に是認できない場合²³」には、損害賠償のみを請求しうる。この損害賠償請求権は、「排除された防禦請求権の代償物 (Surrogat)²⁴」であり、犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) としての性格を有する。これにより、違法性および過失を問うことなく、過去および将来について完全な賠償を求めることができる²⁵。

他方で利害関係人は、一定の条件の下に、行政庁に対して規制請求権を主張できる。連邦イミシオン防止法17条1項によれば、許可が付与された後に、「公衆又は近隣が、有害な環境作用又はその他の危険、著しい不利益若しくは著しい迷惑から十分保護されていないことが確認された場合には、所轄の行政庁は事後的命令をすべきである」(第2文)。また同条2項によれば、事後的命令が費用対効果の点で「比例的でない (unverhältnismäßig)」場合には、これを発することは禁止されるが、その場合は「所轄の行政庁は、21条1項3号乃至5号の要件の下で〔21条1項3号によると、『事後的に発生した事実を基礎とすれば、許可庁が許可を付与しないことができる場合で、かつ撤回しなければ公益に危険が及ぶ場合〕、許可を全部又は一部撤回すべきである」(第2文)。いずれも「することができる」ではなく「すべきである」と規定しているため、要件が充足した場合、行政庁は権限行使を原則として義務付けられる²⁶。判例によれば、「施設の稼動が第三者保護規定である連邦イミシオン防止法5条1項1号に違反する」場合には、前記17条1項は利害関係人に事後的命令請求権を与える。また、5条1項1号違反がある限り、「その影響を受ける隣人は連邦イミシオン防止法21条1項3号の要件の下で

²² 防止措置をとるにあたって施設の変更許可が必要になるとしても、そのことのみによって直ちに当該措置が「実施できない」と判断されるわけではない。Vgl. BGH, Urteil vom 18. 11. 1994, NJW 1995, 714 (714-5).

²³ 民法906条2項の解釈に関するものであるが、経済的に是認できるか否かは、大気汚染防止技術指針 (TA-Luft) に定めるエミシオン値に従って判断されると述べた判決がある。Vgl. BGH, Urteil vom 16. 12. 1977, BGHZ 70, 102 (111).

²⁴ BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, BGHZ 102, 350 (352); vgl. bereits BGH, Urteil vom 18. 9. 1984, BGHZ 92, 143(146).

²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 29. 10. 1954, BGHZ 15, 146(150); Wagner (Anm.12), S.180; Peine (Anm.12), S.2445; Jarass (Anm.15), § 14 Rn.26-7.

²⁶ Vgl. Seidel (Anm.1), Rn.270-1; Jarass (Anm.15), § 17 Rn.46, § 21 Rn.21; Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Anm.14), § 10 Rn.383.

許可の撤回請求権を有しうる²⁷⁾」。

以上のように、利害関係人は、許可に不可争力が生じた後であっても、事業者に対して防止措置ないし損害賠償を請求できる。さらに行政庁に対して、事後的命令ないし許可の撤回を請求することが可能である²⁸⁾。施設の稼働の差止は請求できないにもかかわらず、許可の撤回は請求できる（しかも撤回する否かについての行政庁の裁量は制限されている）というのは、興味深い仕組みである。

3 行政手続法

行政手続法（1976年制定）75条2項は、「計画確定決定に不可争力が生じた場合、事業案の不実施、施設の除去若しくは変更又は施設の使用の差止を求める請求権は排除される」と規定する（第1文）。行政手続法に定める計画確定手続は、個別法に特別の定めがない限り、連邦行政庁が行うすべての計画確定手続に適用される。特に連邦遠距離道路法（FStrG）、一般鉄道法（AEG）に基づく計画確定決定には、前記75条2項がそのまま適用される²⁹⁾。以下では、行政手続法がこのような規定を設けた背景を簡単に紹介する。

(1) 制度化の背景

第二次世界大戦以前においては、営業法に基づく許可を受けた施設とは異なり、計画確定を経て設置された施設についての請求権排除は制度化されていなかったようである。しかし当時の判例は、後者の場合であっても法解釈により防禦請求権を排除する立場をとっていた。例えば、ライヒ裁判所は次

²⁷⁾ OVG Münster, Urteil vom 9.7.1987, NVwZ 1988, 173(173-4); vgl. auch Seidel (Anm.1), Rn.534; Jarass (Anm.15), § 17 Rn.60, § 21 Rn.27.

²⁸⁾ 事業者に対する防止措置の請求と、行政庁に対する事後的命令の請求は、内容的に重なり合う部分もありうるが、どちらを請求するかは利害関係人の自由である。Vgl. Jarass (Anm.15), § 17 Rn.61.

²⁹⁾ これに対して、航空法や連邦水路法に基づく計画確定決定には、特別の定めがある。Vgl. Hans-Peter Michler, Die Duldungswirkung der Planfeststellung, in: Klaus Grupp/ Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Planung-Recht-Rechtsschutz (1999), S.357 (358).

のように判示している。軽便鉄道法（Kleinbahngesetz）に基づく計画確定が行われる場合、計画が縦覧に供され、利害関係人は異議の申出ができる（17条2項）。行政庁は、申出のあった異議について口頭審理を行わなければならない（17条3項）、計画確定にあたっては近隣の土地を危険および不利益から守るために必要な施設の設置を事業者に義務付けなければならない（17条4項、18条）。他方で事業者は、事業開始後も国による監督を受け、事業遂行の義務を負う（22条～24条）。以上の定めからすると「国はその高権に基づき、認可された計画及び事業から発生しうる危険および不利益から公衆および個々の隣人を保護することを引き受けた」。その結果、「事業によって自己の土地の利用を本質的に侵害されたと思料する第三者も、事業者に対して鉄道施設および事業の変更を通常裁判所において訴求することはできない。第三者は国家の警察高権の執行を委託された行政庁に対して要求をしなければならない、それが受け入れられない場合には、行政裁判所に出訴しなければならない³⁰」。この判決は、請求権排除を正当化するために計画確定手続に言及した点で、当時としては注目されるものである³¹。

戦後初めて計画確定決定に係る請求権排除を明文で定めたのは、1953年に制定された連邦遠距離道路法である。同法は当時の17条6項において、「計画が確定力をもって（rechtskräftig）確定された場合には、確定された施設に対する除去及び変更請求権は排除される」と規定していた。この規定について、同法の政府草案理由書は、「第6項は、確定された施設については、その必要が生じれば、除去ないし変更請求権のかわりに損害賠償請求権のみを主張できることを明らかにしたものである」と述べるにとどまっている³²。これは、既に当時において、計画確定を経て設置された施設について防禦請求権が排除されることは当然と考えられていたことを示すものといえよう。行政手続法の政府草案理由書も基本的に同様であり、ここでも請求権排除について詳しい理由は示されていない。ただし、こちらには「事業案の不実施

³⁰ RG, Urteil vom 12. 10. 1904, RGZ 59,70(71-2).

³¹ より簡単な理由付けをするものとして, vgl. RG, Urteil vom 11. 5. 1904, RGZ 58, 130 (134); PrOVG, Beschluß vom 10. 1. 1935, PrOVGE 95, 179 (181).

³² Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Bundesfernstraßengesetzes vom 10. 4. 1953, BT-Drucks. 1/4248, S.25.

または不可争力をもって確定された計画に適合する施設の除去および変更を求める請求権が排除されることは、計画確定の法形成効果（*rechtsgestaltende Wirkung*）に適合する」との指摘がある³³。行政手続法75条1項によれば、「計画確定によって、事業案の主体と計画の利害関係人との間のすべての公法上の関係が、法形成的に規律される」（第2文）。同法の政府草案理由書は、計画確定に何故このような効果が認められるのかについて何も述べていないが、同趣旨の規定を有していた連邦遠距離道路法の政府草案理由書は、計画確定手続においてすべての利害関係人につき聴聞が行われること、計画確定決定が行政裁判所による審査に服することを指摘している³⁴。これらの点は、請求権排除についても関係を有すると考えられる。そこで以下では、計画確定の仕組みを概観する。

(2) 計画確定の仕組み

行政手続法73条は、計画確定にあたってとられる聴聞手続について、次のように定めている。事業者は、計画を聴聞庁に提出しなければならない。当該計画は、事業案によって影響を受ける土地および施設を認識させるものでなければならない（1項）。聴聞庁は、事業案により影響を受ける自治体に計画の縦覧を促し（2項）、当該自治体は計画を1ヶ月間縦覧に供する（3項）。いかなる者も、自己の利益が事業案によって影響を受ける限り、縦覧期間満了後2週間を経過するまで、計画に対する異議を申出ることができる。異議申出期間経過後は、私法上の特別の権原に拠るもの以外のすべての異議は排除される³⁵。このことは、縦覧または異議申出期間を公表する際に示されなければならない（4項）。計画を縦覧に供する自治体は、事前に、縦覧の日時・場所、異議申出をすべき官署・期間等を公表する（5項）。異議申

³³ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 18. 7. 1973, BT-Drucks. 7/910, S.90.

³⁴ Gesetzentwurf eines Bundesfernstraßengesetzes (Anm.32), S.25.

³⁵ 裁判所が計画確定決定を審査するにあたっては、この規定によって排除された異議を取り上げることはできない。Vgl. Hansjochen Dürr, in: Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl. (2004), § 73 Rn.70; Ferdinand Kopp /Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl. (2003), § 73 Rn.80.

出期間経過後、聴聞庁は期間内に申出のあった異議につき事業者および異議申出人に参加の機会を与えた上で口頭審理を行う（6項）。聴聞庁は聴聞手続の結果について意見を表明し、これを計画および解決されなかった異議とともに計画確定庁に送付する（9項）。

次は計画確定決定について定める行政手続法74条である。同条によれば、計画は、計画確定庁が確定する（1項）。「計画確定庁は、計画確定決定において、聴聞庁の主宰する口頭審理で合意に至らなかった異議について決定する。計画確定庁は、事業案の主体に、公共の福祉のため又は他人の権利への不利益作用の回避のために必要な措置又は施設の設置及び管理を義務付けなければならない。そのような措置又は施設の設置及び管理ができない場合又は事業案と両立し得ない場合には、利害関係人は相当な金銭補償を求める請求権を有する」（2項）。最終的な決定ができない事項については、これを留保した上で、計画確定決定がなされる（3項）。計画確定決定は、事業者および異議申出人に送達される（4項）。

計画確定決定がなされた後、これに不服を有する利害関係人は行政裁判所に出訴できる場合がある。連邦行政裁判所によれば、計画確定庁は「計画者としての形成の自由（*planerische Gestaltungsfreiheit*）」を有するが、この自由は「衡量要請（*Abwägungsgebot*）」によって制限される。衡量要請は、「法治国的な計画策定の本質（*Wesen einer rechtsstaatlichen Planung*）」から導出されるものであり、「計画によって影響を受ける公益と私益を相互に適切に衡量すること」を要請する。この衡量要請は、計画の利害関係人に、「法的に保護される自己の利益」について「適切な衡量を求める権利」を与える。その結果、法的に保護される自己の利益を計画によって害される者は、衡量要請違反を主張して、裁判所による計画確定決定の審査を求めることができる³⁶。ただし、行政手続法75条1a条は、次のような制限を設けている。

³⁶ BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975, BVerwGE 48, 56 (59, 63, 66). 「法的に保護される利益」は、憲法上保護される利益（健康・所有権）を含む。Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. 6. 2000, BVerw G111, 276 (281-2). また、計画確定に伴い所有地を収用される者は、公益が十分顧慮されていないとの主張をすることもできる。Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. 3. 1983, BVerwGE 67, 74 (78-9). なお、計画確定決定を争う場合は、異議審査請求は行われぬ（行政手続法74条1項）。

「事業案によって影響を受ける公益と利益の衡量の瑕疵は、それが明白でありかつ衡量の結果に影響を及ぼしている場合に限り、有意である (erheblich)。有意な衡量の瑕疵の故に計画確定決定……が取消されるのは、それが計画補完 (Planergänzung) によっては……是正され得ない場合に限られる³⁷⁾」。

以上の通り、利害関係人は、計画確定手続に参加して自らの利益を主張することができる。また計画確定庁は、必要に応じて不利益作用の回避のための措置をとること等を事業者に命じなければならない。そして計画確定決定において自らの主張が受け入れられなかった利害関係人は、一定の制限はあるものの、これを行政裁判所で争うことができる。以下では、計画確定決定に不可争力が生じた後に、利害関係人がどのような権利を有しているのかを検討する。

(3) 計画確定決定に不可争力が生じた後の法関係

行政手続法75条2項によれば、計画確定決定に不可争力が生じた場合には、事業者に対して施設の設置・使用の差止を求める請求権、施設の変更ないし除去を求める請求権は、排除される(第1文)。この規定においては、私法上の防禦請求権と公法上の防禦請求権が区別されておらず、両者はいずれも排除の対象となる³⁸⁾。ここで問題となるのは、事業者に対して不利益作用を防止するための措置、損害賠償ないし補償を求めることはできるかという点である。前記75条2項は、損害賠償・補償請求権を排除せず、防止措置の請求も、それが施設の変更に該当しない限り許されるものとしているようにも読める。しかし、次のような連邦通常裁判所の判決がある。「影響を受ける土地所有者は、計画確定決定が騒音防止措置の点で自己の所有権を十分顧慮していないと思料する場合には、計画確定決定を争うことによってその補完を求めることができる。これを求めない場合には、行政手続法75条2項およ

³⁷⁾ 従って、不利益作用の回避のための措置を充実させることにより問題が解決される場合には、こちらが優先されることになる。Vgl. BVerwG, Urteil vom 7. 7. 1978, BVerw GE 56, 110(133); Kopp/Ramsauer (Anm.35), § 75 Rn.18a; Dürr (Anm.35), § 75 Rn.64. なお、石崎誠也「ドイツにおける第三者訴訟に関する最近の判例と衡量要請原則の第三者保護機能」法政理論36巻1号(2003年)109頁以下も参照。

³⁸⁾ Vgl. Brandt (Anm.2), S.236; Seidel (Anm.1), Rn.994; Dürr (Anm.35), § 75 Rn.38.

び3項による手続を除き、追加の騒音防止措置を拒否する決定の存続力 (Bestandskraft) を甘受しなければならない。自ら騒音防止措置をとるための補償を求める請求権については、一般的な犠牲原則 (Aufopferungsgrundsatz) に基づく収用的侵害 (enteignender Eingriff) の観点からも、それが成立する必要はないしその余地もない³⁹」。この判決は、計画確定決定がなされた場合には行政法上の救済を優先させるという立場をとったものである。本件では、収用的侵害を理由とする補償請求権のみが問題とされているが、このような考え方がとられると、事業者に対するその他の請求権も同様に排除されることになるのではないかと思われる⁴⁰。

他方で行政手続法75条2項は、利害関係人に次のような請求権を与えている。「計画確定決定に不可争力が生じた後に、事業案から又は確定された計画に適合する施設から他人の権利への予見し得ない作用が発生した場合には、利害関係人は不利益作用を排除する措置又は施設の設置及び管理を要求できる。それらは計画確定庁の決定によって事業案の主体に義務付けられる。そのような措置又は施設の設置及び管理ができない場合又は事業案と両立し得ない場合には、相当な金銭補償を請求できる」(第2文～第4文)⁴¹。これらの請求権は、不利益作用が「予見し得ない」ことを要件としている。逆に言えば、予見し得る不利益作用については、計画確定決定の段階で対策がとられなければならない、事後的な利益調整は行われなくなることになる。なお同条3項によれば、これらの請求は、利害関係人が当該不利益作用の発生を知った時から3年以内にしなければならない、計画に適合する状態がつくられた後30年を経過した時にはすることができない。

最後に、利害関係人が計画確定決定の撤回を求めることはできるか、とい

³⁹ BGH, Urteil vom 21. 1. 1999, BGHZ 140, 285 (301-2); vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 30. 6. 2003, NVwZ 2004, 1148 (1149).

⁴⁰ 計画確定決定と事業者に対する防止措置等請求権との関係については、vgl. auch Michler (Anm.29), S.369-71.

⁴¹ この規定は、行政手続法制定以前に不可争力が生じた計画確定決定については適用されないと解する説がある (vgl. Kopp/Ramsauer (Anm.35), § 75 Rn.19) が、これとは異なる立場に立つとみられる判例がある。Vgl. BVerfG, Beschluß vom 24. 10. 2000, NVwZ-RR 2001, 209 (209); BVerwG, Beschluß vom 26. 2. 2004, NVwZ 2004, 869 (869-70).

う問題がある。連邦行政裁判所は、一般論としてではあるが、これを肯定している。行政手続法には、計画確定決定の撤回に関する規定は存在しないが、行政行為の撤回については明文の定めがある。同法49条2項は、「適法な授益的行政行為は、不可争力が生じた後であっても、以下の各号に該当する場合には、その全部又は一部を将来に向って撤回することが許される」と定め、同項5号は「公共の福祉に対する重大な不利益を阻止又は除去するため」と規定する。判例によれば、この49条2項5号は計画確定決定にも適用され、「少なくとも……基本権により保護される法益である生命および健康が問題になる限り」、当該法益の主体たる第三者のために「主観法効果 (subjektiv-rechtliche Wirkung)」を発揮する。ただし撤回は「最後の手段 (ultima ratio)」であるから、第三者がこれを請求しうるのは、「行政手続法75条2項2文による防止負担 (Schutzauflage) が対策としては十分でない場合」に限られる⁴²。

以上の通り、計画確定決定に不可争力が生じた後においても、予見し得ない不利益作用が発生した場合に限ってではあるが、利害関係人は防止措置をとること等を事業者に命ずることを計画確定庁に求めることができる。また、これが十分な救済にならないのであれば、「最後の手段」として、計画確定決定の撤回を請求できる。これらの請求権は連邦イミション防止法においても認められていたが、行政手続法75条に定める事後的命令請求権は、連邦イミション防止法から導出されるものに比べると、その要件の点で利害関係人にとって厳しいものとなっているように思われる。

4 水管理法

水管理法 (1957年制定) 11条1項は、次のように定める。「承認された〔水域 (Gewässer) の〕利用に伴う不利益作用を理由として、利害関係人 (8条3項及び4項) は、承認 (Bewilligung) を受けた者に対して、侵害の

⁴² BVerwG, Urteil vom 21. 5. 1997, BVerwGE 105,6(11,13,15); vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 16. 12. 2003, NVwZ 2004, 865 (867).

除去、利用の差止、防止施設の設置又は損害賠償を求める請求権を主張することはできない」(第1文)。この規定は、事業者に対する防止施設設置・損害賠償請求権を明文で排除している点で特徴的である。またこの規定は、連邦水路法21条において、同条所定の計画確定決定について準用されている。以下では、水管理法がこのような規定を設けた背景を簡単に紹介する。

(1) 制度化の背景

水管理法11条は、1913年に制定されたプロイセン水法(PrWG)82条1項1文に倣ったものであるとされる⁴³。そこで、プロイセン水法に定められていた水流(Wasserlauf)利用権の賦与手続を概観する。同法によれば、水流を利用するには行政庁による利用権の賦与(Verleihung)決定が必要である(46条)。賦与の申請がなされた場合、当該申請に係る水流利用はすべての自治体で公示される(65条)。公示にあたっては、賦与に対する異議の申出および不利益作用を防止する施設の設置管理または補償の請求をすべき行政庁が示され、異議申出期間が定められる(66条)。公示においては、期間経過後は、異議の申出ができないこと、賦与された水流利用権の行使に伴う不利益作用については82条所定の請求権しか主張できないことが警告される(67条)。賦与庁は申出のあった異議および請求につき事業者および異議申出人に参加の機会を与えた上で口頭審理を行う(70条)。賦与申請に対する決定は、事業者および異議申出人に送達される(71条)。賦与申請に対する決定については、不服申立(Beschwerde)をすることができる(76条)。

以上がプロイセン水法に定める水流利用権の賦与手続であるが、同法82条1項は、次のように定めていた。「賦与された権利の行使に伴う不利益作用を理由として、その利害関係人は、権利の不行使又は賦与された権利に基づいて設置された施設の除去を求めることはできない。しかし……不利益作用を排除する施設の設置及び管理を求めることができ、そのような施設が事業案と両立し得ない場合又は経済的に正当化されない場合には、補償を求める

⁴³ Vgl. Manfred Czychowski/Michael Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz Kommentar, 8. Aufl. (2003), § 11 Rn.1.

ことができる。これらの請求権は、利害関係人が、66条1項に定める期間の経過前に不利益作用を予測した又は予測しなければならなかった場合で、かつ期間が経過するまでに異議の申出、施設の設置又は補償の請求をしなかった場合には、排除される」(第1文～第3文)。なお同条によると、施設設置等の請求は、利害関係人が不利益作用の発生を知った時から3年以内、事業者が賦与された権利の行使を開始した年の経過後30年以内にしなければならない(2項)、賦与庁による決定を経なければならない(3項)。

プロイセン水法82条のうち、第1項第1文が水管理法11条1項に相当するものであり、他の規定は後述する水管理法10条2項に対応する⁴⁴。プロイセン水法は、請求権排除につき事前および事後の手続を詳細に定めている点で注目されるが、この点は水管理法の政府草案理由書においても意識されている。すなわちそこでは、「承認の付与によって影響を受ける者の権利は、承認手続と10条による事後的命令がなされる可能性によって、十分に保護される」という指摘がなされている⁴⁵。以下ではまず、請求権排除の前提となる水域利用の承認の仕組みを概観する。

(2) 承認の仕組み

水管理法8条は、水域利用の承認について定めている。同条によれば、承認によって水域を利用する権利が与えられる(1項)。承認を与えることが許されるのは、「1. 確固たる法的地位 (eine gesicherte Rechtsstellung) なしでは事業者が事業案の実施を期待できず、かつ2. 水域利用が一定の計画に従って追求される一定の目的に奉仕する場合」に限られる(2項)。「承認が他人の権利に不利益に作用することが予想され、かつ利害関係人が異議を申出た場合には、承認を与えることが許されるのは、不利益作用が負担によって阻止又は調整される場合に限られる。これが不可能な場合であっても、公共の福祉を理由に承認を与えることは許されるが、利害関係人に補償をしな

⁴⁴ 連邦通常裁判所は、プロイセン水法82条1項は「内容的に水管理法11条および10条2項に相当する」と述べている。Vgl. BGH, Urteil vom 15. 3. 2001, BGHZ 147, 125 (132).

⁴⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Wasserhaushaltsgesetzes vom 4. 2. 1956, BT-Drucks. 2/2072, S.25.

ければならない」(3項)。

ただし水管理法10条1項によれば、「利害関係人(8条3項及び4項)が承認の付与に対して異議を申出た場合で、かつ承認決定の時点では不利益作用の発生の有無及び程度が確定できない場合には、そのために定められるべき負担及び補償についての決定は後の手続に留保され得る」。

承認の手続について、水管理法9条は、次のように規定する。「承認は、利害関係人……が異議を主張できることを保障する手続においてのみ、与えられる」。この規定は、承認手続についての具体的な定めを州法に委ねる趣旨である。ほとんどの州法において州行政手続法に定める計画確定手続ないし正式行政手続の規定が準用されており、計画の縦覧・異議の申出を経た上で、口頭審理が行われているようである⁴⁶。

承認がなされた後、これに不服がある利害関係人は行政裁判所に出訴できる場合がある。連邦行政裁判所によれば、水法上の許認可の権限を有する行政庁は、「他人の利益を『配慮』することを義務付けられている」。また、水管理法上、水域利用にあたっては「回避しうる侵害はしない」ことが求められている。その結果、「状況に応じて水域利用により自己の私的利益に影響を受ける者」は、その利益侵害が「法律上可能な限り回避されるべきである」限り、「水法上の許認可の要件によって保護される人的範囲(Personenkreis)」に含まれる⁴⁷。

以上の通り、水域利用の承認がなされるにあたっては、利害関係人が「異議を主張できる」手続がとられる。承認をする行政庁は、利害関係人の私的利益を配慮せねばならず、必要に応じて承認に負担を付し、補償について決定しなければならない。承認がなされた場合、一定の被害を受けるおそれのある利害関係人は行政裁判所に出訴できる。以下では、承認に不可争力が生じた後、利害関係人がどのような権利を有するかを検討する。

⁴⁶ Vgl. Michael Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz Kommentar (2003), § 9 Rn.7-29; Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 9 Rn.7-29; Kloepfer (Anm.4), § 13 Rn.101.

⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 15. 7. 1987, BVerwGE 78, 40(43); vgl. auch Breuer (Anm.4), 5.Kap Rn.144; Kloepfer (Anm.4), § 13 Rn.110. 本判決については、大西有二「ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察——三つの権利論と《行政法関係説》」北大法学論集41巻5・6合併号(1991年)593頁以下も参照。

(3) 承認に不可争力が生じた後の法関係

水管理法11条1項によれば、承認を受けた事業者に対しては、侵害の除去・不作為請求権、さらに防止施設設置・損害賠償請求権を主張することができない⁴⁸。公法上の防禦請求権や、収用的侵害を理由とする補償請求権も排除の対象となる⁴⁹。ただし同条2項によれば、「契約上の請求権」は排除されない。また事業者の水域利用が、承認された利用権の範囲を逸脱している場合には、請求権排除の効果は生じない⁵⁰。

他方で水管理法10条2項によれば、利害関係人は行政庁に対して次のような請求ができる。「利害関係人は、9条による手続の間に不利益作用を予見し得なかった場合には、事業者に事後的に負担を命ずることを要求できる。不利益作用が事後的な負担によって阻止又は調整され得ない場合には、利害関係人には補償がなされなければならない。その申立ては、利害関係人が不利益作用を知った時から3年以内に限り許され、承認に適合する状態がつくられた後30年を経過したときは排除される」。これは既にプロイセン水法82条1項において定められていた制度であり、行政手続法75条2項に定める事後的命令とほとんど同じものである。ここでも不利益作用が「予見し得なかった」ことが要求されており、予見しうる不利益作用については、承認決定の時点で対策がとられなければならない。

また、承認は撤回されることがある。水管理法12条1項によれば、承認は、「水域利用の無制限の継続によって公共の福祉……が著しく害されることが予想される場合には……その全部又は一部が撤回され得る」。問題は、利害関係人が撤回を請求できるかどうかであるが、学説はこれに否定的である⁵¹。

⁴⁸ 水管理法11条に定める請求権排除の効果がいつの時点で発生するかについては争いがある。Vgl. Peine (Anm.12), S.2449; Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 11 Rn.2b.

⁴⁹ Vgl. Brandt (Anm.2), S.236; Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 11 Rn.2; Kotulla (Anm.46), § 11 Rn.10.

⁵⁰ 水管理法11条1項2文によれば、水域利用が負担に違反した場合には、利害関係人は損害賠償請求権を主張できる。この規定は、負担（条件を除く）違反に対しては、損害賠償請求権のみを認めるものと解されている。Vgl. Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 11 Rn.3; Kotulla (Anm.46), § 11 Rn.16.

⁵¹ Vgl. Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 11 Rn.2, § 12 Rn.3; Kotulla (Anm.46), § 12 Rn.8.

判例はまだないようである。

以上の通り、承認に不可争力が生じた後も、予見し得なかった不利益作用が発生した場合には、利害関係人は不利益作用の防止のための負担を事業者に命ずることを行政庁に請求でき、これが不可能な場合には、補償についての決定を求めることができる。ただし承認の撤回請求権は、少なくとも学説においては認められていない。

5 請求権排除の特質

連邦イミシオン防止法、行政手続法、水管理法に定める請求権排除には、少なくとも次のような共通点がみられる。①請求権排除の前提となる許認可等が行われるにあたり、利害関係人は異議の申出および口頭審理への参加ができる、②許認可等がなされた場合、異議申出に係る自己の利益が十分考慮されていないと思料する利害関係人は、行政裁判所でこれを争うことができる。③許認可等に不可争力が生じた場合、事業者に対する防禦請求権は排除ないし制限されるが、各法所定の不利益作用が発生した場合には、利害関係人は行政庁の事後的な決定を求めることができる。以下では、このような制度を設けることの許容性ないし正当性をめぐる議論を紹介する。

(1) 請求権排除が正当化される理由

連邦イミシオン防止法・行政手続法・水管理法に定める請求権排除については、それらが戦前以来の伝統を有するものであるためか、制度自体に反対する者はみあたらない。そこで以下では、どのような理由から請求権排除が正当化されているのかを概観する。

既にみたように、立法者は、利害関係人の手続参加を指摘することが多い。連邦イミシオン防止法の政府草案理由書によれば、請求権排除が正当化されるのは、「隣人が施設の設置および稼働に対する異議を正式手続において手続参加人として主張する機会を有する場合に限られる」。そのため、公衆参加のない略式許可手続について定める連邦イミシオン防止法19条は、同法14条を準用していない。また水管理法の政府草案理由書も、承認手続の存在に

言及していた。それゆえに、手続に関する定めがない「許可 (Erlaubnis)」(水管理法7条) については、請求権排除は予定されていない⁵²。他方で同理由書においては、行政庁による事後的決定も、請求権排除を正当化する理由のひとつとして位置付けられていた。

判例としては、連邦水路法に基づく計画確定決定に関する連邦通常裁判所の判決が注目される。連邦水路法旧21条3項は、「不可争力が生じた計画確定決定は……防止施設の設置、補償又は損害賠償を求める請求権を……を排除する」(第2文)と規定していたが、この規定について同裁判所は次のように判示した。「事業案の主体は、自分がどのような損害賠償・補償請求を受けることになるのかを直ちに知るといふ正当な利益を有する……。この利益を考慮した排除規定 (Präklusionsregelung) は利害関係人の権利を受忍できないほどに縮減するものではない。利害関係人は、計画の縦覧……により事業案について知らされ、事業案から発生する不利益作用が予見し得るものである限り、計画確定決定において補償の留保……を得ることができ、それによって排除効は阻止される」。「そのほか、利害関係人は、基準となる時点……の後にはじめて事業案から発生する不利益作用を予見し得た場合には……事後的な補償を求めることができ、それによって排除規定の効果は緩和される⁵³」。この判決は、請求権排除が正当化される理由として、事業者の利益に加えて、計画確定手続・計画確定決定・事後的決定の各段階における利害関係人の利益保護を挙げるものである。

学説において注目されるのは、ヴァーグナー (Wagner) の説である。ヴァーグナーは、請求権排除を、利害関係人の基本権 (所有権ないし健康) を制限するものとして把握し、基本権を制限するには、法律の根拠と比例原則の遵守が必要であると主張する。より具体的には、①法律の根拠、②憲法適合的

⁵² 州の水法においては、「承認」と「許可」の中間に「上級 (gehobene) 許可」が存在し、これについては請求権排除が定められているようである。Vgl. Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Anm.14), § 8 Rn.129; Kloepfer (Anm.4), § 13 Rn.104-5.

⁵³ BGH, Urteil vom 12. 7. 1984, BGHZ 92, 114(117-8). 請求権排除を正当化するにあたり、手続参加に言及した例として、vgl. BGH, Urteil vom 23. 7. 1983, BGHZ 88, 34 (40); BVerwG, Urteil vom 24.10.2002, DVBl 2003, 209(211).

な立法目的、③回避し得る侵害の防止、④利害関係人の手続参加、⑤回避し得ない侵害に対する補償、⑥行政庁による比例原則に従った利益衡量が必要であるとされる。ヴァーグナーによれば、連邦イミシオン防止法・行政手続法・水管理法に定める請求権排除は、以上の6要件をすべて充たすものである（連邦イミシオン防止法の場合は、①14条1文、②公共の福祉の増進、③5条1項1号・12条・14条・17条1項・17条2項、④10条、⑤14条2文、⑥5条1項1号・6条。行政手続法の場合は、①75条2項1文、②公共の福祉の維持及び増進、③74条2項2文・75条2項2文、④73条、⑤74条2項3文・75条2項4文、⑥衡量要請。水管理法の場合は、①11条1項、②公共の福祉の増進、③8条3項2文・10条、④9条、⑤8条3項2文・10条、⑥8条3項2文）⁵⁴。

本稿も既に、各法に定める請求権排除が、同時に利害関係人に3種類の権利を認めていることを指摘した。①許認可等の手続に参加する権利、②許認可等が行われるにあたり自己の利益の適切な考慮を求める権利、③事後的な決定を求める権利である。これらの点を見ると、請求権排除は、利害関係人の利益に十分な配慮をしているように思われる。しかし、現行制度に全く問題がないわけではない。請求権排除に対する最終的な評価をする前に、現行制度の問題点を検討しておく必要がある。

(2) 現行制度の問題点

連邦イミシオン防止法・行政手続法・水管理法に定める請求権排除の仕組みは、共通する部分も多いが、完全に同一というわけではない。まず問題となるのは、排除される請求権の範囲についての相違である。連邦イミシオン

⁵⁴ Vgl. Wagner (Anm.12), S.133-202. この説を支持するものとして, vgl. Peine (Anm.12), S.2443-5; Brandt (Anm.2), S.237; Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 11 Rn.1. また, 山下・前掲注(1)「私法関係形成効(3・完)」3頁以下も参照。なお, 山本・前掲注(3)326頁は, 次のように述べている。「事業者に対する隣人の防禦請求権を排除するには, 次の要件が必要と見るべきである。第一に, どの程度請求権を排除するかを含めて……法律で明確に規定すること。第二に, 排除される防禦請求権の代わりに行政法的規律が, きめ細かく柔軟な利益調整の仕組みを備えること……。かつ, それを隣人が利用できること……」。

防止法14条は、私法上の防禦請求権を排除の対象とするが、他方で事業者に対する防止措置・損害賠償請求権の存在を明文で認めている。従ってこの規定によって排除される請求権の範囲は狭い。これに対して水管理法11条は、事業者に対する請求権を広く排除の対象としており、防止措置・損害賠償請求権も例外ではない。行政手続法75条2項は、事業者に対する防止措置・損害賠償請求権の取扱いについては明記しておらず、この点は解釈に委ねられている。ただし航空法11条は、飛行場につき連邦イミシオン防止法14条を準用しているため、飛行場については計画確定決定がなされた場合でも防止措置・損害賠償請求権が認められる。他方で連邦水路法21条3項は、同条所定の計画確定決定について水管理法11条を準用しているため、これらの請求権は排除される。

このような相違は、既に営業法26条とプロイセン水法82条との間に存在していたものであり、これが現行法においてもそのまま引き継がれている。水管理法11条が事業者に対する防止措置等請求権を排除しているのは、行政庁が事前および事後において防止措置等の必要性について判断する仕組みがあり、また利害関係人がその判断を求めることができるからである。この場合には、利益調整を全面的に行政的処理に委ねることにも合理性がある。しかし、政策論としては、事業の継続に影響を及ぼさないような防止措置等請求権まで排除することが本当に必要かどうか、問い直されなければならないであろう。現行法の解釈としても、少なくとも行政法上の救済手段が適切に機能しない場合には、事業者に対する防止措置等請求権を例外的に認める余地があるのではないかと思われる⁵⁵。

次に問題となるのは、事後的命令請求権の成立要件に関する相違である。行政手続法75条2項・水管理法10条2項は、利害関係人が行政庁に事後的命令を求めるための要件として、不利益作用の発生が予見し得なかったこと、当該作用の発生を知ったときから3年以内であること等を定めている。他方で、連邦イミシオン防止法17条1項にはこのような要件はない。予見し得る不利益作用については事前に対策を講じておくべきであり、また予見し得な

⁵⁵ 行政手続法75条2項の解釈として、vgl. Kopp/Ramsauer (Anm.35), § 75 Rn.19.

かった不利益作用が発生した場合には遅滞なく救済を求めるべきであるというのは、ひとつの成り立ち得る考え方である。ただし、事業者に対する防止措置請求権が認められる場合はともかく、そうでない限りは、予見可能性は緩やかに解されるべきであり⁵⁶、期間制限についても例外が認められる余地を残しておくべきである⁵⁷。

最後の問題は、許認可等の撤回請求権に関するものである。判例によれば、利害関係人は一定の要件の下に連邦イミシオン防止法上の許可ないし計画確定決定の撤回を請求することができる。これに対して、水管理法上の承認の撤回については判例が存在せず、学説は利害関係人に撤回請求権は認められないとする立場である。しかし、計画確定決定についてすら撤回請求権を認める現在の判例に鑑みると、承認の撤回請求権を否定する学説の立場は再考を要するものである。連邦行政裁判所は、計画確定決定について撤回請求権が成立しうることをはじめて認めた判決において、次のように述べている。「第三者が自己の法的地位に特に不利益な影響を受けており、かつ他の救済手段が十分ではない場合に、第三者保護を否定する……解釈は、この人的範囲に含まれる者の基本権と両立しえないであろう。事業者の利益を絶対的に優先させることに、憲法上の正当性は……見出せない⁵⁸」。

(3) 全体的評価

以上の通り、連邦イミシオン防止法・行政手続法・水管理法に定める請求権排除は、許認可等に不可争力が生じることを条件に、利害関係人の防禦請求権を排除ないし制限するものである。しかしこれは他方で利害関係人に①

⁵⁶ 予見可能性を緩やかに解すべきことを主張する説として、vgl. Czychowski/Reinhardt (Anm.43), § 10 Rn.5; Kopp/Ramsauer (Anm.35), § 75 Rn.25; Dürr (Anm.35), § 75 Rn.86.

⁵⁷ 連邦行政裁判所は、行政手続法75条3項に定める3年間の期間制限は「原則として基本法19条4項〔権利保護保障〕と両立し得る」とするが、「不利益作用がその程度の点で生命及び身体に対する深刻かつ重大な具体的危険を惹起する場合に、行政手続法75条3項2文の期間を修正することが許容され要請されるか否か」については判断を留保している。Vgl. BVerwG, Beschluß vom 10. 10. 2003, NVwZ 2004, 97 (97).

⁵⁸ BVerwG, Urteil vom 21. 5. 1997, BVerwGE 105, 6 (13-4).

許認可等の手続に参加する権利，②許認可等が行われるにあたり自己の利益の適切な考慮を求める権利，③事後的な決定を求める権利を与えるものであり，ドイツにおいてこの制度自体に反対する者は存在しない。もちろん現行制度には，①事業者に対する防止措置等請求権の取扱い，②事後的命令請求権の成立要件，③許認可等の撤回請求権の成立可能性の点で，改善が望まれる部分がある。しかしこれらの点を改善することは，既に指摘した通り，現行法の解釈によってもかなりの程度可能であると思われる。従って各法に定める請求権排除の仕組みは現時点においても利害関係人の利益に十分配慮しているものといえる。本稿の視点からも，現行制度そのものの許容性・正当性に疑問の余地はない。

既に明らかのように，ドイツにおける請求権排除の特質は，事業者保護をその出発点としながらも，同時に利害関係人の利益に十分配慮しているという点にある。中でも注目されるのが，判例により認められた，許認可等の撤回請求権である。許認可等の撤回請求権を認めることは，侵害の除去・不作為請求権を認めたのと実質的に変わらない結果をもたらさう。この点に鑑みると，少なくとも連邦イミシオン防止法および行政手続法に定める請求権排除制度は，施設の設置等に伴う不利益作用に対する救済ルートを整理するにすぎないものになったといえる。このような法発展は，事業者保護という請求権排除の当初の目的には反するものかもしれないが，他方で現代における事業者の利益と利害関係人の利益に対する価値評価を示すものであろう⁵⁹。

6 おわりに

以上のようなドイツ法の検討から得られた知見に基づき，日本の法状況について，甚だ簡単ではあるが評価を行う。

⁵⁹ 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（2・完）」東京都立大学法学会雑誌27巻1号（1986年）393頁以下も参照。なお，山本・前掲注（3）407頁は，「事前処分により事業者に対する請求権を排除する目的は，もともとは，当該事業活動を庇護することにあつたが，現在ではむしろ，特定の事業活動に即応した特別のイミシオン防止手続・措置を貫徹させることにあり，理解すべきである」と述べる。

ドイツのような請求権排除の仕組みが存在しない日本においては、施設の設置等に起因する侵害の除去・不作為請求権は、当該施設がたとえ許可を受けたものであっても、排除も制限もされないのが原則であり、また実際にもそのように解されている。例えば、原子炉設置許可を受けた高速増殖炉「もんじゅ」の建設運転差止を求める民事訴訟は、当該許可の効力の有無を前提問題とするものではなく⁶⁰、「生命、身体を違法に侵害され、又は侵害されるおそれのある者は、人格権に基づき、加害者に対し……侵害行為の差止めを求めることができる⁶¹」。また、国道を自動車の走行の用に供することに関連して発生する大気汚染を一定程度以下に制限することを求める民事上の請求が、認容された例もある⁶²。

ただし、周知の通り、国営空港や自衛隊基地を航空機や自衛隊機の離着陸の用に供することの差止（夜間飛行禁止）を求める民事訴訟は、不適法とするのが最高裁判例である。その理由としては、前者については、「本件空港の離着陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という二種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとみるべきであるから、右被上告人らの前記のような請求は、事理の当然として、不可避的に航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することとなる」という点が⁶³、後者については、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づける」という点が指摘されている⁶⁴。

しかし、前者についていえば、夜間飛行禁止が判決によって命じられたと

⁶⁰ 最判平成4年9月22日民集46巻6号1090頁。

⁶¹ 福井地判平成12年3月22日判例時報1727号77頁。また、廃棄物処理法に基づく許可を受けた産業廃棄物処理施設の建設差止請求が認容された例として、名古屋地判平成15年6月25日判例時報1852号90頁がある。

⁶² 神戸地判平成12年1月31日判例時報1726号20頁、名古屋地判平成12年11月27日判例時報1746号3頁。民事差止訴訟一般については、大塚直「環境訴訟の展開——民事差止訴訟を中心に」法学教室258号（2002年）62頁以下、淡路剛久「環境民事訴訟の展開」法学教室269号（2003年）26頁以下を参照。

⁶³ 最判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁。なお、大阪地判平成11年5月25日判例地方自治203号45頁、大阪高判平成12年2月29日判例地方自治203号43頁も参照。

⁶⁴ 最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁。

しても、その履行のために当然に公権力の行使が必要になるとはいえない。非権力的手法によることも考えられるからである⁶⁵。また仮に公権力の行使を余儀なくされるとしても、それはあくまでも判決の「結果」であって⁶⁶、差止請求ないし判決の「内容」ではないと考えることができるように思われる⁶⁷。ただしこの論法は、後者すなわち受忍義務の賦課という構成がとられた場合には通用し得ない。公権力の行使によって周辺住民に受忍義務が課されるとすれば、まず当該公権力の行使の取消変更を求めなければならないからである。しかし、この場合にはその受忍義務の法的根拠が問われなければならない。市民に対する受忍義務の賦課は、明らかに権利自由の制限であり、明確な法律の根拠を要するはずであるが、現行法上そのようなものは存在しない⁶⁸。もしも受忍義務の賦課が必要であるとするならば、ドイツ法にみられるような請求権排除の仕組みを設けるべきであろう⁶⁹。

そこで注目されるのは、行政手続法研究会（第1次）が1984年に公表した要綱案⁷⁰に定められている「公共事業実施計画確定手続」である。これはドイツ行政手続法に定める計画確定手続をモデルにしたものと思われるが、

⁶⁵ 大阪地判昭和49年2月27日民集35巻10号1621頁、大阪高判昭和50年11月27日民集35巻10号1881頁は、このような立場であった。

⁶⁶ 最判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁における中村治郎裁判官の反対意見は、「差止めを命ずる判決の附随的ないし反射的效果」という表現を用いている。この点については、阿部泰隆『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）71頁以下、山田洋「道路公害差止訴訟と公権力の行使」川上宏二郎先生古稀記念論文集刊行委員会編『情報社会の公法学』（信山社、2002年）547頁以下も参照。

⁶⁷ 他方でドイツ法のように、国・公共団体による公共施設の管理行為自体を「高権的活動」として把握することも可能かもしれない。しかし日本において、しかも国営空港に限って、このような構成をとることが許容され要請されるとは思われない。なお、行政事件訴訟法改正後の問題状況については、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号（2004年）19頁以下を参照。

⁶⁸ 金沢地判平成14年3月6日判例時報1798号21頁は、周辺住民の騒音受忍義務の存在を否定し、自衛隊機の離着陸差止等を求める民事訴訟を適法としている。

⁶⁹ もっともドイツの連邦通常裁判所は、明文の定めがない場合でも、「社会的に重要な（*gemeinwichtig*）施設」の建設操業差止請求権は排除されるという立場をとっている。Vgl. BGH, Urteil vom 7. 4. 2000, BGHZ 144, 200 (205-7). しかし、連邦行政裁判所は、このような発想を認めていないと思われる。Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. 4. 1988, BVerwGE 79, 254; BVerwG, Urteil vom 23. 5. 1991, BVerwGE 88, 210.

⁷⁰ 行政手続法研究会「行政手続法研究会報告——法律案要綱（案）」ジュリスト810号（1984年）44頁以下。

本稿の最後に、この「公共事業実施計画確定手続」を簡単に検討しておく。

1122条は、計画確定手続および計画確定裁決について定めている。これによると、計画案の縦覧（4項）、利害関係人による意見書の提出（5項）、意見書を提出した者についての聴聞（6項）、確定された計画の公表（7項）がなされる。そして、計画確定裁決においては、他人の権利への不利益な影響を避けるため必要な予防手段を講じ、または関係人に補償を行うべきことを示さなければならない（8項）。

次の1123条は、争訴手続について定めている。計画の効力は、所定の争訴の提起期間内に争わなければならない（2項）。「計画に不可争力が生じた場合には、計画の中止、公共施設の除去、変更又はその使用の中止は、いかなる訴訟によっても求めることができないものとする」（3項）。「計画確定裁決当時には予見しえなかった損害が生じた場合には、予防手段を講じること、若しくは差止を行うことを求める訴訟を計画確定裁決庁を被告として提起できるものとする」（4項）。

以上の規定によると、利害関係人は①計画確定手続に参加することができ、②計画確定裁決を裁判所で争うことができ、③計画確定裁決に不可争力が生じた後であっても、行政庁に事後的な決定を求めることができる。これらの点は、ドイツにおけるすべての請求権排除制度に共通して認められているものであり、日本において請求権排除制度を設けるにあたって当然に必要とされるであろう。

他方で1123条には、明確でない点もある。3項について問題となるのは、事業者に対する防止措置（公共施設の「変更」に該当するものを除く）請求権、損害賠償請求権の取扱いである。3項だけを読めば、これらの権利は排除されないようにも読める。しかし、計画確定裁決において損害予防手段や補償について判断がなされ、また不可争力発生後において予防手段を求める訴訟が用意されていることを重視すると、異なる結論も導かれ得る。本稿は、事業者に対する請求権を可能な限り認める立場である。

次に4項については、計画確定庁に補償についての決定を求める訴訟は許されないのかという問題がある。事業者に対する補償請求権が認められるのであれば別であるが、そうでない限り、計画確定庁の決定を求める訴訟を認

差止請求と行政手続

める必要があると思われる。また、4項に定める「差止を行うことを求める訴訟」とは何なのかという問題もある。これは実質的には計画確定裁決の撤回を求める訴訟に近いものと考えられるが、両者の関係は明らかでない。本稿は、「最後の手段」として計画確定裁決の撤回を求める訴訟を残しておくべきと考える。最後に、4項に定める訴訟に出訴期間を設けるべきかという問題がある。本稿は、期間制限を設けることには消極的な立場である。