九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

環境行政における秩序法の限界と新しい経済的および計画的手法の投入の可能性 ： 循環型経済および廃棄物に関する新法の例

ラデーア, カール=ハインツ
ハンブルグ大学第二法学部教授

https://doi.org/10.15017/2097

出版情報：法政研究. 64 (4), pp.195-218, 1998-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

講演

環境行政における秩序法の限界と新しい経済的および計画的手法の投入の可能性

――循環型経済および廃棄物に関する新法の例

カール＝ハインツ・ラデーア

山本隆司訳

一　危険からリスクへ――古典的危険概念の進化

リスクの概念は数年来、――とりわけ行政法の――学説や判例においても現れるようになった。リスク概念は次第に、警察法に刻印された古典的危険概念に対し独立してきたが、それでも、消極的な境界画定基準をずっと超えるものによって輪郭づけられてはいない。いわく、リスクとは危険以下偶然以上のものである。それゆえ、法学および法実務におけるリスク概念の問題点を解明するには、危険の観念を明確にしておかねばならない。今日もなお規準を成すものとされている、プロイセン上級行政裁判所の理解によれば、危険とは、妨げられずに事が進行すれば明白に、

損害、すなわち外からの影響による生活財の現存量の減少をもたらす情況である。この危険は、行為に起因する場合、または物の状態についての責任（特に所有権）に根拠がある場合、警察責任を発生させる。

後に発展することになるリスク概念を分析するためにとりわけ重要なのは、先ず、正常状態――これについては、予期の継続性と同形性という一面と（正常性）、個別の分別可能な財の実体化という他面の（状態）、両方を強調せねばならない――、次に、行為あるいは他の物の異常な状態による攪乱、最後に、攪乱の源と正常状態からの逸脱との間の線型の因果連鎖に関し、蓋然性を推論するための現存の知識という、危険概念を輪郭づける以上のような指示連関を再構成することである。リスク観念への継続的発展に関する最近の法学の議論において、よくおろそかにされる点だが、この指示連関は極めて多くのことを前提にしている。すなわち、この指示連関は線型の均衡モデルに根拠を置く。このモデルの実践的側面は、生活経験により形成される。そしてこのモデルは、「個人の社会」という社会の根源的自己解釈において、しかしまた（時間に従属しない安定した法則性に従って秩序へと結合する要素から、階層的に世界を構築する、という）分析的学問モデルにおいても、姿を見せる。

警察は「平均的な経験の蓄積」を使うことができ、それを根拠に将来を見通して仮説的に、危険の源と損害の可能性とを結び合わせることができる。その際、損害発生の蓋然性と程度との間の関係のみならず、推定される便益と、生じる可能性がある損害の程度との間の釣り合いも、重要な役割を演ずる。後者は、例えば自動車や産業における加圧タンクの正常な稼働を、「人間の無力」や支配不能な「偶然」に因る事故から分けることによって、あるいは継続的危険（産業による汚染物質の排出）については次のように、危険を考慮して正常な状態を定義することによって、むしろ黙示に評価される。すなわち、産業が稼働する周囲では、不健康な大気まで、居住の正常な状態に含まれる。このことから、民事法では隣人保護が様々に区別される。正常性モデルに方向づけられているため、「異常に」敏感

な人に生じる可能性がある損害を不問に付すことも許される。警察作用は（民事法の相隣関係法同様）生活財の正常な状態の維持のみに向けられねばならないから、そのような人の保護は「福祉作用」ということになろう。

このような知識・行為モデルは、すでに早くから現れている、専門家に意見を求めることの必要性により、疑問にさらされることはない。例えば病気の感染の危険性につき尋問される医師も、家の老朽化を鑑定する技師も、確かに一般的には手に入らないが、しかしそれでも経験として性格づけられる知識を、警察の使用に供する。医学も技術も、比較的に見て統一的で、実用に関わり、そして実地において試験される知識を伝承し、新しいものの試験もそうした知識の上に築かれる、という点に際立った特徴がある。それゆえ専門家の機能が、線型の正常性モデルを疑問にさらすことはない。同じことは、進行している警察の専門化（健康警察、営業警察等）にもあてはまる。これは、「平均的な経験の蓄積」を専門家により点的に補うのではもはや不十分であり、知識の加工と行為の潜在力とを「個々特別な」経験領域に体系的に適合させねばならない、ということを認識させる動きである。このことは営業警察の領域では例えば、「正常な」蒸気ボイラーを詳細に国家が定義するという初期の傾向において、読み取ることができる。ここで例えばプロイセンでは、国家が、もはや単に「自然発生的に」は達成されない体系的な知識水準の発展の、初めの一波を起こすのに貢献した。しかしこうした動きはすぐに、蒸気ボイラー監督協会の関係者が一次的には自己組織した、過程としての知識の「正常化」に、取って代わられた。それに続いて最後に、分化が徐々にもう一歩進み、明示の基準設定により自省的な「規範化」が行われ、自然に生じることもなく——専門化の進展ゆえに——国家の規律によって作り出すこともできない、「正常な」技術の統一化が達成された。

技術の正常化および規範化へのこうした発展は、知識の動態化と経験の多様化、そしてそれらに伴う、交換を通して実現される、組織化による知識の一般化に、注意を喚起する。こうした発展が必要となる理由は先ず何より、危険

のポテンシャルの増長と知識の専門化ゆえに、警察が自らの行為の視座を、「平均的な経験の蓄積」に示された、正常と異常とを分ける危険の限界を踰越したことに対する介入から、「正常な稼働」の保障を前提にする予防的な許可へと、転換せねばならないという事情にある。

自己組織化された（経験）知の正常な状態は、「（一般的に）承認された技術規則（(allgemein) anerkannte Regel der Technik）」として、すでに長らく立法や裁判により、警察法の領域を超えて刑法や民事法にも受容されている。[1] この規則は、「正常性」を行為の指針となる知識と性格づけるような、規範と事実のちょうど中間領域に属する。つまりこの規則は、明示に「規範化」されていないとしても専門家の多数に知られており、実際に使用され、正しく適切で信頼できると承認されているものである。

中間段階で次の点を銘記しておかねばならない。技術の進化と危険の種類の多様化は確かに、社会の正常性モデル、技術についての経験知、障害に関する責任の帰属、警察に関わる行為範形等の間の指示連関を、関係する全ての要素について著しく変えた。しかしそれにもかかわらず、変化のリズムが線型の均衡モデルを根本的に揺るがすことはなかった。危険な発展経路の変化の数と振幅は確かに増加した。しかしそれによって、多様な変化が周りで起こる「静止点」としての経験（および経験の固定）を可能にする条件が、疑問とされることはなかった。

二　経験からのリスク概念の分離

こうした経験の「静止点」を動揺させるのは、私の見る所、安全基準のいっそうの分化である。「技術の現在の水準（Stand der Technik）」（例、連邦イミシオン防止法五条一項二号）として今や、「ある措置がイミシオンを限定

する実用上の適性を持つことを確実視させる、進歩的な手続、施設または稼働方法の発展水準」が受容されている。技術の現在の水準を決定する際にはとりわけ、事業上／実務上試用され成功した、比較可能な手続、施設または稼働方法を援用せねばならない（連邦イミシオン防止法三条六項）。それによって新しいものがすでに、（一般的に）承認され経験に編入される前に、危険の限界を引く尺度になる。「許容されることや要請されることの法的尺度が、技術発展の前線に移される」。実験が成功すればそれだけで、安全のための予防措置が必要かどうかの決定に影響する。

さらにいっそう経験から離れるのは、次に高い段階、すなわち「学問と技術の現在の水準（Stand von Wissenschaft und Technik）」（原子力法七条二項三号）における安全基準である。必要とされる保安予防措置は、これによってもはや「技術的に現在成し得ることに限られ」なくなる。ここで要求されるのは、「最新の学問上の知見によれば必要と考えられる」措置を執ることである。必要な安全性を決定するのに用いられる、社会における知識の面では、これまでの個々特別な経験領域の分化を超える一歩が踏み出される。前の段階では、プロのグループ（特に技師）の経験ではあれ経験の受容が問題とされるが、この段階では、学者による理論の構成が持ち出される。それによって危険概念は変容する。危険の評価は、もはや経験による試行錯誤手続にではなく、広く出来事や誤りの樹形図を構成しまたは計算することに関係するようになる。そして多かれ少なかれ予期し得る発展経路が、もはや部分的にしか経験に還元できない主観的な評価により、危険と性格づけられる。すでにこのことから次の点を認識できる。ここで問題とされているのは、複合的技術で、それと結びついた特定の経験は、結果の重大性ゆえにそもそも決してしてはならない、というものか、または、汚染物質の排出を伴う技術で、それが直接には危険を惹起しないとしても、他の排出物質との累積によって危険の元となる可能性がある、というものである。

それとともに行為の要素も変化する。一般的または特別の経験、あるいは理論的に基礎づけられた評価を根拠に考

慮される、危険からの保護と並び、リスクの事前配慮が登場する。この事前配慮は――計画の要素（後に現れる汚染物質排出主体のために予備割当量を留保しておくこと）の他――二つの要素を含む。つまり一つは、（特定の「要保護性定式」、すなわち、損害の源と損害を受ける生活財との間の原因・結果連鎖およびその実現の蓋然性に方向づけられた）危険の限界より下の水準における、環境や健康の保護である。そこで考えられているのは例えば、一義的に因果連鎖を構成できない、排出物質の入り乱れた累積であるが、他に、「主要な」学者や技術者の見解に従えば、有害性の閾を越える蓋然性を排除できるが、「自然科学者・技術者の少数意見」を顧慮して、「残存する非安全性」をなお考慮に入れねばならないような、リスク領域も考えられる。第二のヴァリエーションは、発生の蓋然性が保護の思考にとって必要とされる限界より下に位置する損害に関わるものである。

環境法が事前配慮に方向づけられたものに移行するとともに、介入の境界線が前に移動し、殊に事業者の行為の自由が過去より強く制限されるのみならず、同時に新しい決定モデルが必要となる。（事業者と国家の）行為と知識の結合を、新たに規定せねばならない。事前配慮には理論上限界がないので、危険に方向づけられた環境法が経験において見出していたのと同様の、停止規則が必要となるのである。しかし環境政策における事前配慮の構想は、目標を先ず抽象的に、実際の行為圧力や使用できる資源を考慮せずに定式化することにより、行為を方向づける準拠枠の必要性を等閑視する傾向がある。二歩目に初めて、多かれ少なかれ無反省的に、技術開発の実務にプラグマティッシュに適応する可能性が模索される。そのための定式は「協働」である。しかし生産的な協働の前提と条件は多くの場合、現実的に記述されるというよりは規範的に宣誓されるだけである。新たにより複合的に環境法の戦略を立てる場合には、行為の枠組と共通の知識基盤をより強く考慮せねばならないだろう。つまり、私的な技術開発・経験・公的なコントロールの伝統的な結合の、機能的等価物を発見せねばならない。そのような結合の可能性が開けるのは、技術自

体および企業組織の形態の変化を考慮に入れる場合のみである。技術と組織は目下、柔軟性の増加に特徴づけられている。こうした発展は、個人の行為の限界を行政が制御するという古典的自由主義モデルを疑問にさらす。しかしこの発展は、環境法一般のため、そして特に事前配慮の改善のために利用することもできるのである！しかしそれは、今までより強く手続に依拠する新たな決定モデルを定式化することによってのみ、可能となる。そうしなければ、国家行政の不透明性が増す危険がある。なぜなら、技術の変化に対する体系的で反省的な調節が、インフォーマルで点的な取り極めや問題のある公私混合組織に置き換えられるからである。――こうした問題を次に、循環型経済および廃棄物に関する新法を例に叙述する。同法は、もはや危険の回避ではなく、自然資源の包括的な保全を目的とする事前配慮の考え方に方向づけられている。そのために必要な筈の形式・手法・組織が未だ発達していないことを、以下で示す。展望として、さらに先に進む構想を立てるとすると、どのような構想になるだろうかという点について素描する。

三　事前配慮に方向づけられた環境法の困難について――廃棄物法の例

(一)　循環型経済および廃棄物に関する法律の考え方

一九九六年一〇月一日に施行された循環型経済および廃棄物に関する法律は、[2] 廃棄物法の基本構造をもう一度変化させた。同法は、区別された損害の源（施設）、環境媒体（空気、水等）、環境有害物質（化学物質等）、製品、製品の集合状態（廃棄物）毎に投入される伝統的な環境法戦略を、統合する方向に新たな一歩を踏み出す意図に刻印され

ている。つまり従来の環境法の考え方においては、様々な規制の端緒が横並びにまたは前後に配列される。施設のコントロールは製品のコントロールから分離しており、大気汚染は水質汚染から独立に審査され、製品のコントロールは廃棄物除去に合わせて調節されない。化学物質法等の物質コントロール法が、一次的に物質についての情報獲得に使われ、その情報を次に例えば施設許可手続に利用することができる（連邦イミシオン防止法）という限りで、ある種の重なりは存在したが。規律・制御の諸平面の分離は、過去において限界概念（危険）という思考の基礎の上では、全く筋の通ったものであった。個々各々の法益（大気、水等）について、私人の行為が危険の限界を踰越する可能性が、（例えばイミシオン防止法上の許可、水法上の許可等、個々特別の決定対象を持つ、）それに関係する個々特別のコントロール手続で審査されるのである。

とりわけ施設・製品のコントロールと廃棄物の監督との分離は、生産段階の伝統的な配列に従っている。製品の原案とそれに必要な生産施設は、生産過程で発生する廃棄物や、使用後にそれ自体廃棄物となる製品の処理という後続の問題から、切り離されたままとなる。「パイプの末端の」技術が、「本来の」技術的課題（生産施設の開発等）の解決後に、安全性の問題を再び持ち込むのと同様、廃棄物の処理も製品開発の後ろに挿入される。但し施設許可手続も、すでに連邦イミシオン防止法五条一項三号により、廃棄物処理の問題の考慮（残存物質の回避と再利用）を予定しており、施設稼働者に対しこうした方法で、施設設置の際および施設稼働中、規則に従った廃棄物の除去と再利用に心掛けるよう、義務づけていた。しかし、循環型経済および廃棄物に関する法律を叙述する際に現れることになる重大な問題が、ここでもすでに姿を見せていた。つまり、廃棄物の無害な除去（Beseitigung）に対する回避（Vermeidung）または再利用（Verwertung）の優先は、それが「技術的に不可能」な場合、妥当しない。それが意味するのは、ここでは――大気を汚染する物質の排出に対する環境の事前配慮の、他の場合において考慮すべき「技術の

現在の水準」と異なり――一般化可能な進歩的技術でなく、個別事例における可能性が問題とされる、ということである。廃棄物処理の問題は施設を構想する際にすでに考慮すべき、つまり構想に統合すべきとされるが、他面、義務の履行をコントロールできる、一般的に使用可能な知識の尺度を事業者は持たない。無論同じ問題の前に環境行政も立たされる。

循環型経済および廃棄物に関する法律の四条以下は、「循環型経済」の「基本原則」と「基本的義務」を含む。それによれば、廃棄物は先ず一次的には（殊に量と有害性を減少させることにより）回避せねばならず、次に二次的に物質またはエネルギーとして加工せねばならない。再利用自体も、無害な方法でしか行ってはならない。つまりそれは再び危険概念に方向づけられる。しかし除去に対する再利用の優先はこの限界から独立である。つまり除去を無害に行うことができる場合も、再利用することが必要とされる。除去に対し再利用が劣後するのは、「技術的に不可能」な場合と（殊に費用のために）受忍可能性がない場合だけである。但しこれにもう一つ反対の例外が加わる。つまり、汚染物質の排出や有害物質の発生等の観点から、除去の方が環境に適合的な場合である。しかしここでも注意すべきなのは、法律が既知の限界概念（危険）を全く利用せず、環境適合性の比較審査を要求していることである（この概念は別の箇所、つまり環境適合性審査法では、一次的に手続概念として用いられた。これは、計画的プロジェクトや他の環境に危険なプロジェクトの際に、環境に関わるデータの収集を指導する概念だが、実体法上の決定に関わる制御概念として使われているのではない）。

法律の考え方の複雑さは、次の規定から認識することができる。物質やエネルギーの「市場が存在するか、または市場を創出できる」場合、再利用の技術的・経済的前提は満たされたと見なされる（五条四項一文）。再利用自体は、「高い価値」を生むようにすべきであり（五条二項三文）、また収集・分別システムにより構造化すべきである（七条

一項）。発生させた者が再利用する意思を持たない、または再利用できる状態にないような廃棄物は、公法上の処理主体に引き渡さねばならない（一三条一項）。

循環型経済および廃棄物に関する法律は二二条一項一文で、製品を開発、生産、処理または加工、売却する者の「製品に関する責任」を規定する。この責任は二項で例えば生産者について、環境に適合的な製品の再利用と除去を保障するために、それに対応する物質を使用せねばならない、というように細かく規定されている。廃棄物の発生を回避するために、物質はできる限り何度もあるいは長期間使用できるものにせねばならない。廃棄物に関する先順位の再利用と後順位の除去は、製品自体の構想の中に統合し、「使用の局面」の後の廃棄物処理が簡単になるようにせねばならない（但しここですでに、立法の考え方の特徴をよく示す問題、すなわち、施設に関わる環境法（連邦イミシオン防止法）と製品に関わる廃棄物法に定められた、生産過程に関わる廃棄物回避規定を、相互に調節せねばならないという問題が生ずる）。同項二号は、とりわけ自然資源の保全を目的として、製品の生産に際し、利用可能な廃棄物や二次的原材料を再利用することを「要請する」。三号と四号は、再利用義務および除去義務の実現を支える情報提供義務を含む。最後に、とりわけ再利用および回避のために、製品および使用後の廃棄物の回収が、製品に関して責任を持つ者の義務とされる。特に考慮された問題として、包装の問題も挙げられる。――この問題には後で立ち返ることになろう。

(二)　環境汚染に対する事前配慮のための知識の創出

一見これらのことは全て至極もっともなように見えるかもしれない。しかし特に、環境法規範を規準とした私人の

生産や公法上のコントロールの準拠点とならねばならない、国家と経済に共通の知識の基盤の、創出および調節という問題を——ここで意図したように——強調すると、重大な問題が提起される。つまり先ず次のことが明らかになる。製品に関する責任を具体化する義務は、法律上の定式によると初めから、具体的なサンクションによって貫徹できないか、あるいは——包装を含む製品の形態（七条一項）や再利用・除去の形態（同五号）に対する要求のように——法律が特に二三条、二四条で制定の授権をしている法規命令によって、具体化されることを必要とする。リサイクルの要請を超える義務づけは、初めから単なるアピール機能に縮減されている。あとは、責任の具体化は、殊に不法行為法や契約法（廃棄物の問題を環境に適合的に処理できない場合を、「物の瑕疵」とする）における社会生活上の義務の展開による具体化など、民事法に委ねられる。

他の環境法律、例えば連邦イミシオン防止法の授権がむしろ、比較的截然と輪郭づけられた限界概念（危険）や、事前配慮の領域では「技術の現在の水準」という基準に方向づけられていたのと異なり、法律が大変広くとられた目的概念を用いる限りで、前述の規律技術には法治国原理上問題がある。殊に行為に関わる基準についての目的の具体化は、命令自体によって行わねばならないが、この義務それ自体の射程と重要性は、法律からほとんど読み取ることができない。こうした広汎な命令への授権は、基本法八〇条によって課されるべき、法治国における特定性の要請に対応するものか、非常に疑わしいように思われる（どの程度授権が実際に利用し尽くされているかは、包装に関する命令を例に説明する）。

国家と経済の間に協働がなければ、このような法律はおよそ適用できないであろうが、そのような必要不可欠な協働の特徴をよく示すのは、必要な命令（例、七条、二三条、二四条）を制定する前に、殊に経済の代表者に聴聞する手続的義務である（六〇条）。こうした協働は——法律自体に由来することではないとしても——実際上、国家官庁

の補足的な情報調達を大きく超える作用である。というのは、基礎にある行為領域の複雑性と、目的要件の貧弱さに鑑みると、関係経済分野の少なくとも相当部分の協働に基づかないで命令を制定することは、現実には考えられないからである。そのような協働は、明瞭に輪郭づけられた危険の限界を越えたところに目的を設定する環境法にとっては、不可避でもある。そのような環境法の場合はほとんど常に、過去における経験のように公的に手に入れることができる知識の基盤を、私的および公的決定のために使うことができず、個別に存在する知識の断片、調節された予期、モデルの想定、相互観察、および評価権限から、認知的準拠枠を創る必要がある、ということから出発せねばならない。しかしすでに問題があるのは、廃棄物の除去に対する再利用の原則的優先である。それは、自然の均衡の理想に刻印され、社会は潜在的妨害者として可能な限り退けねばならないとする、自然と社会の関係に関する無批判な理解を前提にしている。実際には、自然と社会は大変強く相互に結合しているため、「循環型経済」それ自体のために特定の交換過程を放棄すると、文化の構成部分となった自然に、意図せざる遡及的効果を及ぼすことになる。例えば、リサイクルされた紙を強く前面に出すと、営林されるより低品質の木の利用可能性に、遡及的効果が及ばないことはない。その他、廃棄物の除去に対し再利用が持つ、エコロジー上の利点・欠点を評価するのも容易でない。なぜなら市場では常に、意図せざる、そして予見していなかった付随効果を勘案せねばならないからである。このことはとりわけ、廃棄物の再利用による二次的物質のために新しい市場を創出する場合にあてはまる。法五条四項三文によれば、廃棄物の再利用から得られた製品を新しい市場で売ると損失が出るとしても、損失が廃棄物除去費用の節約分より大きくなければ、「経済的に受忍できる」とされる可能性がある。これによって実際上、特定のリサイクルされた物質が補助されることになる。それで環境保護の成果があがるというのでは必ずしもないが。このことはとりわけヨーロッパ域内市場で、「循環型経済」の要件が、国境を越えた他の加盟国では物質の使用系統に伝わらない場合に妥当

する。例えば、ドイツでは燃焼してはならない廃棄物質が、隣国で全く安価な燃料として再利用されることは稀でない。しかしドイツの内部でも、廃棄物再利用の基準は――そしてそれとともにもちろん費用も――非常に相異なる。なぜなら、物質の多様性と再利用の多種性のため、そして前提にできる「技術の現在の水準」がないため、再利用の質に明瞭な要求を課すことが、多くの場合できないからである。

(三) 包装に関する命令の例

政治的に補助を受けた擬似市場の創出が、意図せざる遡及的効果を持つという問題は特に、特別の命令に規律された廃棄物に該る、包装ゴミの領域において提起される。包装に関する命令は旧廃棄物法に基づいて制定されたが、[3] 近々改正されることになっている。私はこの命令の個々の点に立ち入らず、基本構造のみを素描するが、それだけで十分複雑である。現在まだ効力を持っている条文は六条以下で、特に販売用の包装の回収義務を（再利用の目的で）予定している。六条三項によれば、生産者と販売者が、「全地域的に……消費者の手元にある使用済みの販売用の包装を規則的に回収することを、十分な態様で保障するシステムに参加」（一文）すれば、こうした義務は課されない。そのために必要な確認は、官庁が行政行為の形で行う（六文）。この目立たない規定の背後に、私的行為または公的行為の伝統的な形式に整理できない、国家と経済の間における公私協働のもう一つの典型形態が隠れている。ひとまず選択肢――つまり、包装の自己回収と、収集「システム」への問題の転嫁との間の選択――のように見えるものは、事実上はそのような収集・再利用システムを構築することへの強制である。なぜなら、回収を自分で実現するのは、特に中小規模の事業者にとって、費用の都合上実際には不可能だからである。国家は、行政法の公法上の形式を使わ

ず、関係経済組織との取り極めにより、「ドイツ二元システム（das Duale System Deutschland）」を設立するよう強制した。このシステムは事業者にライセンスを与える。すると事業者は、シンボル（「緑のマーク」）の使用に基づいてDSDの収集システムを利用する権利を得る。このシステムの位置づけは、実務上困難であり争われている。このシステムには具体的な法律上の授権根拠が必要ではなかったか、という点にも疑問がある。ここには、それ自体は不可避な国家と経済の間の協働の、裏側が現れている。ここでは、私人への義務（回収義務）の賦課が、形式上私法により組織されるシステムを構築するよう、強制するために利用されている。システムの組織の個々の点は法律で定義していない。しかしこのことによって国家が、DSDの審議機関における利害関係者の代表に後々まで影響力を行使するのを、妨げられることはなかった。ドイツに一つだけシステムを制度化することも、初めから連邦政府の意図であった。このことも、私的組織形態と公法上の組織形態の欠点同士が組み合わせられることになり得るという、公私協働の特殊性を示している！

このことは、「システム」に課される要求の履行についての法的コントロールにも現れている。官庁は、収集システムが「十分な態様で」機能することの「確認」を、前提条件がもはや存在しなければ撤回できる。[4] しかし実際上撤回はほとんど考えられない。なぜなら、システムの構築は何十億を呑み込んだが、撤回をすると高額の投資が一撃で無駄になってしまうからである。こうした事態は――比例原則ゆえに――法的に、しかしとりわけ政治的に、ほぼ実現不能である。このことからも、事業者に対する経済監督や、公行政主体に対する特別のコントロールという、伝統的手法と比較できない形式が問題となることが明らかになる。情報やコントロールについての特定の権能を伴う国家の監督が、存在しないからである。しかし、公的組織と私的組織の見通しの効かない協同は、（私法により構成された）監督機関の人員配置の際にも現れていた。国家は、産業部門間の参加割合に、非公式に強い影響力を行使した。

正にこのことにより、事実上の独占に至る私法形式の欠点が強められる（収集・分別システムには、地方のレヴェルで相当程度、市町村も組み込まれた）。

「システム」は収集・分別・再利用について、命令の付則に挙げられている特定の割合を充足せねばならない。予め指定された分量・重量の、ガラス（一九九五年は八〇％）、プラスチック（一九九五年は八〇％）等の素材を、時間的に段階づけて収集することが、これに含まれる。それと並び、反復使用されるビン等のための預託金システムを維持するための制限が、存続している。[5] ＤＳＤはさらになお、個々の素材のリサイクルに従事する専門業者の多数と契約を締結した。このように雑種的なシステムが持つ問題の一つは、包装を製造する際に包装の素材を減らし、とりわけ環境に有害な物質を使わないようにするための経済的刺激が、結局小さいままにとどまることである。なぜなら「二元システム」は準独占事業体で、費用の節減にさほど大きな関心を払わないからである（似たことは包装素材の生産者自身にもあてはまる。なぜなら、比較的わずかな費用は消費者に転嫁できるからである）。しかしそれでもつい最近、ＤＳＤの料金体系は、物質の有害性に応じていくぶん強く細分化された。しかし消費者にとっては、包装された商品を購入する際に、費用を回避することに関心を持つのに十分なほど、節約される公的なゴミの搬出費用が高いとは言えない。いたる所で次のような事態によって、システムの意図せざる悪い影響が現れた。市民がＤＳＤを比較的よく利用し、期待以上にゴミを分別したため、市町村のゴミの搬出費が逆説的に高くなった。なぜなら、ゴミ搬出の組織は新しい条件にそんなに速く適応できないからである。このことが次のような逆説的な帰結を生む。市民は今日、物質を二元システムで再利用するための製品価格を通して（目に見えない形で）、そして市町村が処理する「その他のゴミ」のために（目に見える形で）、システム導入前より著しく高い支払いをせねばならないのである。システムのエコロジー上の効用も評価が難しい。例えば収集車による大気汚染だけでも、焼却の回避により生じた環境

の負担軽減より大きい。これは、次の点を示すもう一つの例にすぎない。つまり、行為を方向づける比較的単純な限界概念（危険）と、対応して単純な因果帰責とにより作動するシステム（責任があるのは、危険の限界を踰越する者である）を、概観し難い相互作用の網から多数の予期せざる効果が生じる可能性のある、より複雑な目的システムへと、転換するのがいかに難しいか、ということである。

(四)　回避戦略の意図せざる付随効果

この問題がシステムの内部で示されるのはここでもまた、（循環からの隔離による）除去に対する（循環型経済内部における）再利用の優先を実現する場面である。とりわけ新しい市場を創出すると、リサイクルされた物質によって他の製品が駆逐される。しかしこうした「補助」が実際に環境事情を改善することになるかどうかは、評価できない場合が多い。ＤＳＤによる再利用にかかる費用が、個々の物質に実際にかかる費用を、常に適切に価格において反映するとは限らないだけに、このことはいっそうよく妥当する。他方――高い価値を生む再利用をする「義務」を定める法律の文言に反し――いわゆるダウン―サイクリングへの傾向も助長される。ライセンス料からの価格補助により「創出された」市場に、何らかの「製品」を投入することへの刺激が存在するのである。とりわけこれにより、統合的な環境保護を発展させるのに十分な刺激は全く生じない。平均価格が形成される結果、問題のある廃棄物の生産者の方が、費用の一部を分担負担金によって再び外部化できるからである。

ここで主張した立場は、環境問題を単に「経済的手法」によって再び市場の中に内部化できるかのような考え方を、基礎に置くものではない。このような考え方には、価格の決定は環境財の場合、自ずと市場を通して行うことができ

ないという、従来から明白な問題点がすでに対立する。それと並んで――そしてより重要でさえあるかもしれないことだが――（環境費用の内部化を目的とする）国家の介入が、技術の選択の過程そのものに与える、遡及的効果の危険性を考慮せねばならない。対応する技術供与の発展を刺激できるような環境財の市場は、多くの場合国家の介入なしには存在しないため、必然的に戦略的に行われる、つまり特定の経済的技術的条件の下で行われる市場の「創出」は、それ自体技術への遡及的効果を持つ。例えば、環境事前配慮についてコントロールの基準を（一般的な経験ではなく）「技術の現在の水準」に方向づけると、必然的結果として、既存の「実行できる」技術経路が、その技術が今使えるという理由により広まるという、増幅的な遡及的効果を生む。それに対し、長期的効果があるため成果をより多く期待できるが、実施がより難しい技術は、促進されないのみならず、窒息させられることさえしばしばある。

本来の生産過程の外で開発され、その後ろに挿入される「パイプの末端の」技術がとりわけ促進されることになるため、前記の問題点はいっそうはっきりする。しかし、廃棄物回避の問題を生産自体において考慮しようと試みる、生産過程における戦略は、より長期的には環境にやさしく、経済的にもより興味深いことが多いが、実施しても目に見える形になりにくく、また実施するのがより複雑でより困難である。このことは次の点に関連する。生産が特定の「雑種的な」ルーティーン、特に確立された技術経路に従っているとか、人員の質が技術開発・廃棄物回避・費用節減の間の結びつきに適応していないとか、失敗のリスクが投資から手を引かせる効果を持つとか――いくつか根拠を挙げただけだが――以上のような理由により、環境のための投資が費用を節減するものであっても、行われないことが多い。経済学ではこういったことは非常に大雑把に「取引費用」の下に括られる。利潤の刺激が常に最善の解決を導くとは全く限らない。転換の過程における「摩擦損失」も、極めて重大な意味を持つ可能性があるから、というのである。

したがってDSDも――経済学者によく見受けられるように――市場に適合しない介入効果を持つというだけの理由で批判すべきではない。特定の再利用の経路が提供または確立されており、したがって技術革新の体系的な試みが問題なのではない領域がある。例えば、原料の構造が比較的単純でうまく記述できる製品の再利用（新聞、飲料の包装等）。これと区別せねばならないのは、廃棄物の問題が本来の製品の生産と結びついており、簡単にそれだけを切り離すことができないような、複合的な特性を持つ製品である。例として、生産過程における化学物質の使用、または、複合的な物質、例えば環境に特別に負担をかける可能性がある物質の生産。正にこの場合には、特定の再利用経路に束縛されてしまうことなく、環境への負荷がより少ない製品または生産過程を開発する探究・試用手続を、発展させねばならない筈である。それとも違う判断をせねばならないのは、多数の異なった部分からできていて、例えば使用後に全体として廃棄物になる、高価値の製品である（自動車、電気機器等）。この場合もやはり、組織がそれ自体すでにネックワーク状になっているため（下請事業者、外部および内部の品質コントロール等）、適応のためのある程度の時間を過ぎれば、単純な回収義務に基づいて製品の部分の回収を果たすことができ、したがって適応を強制できる、大規模な生産会社が問題となるということから出発せねばならない。これに関しては特別の命令により規律すべきである。しかし多数の他の物質においては、知識の限界のため、生産者の側でも、そして特に行政の側でも、廃棄物の回避または再利用の過程を克服するのは著しく困難である。この場合、DSDのように高度に発展した独占的態様の廃棄物再利用システムが、廃棄物問題の克服に適するか、非常に疑問があるように思われる。この場合むしろ、法的刺激により、新たな技術に関する知識の探究を喚起せねばならない。

廃棄物再利用のこのような複雑性に鑑みると、「経済的手法か秩序法的介入か」という単純な二者択一だけを指針とするのも、不適切である。それと結びつけてDSDを位置づけるのも、必然的に多様となる制御の複雑性に適合し

ない。（国家と経済の間、経済の様々な分野の間における、監督のための審議機関の形成、物質の取り込み、再利用経路の構築等の際の）交渉形式の優位は、経済において横断的なネットワークが協働的に発展している傾向に、全く対応する（単に私的にでは、そして単に公的にでも、取得できない知識を創出する「ジョイント・ヴェンチャー」（品質管理、共同研究等））。ここで決定的なのはただ、複雑な過程を克服するのに不可欠な、試行錯誤過程に適合した知識創出の推進力を、システムが展開できるかどうかという問題である。特にむしろ量に関する問題については、システムの構成は不適切でないと思われるかもしれない。しかし環境に危険な物質の使用の回避という困難な問題を克服するには、企業自体に潜在的に存在し、生産過程の技術のために利用できる知識を活性化するための刺激と、そういった知識を、知識の加工を目指す関係ネットワークにおいて結合することとを、より強調せねばならないだろう。これは、国家による優先順位の設定（特定物質の優先的考慮）の他、技術を革新するがリスクの高い投資を許可手続で体系的に優遇することや、革新的な生産過程の技術の開発を税制上補助すること等により、法的に支援できるだろう。

四　回避技術を法的に促進する必要性と可能性について

ＤＳＤの問題、およびＤＳＤにおける、複雑な行為領域を制御する私的要素と公法上の要素との結合形式の問題は、ＤＳＤが私法上の取引を行う形式によっても、回収義務や、同様に製品に関する責任から生じる公法上の義務を国家が賦課するということによっても、把握できない。問題はむしろ、異なった主体、過程、形式のネックワーク状の結合と、協働的な交渉構造とに特徴づけられている。そのためにすでに「ネックワークに適合的な」法形式が発見され

ているとは、言うことができない。私法形式（有限責任の会社）の選択と、実質上は組織の柔軟性によって公法上の社団から区別されるだけの組織における、公法によって創出された、事業者の事実上の「強制加入」との組み合わせは、むしろ、透明な構造の利点を交渉モデルのために放棄することを許すトリックのように思われる。私法形式はそれ自体としても、一種の不透明さが創出されるという結果を生み、それは、市場に従属することによってももはや緩和されない。しかし他方、省庁ならびに議会に対し形式上公的な責任を負わせることにより、公法上の形式を採ったとしても、基本的なことは何も変わらなかっただろう。なぜなら、階層的でピラミッド型に段階づけられた、伝統的な公法上の社団の責任は、コントロールを現実に保障するというよりはむしろ、コントロールの幻想を作り出すからである。しかし、実質上問題となっている、自己観察、他者による観察、および自己規律の評価の、ネットワークに適合した形式の中に、ＤＳＤの複雑な構造をよりうまく持ち込んでいたとしたら、その方がよかったであろう。組織形式の柔軟性は、複雑性の条件の下では、制御の知識の創出と組織の自己観察とに体系的に適合した手続によって支えねばならない。自己コントロールと他者によるコントロールに必要な知識は、もはや単に経験を基礎に存在するとは言えず、自己組織と手続によって初めて創り出さねばならない。この問題を相応に複雑な組織・手続構造によって克服しなければ、システムの不透明と自己閉塞を生み出す危険がある。複雑性の条件の下では、新たな形式の実験を強制され、それによって内的・外的環境を、選択肢の豊富さを増加させるよう体系的に観察する場合にしか、組織または組織内の関係ネットワークは生産性を維持できない。「ドイツ二元システム」による準独占のみならず、知識の使用可能性が限定されていることも、「発見手続」としての市場の稼働能力を低下させる。

循環型経済および廃棄物に関する法一般、そして特にＤＳＤは、あまりにも包括的に目的システムを定式化しており、そのシステムが、操作によって明確にできるような部分目的を定式化・観察することを困難にしている。そして

量的に設定された割合や、自然主義的に理解された、物質の流れの循環の観念に、あまりにも強く方向づけられている。しかし、自己観察、他者による観察、そして新たな形式の実験をするには、相異なる部分目的を分化させる必要があり、また、新しい知識を体系的に探究してシステムの中に導入するよう、強制を課す必要がある（例えば、無害な廃棄物の量と問題のある廃棄物の部分量とを、もっと明瞭に区別せねばならないだろう）。

始めに行った考察に再び戻ると、資源保全に置かれた循環型経済法の出発点は、部分的にしか維持できない、というテーゼを立てることができる。その出発点は、自然は社会から切り離されており、社会による搾取から保護せねばならないという、表面的な考え方にあまりにも強く方向づけられている。こうした考え方がそう議論に堪えるものでないことは、多くのリサイクル手続は、あまりにもエネルギーを消費するため、それ自体再び新しい環境問題を生み出す、という事態において示される。多くの場合、リサイクルにより解決される問題と生み出される問題との違いは、目に見える度合いがより大きいか小さいかの違いに過ぎない。それに加えて、環境保護の自然主義的理解の致命的帰結が現れていると言える。自然と社会は昔から、恒常的な交換・再生産関係において結びついている。したがって一次的に、自然からの資源の「抜き取り」の削減に出発点を置くことはできない――これが適切なのは、単純な利用関係が問題となる場合だけである。他の場合に重要なのは、始めから脱実体化に適合し、そして製品の伝達ではなくサービスにより強く方向づけられた、特定の型の協働的技術を促進する法的刺激を創出することであろう。こうした傾向は、技術開発において非常によく観察される。つまり、ますます多くの新しい技術が、ある技術的パラダイムにより流れを固定された、比較的硬直的な発展経路に従わなくなっている。そして外部への負の影響の回避も、危険（正常性からの逸脱としての損害）という比較的硬直的な限界概念の警告作用だけに従うものではなくなっている。その代わり、技術自体が柔軟化している。技術的装備は、専門特化するというよりむしろ、多機能的となる（「硬い」

機械でなく可変的ロボット)。投資は、技術的モデルやソフトウェアの「知能」へと移り、それにより、技術的構想の柔軟性・可変性が高まる。それとともに技術開発の内部でも、生産機能の偏狭な分離と階層的な秩序が、様々な技術的および「知的」構成要素から成る、異質なものが組み合わせられた柔軟な構造に、取って代わられる。そして環境保護も、ランクが下の回避技術の形で、後の開発段階で行われるだけではなく、この組み合わせ構造の中に導入される。新たな柔軟な技術は、長期的効果を持つ点で、多くの場合記述しコントロールすることが難しい一方、しかし他方で、設計・実現・学習による変更をより柔軟に結合することにより、従来外部化されていた効果を容易に内部化できるという利点を持つ。この利点を環境法のためにも利用するには、技術的サービスと環境への負荷の回避とを結合するための、体系的に自己変革を指向する協働的で柔軟な戦略の形式をとらねばならない。それは、環境法が技術革新の横断的な構想のために自己を開放せねばならない、ということでもある。コントロール基準を高めたり増やしたりすることは、環境法の一次的目的になり得ない。そうではなく、物体を「知能」によって、したがって生産過程の多機能的な柔軟化によって置き換えることを、一般的に優遇するよう、始めから目指さねばならない。つまり、環境法が準自然主義的に「外から」「資源保全」を行い、それにより結局限界概念の思考に執着することは不可能である。執着すると、自然へのどのような「侵害」も危険な「限界踰越」ということになる。むしろ、技術の自己変革を観察し、共通の知識基盤の上で公的行為と私的行為とを結合する新たな形式を探究せねばならない。この基礎自体、可変的でしかあり得ず、そしてもはや経験の安定性を獲得することはできない。このことは、国家と経済の協働を具体化する際にも考慮せねばならない。国家は一次的に、新たな知識創出を刺激し、そして自己規律の新たな形式を探究および試用することに向けられた、法的および組織的なインフラストラクチャーを伝達せねばならない。

これに合わせて、公私協働の新たな形式を考えることができる。新たな協働形式の内部では、「監督者」としての

国家の任務も、単なる非公式な「取り極め」を超えたところに――不確実性を顧慮して――特化させることができよう。つまり国家は、技術に関する知識と行為の自己変形に適合しない、響きのよい目的を定式化するのではなく、むしろ、自己規律過程の生産性を手続規則により保障し、そして、技術革新過程（とその条件および障害）を自己観察するための、および他者に観察させるための形式を用意しておかねばならないだろう。

訳註

（1）機器安全法（Gerätesicherheitsgesetz）三条一項、模範建設規制法（Musterbauordnung）三条三項、刑法典三二三条等を参照。

（2）法律の紹介として参照、松村弓彦「ドイツ新循環型経済・廃棄物法」ジュリ一〇六二号（一九九五）一〇五頁以下、後藤典弘「ドイツの「循環経済・廃棄物法（一九九四年）」」環境研究九七号（一九九五）七三頁以下。

（3）命令の紹介として参照、大塚直「廃棄物減量・リサイクル政策の新展開(2)」ＮＢＬ五八二号（一九九五）三二頁以下。日本法と比較した論考として参照、同「容器包装リサイクル法の特色と課題」ジュリ一〇七四号（一九九五）一一〇頁以下。

（4）包装に関する命令六条四項参照。

（5）同九条二項参照。

［付記］

本講演は、一九九七年九月二六日、九州大学法学部大会議室において行われた。講演者カールーハインツ・ラデーア氏はハンブルグ大学第二法学部教授であり、"Abwägung"—Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus (1984)；Postmoderne Rechtstheorie (2. Aufl. 1995)；Das Umweltrecht der Wissengesellschaft (1995) など多数の著作がある。また、論文の邦訳として、「規制主義と経済分析主義を超えて――環境法の新しい課題」（村上淳一訳、『岩波講座社会科学の方法Ⅵ　社会変動の中の法』一九九三年所収）がある。専攻の行政法学に加え、メディア法・環境法・教育法の実定法諸領域や法理論一般における活発な発言により、ドイツにおけるいわゆる「ポストモダン法学」を

代表する一人として日本でも注目を集めているのは周知のところであろう。このたび日独法学会の招聘により来日されたのを機会に、九州大学法学部国際交流基金の支援により本講演が実現した次第である。関係各位のご尽力にこの場を借りて謝意を表したい。なお、本講演の翻訳は、東京大学大学院法学政治学研究科山本隆司助教授によるものである。山本氏は、質疑応答も含めた当日の通訳も担当された。［角松生史　記］