

遺伝子組み換え作物とドイツインミッション法

—ドイツ遺伝子技術法の改正をめぐって—

中 村 哲 也

- 第1章 問題の所在
- 第2章 改正法の内容
- 第3章 § 906 BGB の三要件の具体化について
- 第4章 まとめ

第1章 問題の所在

遺伝子組み換え体 (gentechnisch veränderte Organismen, わが国の文献では英語表記で GM と略されることが多いが、本稿ではドイツの文献にあわせて GVO とする) を使用した作物の作付け面積は、特に、大豆、ナタネ、とうもろこし、綿のそれが南北アメリカ大陸を中心として広がつつある。他方で、種の特許を通しての一部企業による世界の農業の独占的支配、生物多様性を破壊する危険、摂取の場合の遺伝子の突然変異による人体への影響への不安といったことから、GVO 作物を拒否する運動が有機農業団体、環境保護団体、消費者団体によってヨーロッパとアメリカを中心に繰り広げられている。わが国においても、2005年5月と6月の2度にわたって独立行政法人北陸研究センター (新潟県上越市) によって遺伝子組み換えイネの屋外圃場での栽培実験としての作付けが行なわれ、これに対する反対運動が行われている¹。これらは、わが国での GVO 作物問題の本格化をつける象徴的な出来事といえる。わが国では、GVO 作物

の栽培規制及び表示についての法制度の整備が遅れているが、ヨーロッパでは、EUレベルでの法的整備をほぼ終え、加盟各国での国内法化が進められている。

2004年11月26日、ドイツ連邦議会において、遺伝子技術の規制に関する法律 (Gesetz zur Regelung der Gentechnik—以下、遺伝子技術法とする) の改正法が成立した。改正案は連邦議会で2004年6月18日に可決されたが、連邦参議院からの両院協議会の請求があり (7月9日)、この協議会で妥協案ができないのを受けた連邦参議院による異議申立て (11月5日) を、連邦議会は必要な賛成票を4票上回って却下したのである²。2004年6月の連邦議会の改正案審議において、政府と連立与党は、当初の法案を2分割し、州に関係する事項 (これには連邦参議院の賛成が必要) を外

-
- 1 地元農家や消費者からの作付け禁止等を求める仮処分の申請は、2005年8月17日新潟地裁高田支部において却下された。北海道では、GVO大豆の栽培計画が問題となったのち、2005年3月に「GM作物の栽培による交雑等防止に関する条例」が制定された。この条例に対する有機農家からの問題点の指摘として、石塚おさむ「北海道は、今まさに試されている！」日本有機農業研究会・土と健康369号 [2005] 2頁がある。
 - 2 この改正法 (BGBl. 2005. I, S.186) は2005年2月4日に施行された。これに対してザクセン—アンハルト州が2005年4月12日に憲法訴訟を提起した。同州のプレス声明は社団法人 (ドイツ) 消費者協会 (Die Verbraucher Initiative e.V.) のホームページ (<http://www.transgen.de/>) からみることが出来る。改正法の合憲性についての議論も始まっている。文献としては、合憲を主張するものとして、Christoph Palme, Zur Verfassungsmässigkeit des neuen Gentechnikgesetzes, UPR 2005, S.164ff. 違憲の立場のものとして、Benedikt Wolfers/Marcel Kaufmann, Grüne Gentechnik: Koexistenz und Haftung, ZUR 2004, 321 (328). 本稿は憲法上の論点には立ち入らないが、これらの憲法論には民法上の評価が先行しているから、その限りでこれらの文献も後の記述の中で参照される。この改正法及びこれに対する憲法訴訟について、小野秀誠「ドイツの遺伝子技術法 (2005年改正法) と厳格責任」国際商事法務33巻7号 [2005] 945頁以下に紹介がある。また、天笠啓祐「拡大する遺伝子組み換え作物栽培禁止地域」世界2005年4月号281頁は、本改正法にもふれつつ、ヨーロッパ全体にひろがるGVO反対の運動を紹介している。

し、連邦事項のみの法律案とした（その結果、成立した法律は第1遺伝子技術法或いは第1改正法と呼ばれるようになった）。この場合には連邦参議院からの異議を連邦議会が却下すれば法律が成立するからである。その結果、今回の改正の重要な内容は、インミッション規定と登録制度となり、許可手続や混入予防措置の具体的内容や監視体制の内容といった州やその他の自治体の行う任務の詳細は第2遺伝子技術法（第2改正法）案として新たに国会審議の対象となりなお野党との交渉に残されることになったのである³。この制定経過は、今回の改正がいかに対立を含んだものであるかを如実に物語っている。当然のことながら議会内部のこの対立は社会的に存在する対立を反映しており、さらに、この対立はEU全体に及ぶものである。問題をさらに複雑にするのは、これにEU及び加盟各国の対アメリカの戦略がからむからである。

遺伝子技術法は、1993年に制定され2002年の改正を経ているものであるが、今回の改正は、法案に付された理由書によれば、異なる農法の共存（Koexistenz）の具体的措置についてのEUレベルでのその後の展開に即するためのものとされている⁴。しかし、化学業界などの推進側からは、

3 第2改正法案は2005年3月18日連邦議会で可決された。しかし、4月29日、連邦参議院はこの第2改正法案を否決し、法案は両院協議会に付された。第2改正法自体については意見の相違は大きくはないようであるが、連邦参議院の多数は既に施行されている第1改正法の中の責任規定の改正を主張している（その内容は注（10）を参照）。その後の政治状況の変化により、連邦議会選挙が2005年9月に行われることになった。第1改正法及び第2改正法を巡る対立は連邦議会選挙の後に持ち越され、その帰趨は選挙の結果如何によることになった。

4 法案には、EG指令（Richtlinie）2001/18, EG規則（Verordnung）Nr.1830/2003の国内法化（Umsetzung）である旨が注記されている。前者は、環境へのGVOの計画的開放についての指針で、開放系の研究、GVOの市場化が規制されている。後者は、その改正であって、GVOで作られた食品及び飼料についての追跡可能性と表示についての指令である。本稿が対象とする改正法§36 aは、直接には、非意図的混入の場合の表示を定めた後者に関連している。

この改正が法案のいうように EU レベルに合わせるということに止まるものであるかが疑問とされ、このことが議会での僅差での成立ということに現れた⁵。かくて、ドイツ法のインミッション規定は、EU 委員会と各国内の市民団体の対立、食糧戦略を巡るアメリカとヨーロッパの対立のさらにはそれをとおして全世界的規模での今後の食糧事情に影響をあたえるような政治的争いの埒塙のなかにおかれることになったのである。これまでの遺伝子技術法は、GVO 作物の栽培・実験の許可手続きをはじめとする行政的規定、罰則及び民事差止請求権の排除規定のほか、損害賠償規定も含んでいたが、その内容は生命・身体・健康・物の侵害の場合だけが対象であって、隣地の農業者の損害についての規定はなかった。今回の改正では、行政法的規定部分の改正も少なくはないが、中心は隣地の農業者との関係の調整を内容とする § 36 a の新設にあった。このような対立を背景とした本改正法中のインミッション規定は、BGB § 906⁶ の従来の扱いとの

5 EU 委員会は、2004年7月26日、ドイツ政府に対して EU の指令から逸脱しているとして法案の再検討を求めた (Mitteilung der Kommission-SG (2004) D/51510)。ドイツ政府・連立与党は両院協議会においてこの要請に応えることを拒否したわけである。各国法と EU の関係としては、各国による EU 指令の国内化法律には EU 委員会による批准手続きがあり、また、EU 裁判所による無効判決の制度もある。EU 委員会の見解のうち、本稿の対象であるインミッション規定に関する部分については注 (19) 参照。

6 BGB § 906 (1) 土地の所有者は、ガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・振動及び他の土地から来る類似の作用が、自己の土地の利用を侵害していないか或いは非本質的に侵害しているにすぎない限りでは、これらの作用を禁止することができない。法律或いは法規命令により調査され評価される作用がこれらの諸規定によりさだめられた限界値或いは基準値を超えていない場合には、通常は非本質的な侵害が存在する。連邦インミッション防止法48条に基づいて発せられかつ技術水準を表わす一般行政規則の値についても、また同じ。

(2) 本質的な侵害が他の土地における場所的慣行の利用によって生じており、かつこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によっても防止されない限りで、また同じ。所有者がこれによりある作用を受忍しなければならない場合において、当該作用がこの所有者の土地における場所的慣行の利用もしくは収

関連では、一つの解釈を法律化したものという意味をもつ。本稿は対象を民事インミッションの問題に限定し、まず、本改正法のインミッション規定及びその理由書を紹介し(第2章)、その内容の特色を抽出・検討し(第3章)、最後に、この規定の民法の体系という観点からの意義を考え、それとの比較で、日本の現状⁷について触れることにする(第4章)。

第2章 改正法の内容

1、まず、この改正法全体の目的をみておこう。

「§1 本法の目的

本法の目的は次ぎのことにある、

- 1、人間の倫理的価値、生命及び健康の考慮のもと、その作用構造における環境、動物、植物及び物を遺伝子技術上の手続き及び生農産物の有害な作用から保護し、そのような危険の発生に対する予防措置を講ずること、
- 2、慣行農法、有機農法によってと同様に遺伝子組み換え農法によっても農産物、とくに食料及び飼料が生産され流通に入れられる可能性を確保すること
- 3、略(変更なし)
- 4、遺伝子技術法の領域でのヨーロッパ共同体の法的文書を遂行或いは(ドイツ国内法に)書き換えること。」

益を期待可能な程度を超えて侵害している場合には、この所有者は他の土地の利用者に対して金銭による適切な補償を請求することができる。

(3) 特別な誘導による侵入は許されない。

(訳は、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(-)」早法74巻4号[1999]291頁によった。)

7 わが国での損害賠償問題の所在を指摘するものとして、大塚直「遺伝子改変生物のバイオセーフティ [研究ノート]」L&T 18号[2003]10頁。

この§ 1は、改正前は1項で「人間の生命、健康、動物、植物及びその他の環境をその作用構造及び財貨において遺伝子技術上の手続き及び生産物のありうる危険から保護し、そのような危険の発生を予防すること」とされていたのが、上記のように改正され、2項、4項が新設された。いうまでもなく、§ 1改正の中心は2項の新設にある。

2、この目的の下、改正法でのもっとも激しい対立点となった規定である§ 36 a(1)(2)(3)は以下のとおりである。

「§ 36 a 利用侵害による請求権

- (1) 遺伝子操作に基づく組織の性質の移転、GVOのその他の運び込み (eintragen) は、次ぎの場合に、民法典第906条の意味の本質的侵害となる。

利用権者の意思に反して、そのような移転その他の運び込みによって、生産物が、特に⁸

- 1、流通させることができなくなった場合、
 - 2、本法或いは他の法律の規定により遺伝子組み換え表示のもとでのみ流通させうる場合、
 - 3、物をその生産方法に関して妥当している法規定上可能であった表示によって流通させることができなくなった場合。
- (2) § 16条 b(2)(3)による予防措置義務の遵守は、これを BGB § 906の意味の経済的に期待可能 (zumutbar) なものとする。

8 「特に (insbesondere)」という文言は当初提出された議案にはなく、審議段階で入れられた。これによって1号以下が限定列挙ではなくなった。Palme, Die Novelle zur Grünen Gentechnik, ZUR 2005, S.126ff. は、この文言は0.9%以下の混入であってもGVO農家の責任を発生させる可能性を残すという問題があるが、EU法適合的解釈によってなおEU法の枠の中にあるといえるとする(129)。これに対して、Wolfers/Kaufmann, a.a.O., S.327は、相当性 (Verhältnismäßigkeit) を超える責任強化である (これは違憲及びEU法不適合であるとする論拠) とする。

- (3) BGB § 906の意味の地域慣行性の判断にとっては、農産物の生産がGVOを伴って行われるか否かは重要性をもたない。
- (4) 個別的事情により複数の相隣者が損害惹起者の可能性があり、それらのうちいずれのものがその侵害を加えたかを知ることができないときには、各自がその侵害の責任を負う。このことは、各自が侵害を一部のみを惹起しZPO § 287により惹起者への補填の分割が可能なときは、当てはまらない。」

§ 36 a(2)の中で指示されている § 16 bは次のような規定である。

「§ 16 b 流通に出される農産物の扱い

- (1) GMOを含む或いはそれから成り立っている農産物で流通を許可された物を栽培、加工し、それが動物である場合にそれを保持し、又はそれらを営利事業として、営業として (*gewerbsmäßig*) 或いはそれと同様な態様で流通させる者は、§ 1(1)(2)にあげられた法的財及び利益をGMOの性質の移転によって或いはGMOのその他の運び込みによって本質的に侵害されることのないように、予防措置を施さなければならない。第1項にあげられた行為は、個別の事情に基づき § 1(2)にあげられた利益が保証されない限りは、許されない。
- (2) 植物の栽培その他の取扱い及び動物の保持においては、前項の予防措置義務は、よき専門的実務水準 (*gute fachliche Praxis*) を遵守して履行されるものとする。
- (3) 1項の予防措置義務の履行に必要なよき専門的実務水準にはとくに次のようなものが含まれる。
 - 1、遺伝子組み換え植物の栽培及びGMOを含む肥料の製造及び販売においては、播種及び収穫時の他の土地への侵入並びに他の苗及び相隣地の野生の植物への交配を避ける措置、とくに、少なくとも必要な間隔をとること、種類の選択、越境植物の除草或いは花粉飛翔遮断の利用によって。その場合には、遺伝子組み換え種或いは植物の種類、事業の区画、GMOを含む肥料の使用及び栽

培終了後も越境の発生が考慮されるべき限りなされるべき植物栽培上の措置についての表示が行われなければならない。

- 2、遺伝子組み換え動物の保持においては、保持のための場所からの逃走及び同種の他の動物がこの場所に入り込むことの阻止、
- 3、GVOの保管においては、他の農産物との混合（Vermischung und Vermengung）の阻止、とくに、他の農産物からの空間的分離及びGVOの保管に使用された保管場所及び容器の洗浄による阻止、
- 4、GVOの運搬においては、喪失の阻止並びにとくに他の農産物からの空間的分離及びGVOの運搬に使用された運搬手段及び容器の洗浄による他の農産物との混合の阻止

（4）以下略」

3、法案に付された理由書（BT-Drucksache 15/3088）では、36条aについて次のように述べられている。

「§36aによって、相隣法上の規定の基本的要素、即ち、本質的侵害、排出者にとって経済的に期待可能な手段によって回避可能な作用（Einwirkung）及び地域慣行性といった概念が具体化される。本質的侵害を細かく規定するにおいては、すくなくとも以下のような、望まれない交配或いはその他のGVOの侵入による所有権の侵害が考えられるケースをカバーすることが目指された。即ち、

- ・交配された或いはその他の方法で入れられたGVOの使用に流通のための許可がないが故に、とくに、当該GVOの開放（Freisetzung）に由来するが故に、農産物が流通に出すことができない場合（1項1号）、
- ・農産物が“遺伝子組み換え”という表示を付けなければならない場合（1項2号）、
- ・1991年6月24日の有機栽培及び農産物及び食品のそれに相当する表示に関する欧州評議会の指令の標準によるものという農産物の表示の可

能性が失われた場合(1項3号)、

- ・“遺伝子組み換えなし”という表示の可能性が失われた場合(1項3号)⁹。

それぞれのケース類型において、例えば遺伝子組み換え食品の表示に関してのように、閾値が存在する場合には、それらの閾値が、侵害が本質的であるかの問題にとっての重要な手掛かりとなる。閾値は、差止及び補償請求権についての目下の定式によれば新たに定義される必要はなく、そのつどの値において参照される。」

更に、§36 a(2)が指示する§16 b(2)及び(3)で重要な意味をもつ「よき専

9 この理由書からもわかるように、本改正法のインミッション規定にとっては表示制度が重要な意味をもっている。表示に関しては§17 bで規定されているが、その内容はEG規則の国内法化であるので、ここでEU及びドイツの表示規則をまとめておこう。§36 a(1)に係る表示は、①「GVO含む」、②「遺伝子技術不使用 (Ohne Gentechnik)」、③「有機栽培」である。①は、まず、栽培・製造過程上でGVOを含むものとして作られた物(飼料を含む)、それが占める比率に拘わらず表示義務がある(EG規則1829/2003 §12(1))。それまでは対象は食料だけで最終製造物(Endprodukt)で1%以上含んでいる場合(EG規則49/2000, 50/2000)であった。表示制度はより限定的(とうもろこしと大豆)には1997年に始まっていた。新たな規定によって、不可避的な偶然的混入で0.9%を超える場合(EG規則1829/2003 §12(2))に義務付けられた。②は、ドイツ国内法上の制度で、GVOを含まない栽培・製造方法をとっていることが証明されている農産物につけることができるという任意の制度である。証明の手続きが面倒なのでこの制度はあまり利用されていないといわれている。③は、有機農産物の表示についてのEWG指令(EWG Nr.2092/91)の基準による。②にしても③にしてもGVO未使用であることの表示ではあるが、外部からの混入がないことを示すものではない。EG規則1829/2003は、不使用でも外部からの混入が0.9%をこえると①を義務づけることになったわけである。なお、これまでの実務上は③については、扱い官署により0.1%までとか飼料については0.5%までといった基準がとられていたようである。EG規則1829/2003による制度は、2004年4月18日から義務づけられた。日本の表示制度については注24で紹介する。天笠『世界食料戦争』[2004] 149頁にEUと日本の表示制度を対比した表がある。

門的実務水準」については理由書において次のように述べられている。

「…植物の栽培及び動物の保持が営利目的か否かは重要ではない。どちらの場合でも、§ 1(1)(2)にあげられた目的にとって同様の侵害が生じる可能性があり、よき専門的実務水準の枠のなかで採られるべき措置の相違はないからである。」

「(3)における列举は限定的列举ではない。植物の栽培において考慮すべき個々の要因の意義と共働作用は科学的になお完全には解明されていないので、一連の措置は現在なお予め述べることができない。GVOの有り得る多様な侵入態様を考慮しなければならない。…周囲の非農地のGVO 或いはその交配による侵入からの保護もよき専門的実務水準の一部をなす。…(異なった農法間の) 共存に関して考慮すべき諸要因の包括的叙述及び可能な経営及びその他の措置の(これがすべてではない) カタログは遺伝子組み換え農法、慣行農法、有機農法の共存に関する各国の戦略及び手続きについての指針を伴った2003年7月23日の(EG) 委員会勧告(ABLEUNr. L189 S.36)に含まれている。よき専門的実務水準の具体化は、第6項により法規命令によって行われる。しかし、その制定の前に既に(GVOの) 使用者は、1項による予防措置義務を果たすために、必要な注意を払い明確な形の(erkennbare) 措置を採らなければならない¹⁰。」

第3章 BGB § 906の三要件の具体化について

1、理由書によれば、§ 36 aはBGB § 906の三要件の具体化である。具体

10 連邦参議院で多数派は、GVO栽培農家が「よき専門的実務水準」を遵守しなかった場合にだけ責任を問われるという制度とすべきであるということと、連帯責任規定の廃止を主張している。<http://www.biosicherheit.de/aktuell/321.doku.html>

化とよぶことは、§36 aは§906の適用においてその要件を明確にするものである、と説明することを意味する。従って、§36 aは§906の要件の修正ではなく、§906に対して特則の関係にたつものではない。しかし、このことが直ちに実質的にもそのとおりであるということの意味するわけではない。まず、具体化とされた内容が、それら3要件のこれまでの扱いとの関係でどのような位置にあるのかが検討されなければならない。このことは、この改正法をめぐる対立点を明らかにすることでもあり、さらには、§36 a(1)、(2)が今後どのような内容をもつものとなるかによってGVO作物をめぐる社会的動向が大きな意味をもってくることを示すことにもなる。

なお、今回の改正では、遺伝子技術法§23は改正されていない。この条文は、BImSchG§14などと同様に、民法上の差止請求権の内容として、行政的許可を受けた操業の全面的停止請求権の排除と予防措置及び損害賠償の請求への限定を規定している。従って、§36 aによる§906の三要件の具体化も全面的停止請求権の排除を前提としている¹¹。

2、侵害の「本質性」概念の具体化について

§36 a(1)は、侵入的作用の本質性を土地利用の結果としての農産物の商品価値によって判断するものである。確かに、§36 a(1)は本質的侵害が商品評価を介してのみであるという修正規定ではなく、他の評価方法を排するものではないから、この規定は、侵害の本質性の評価方法を付け加えたものという意味をもつ。しかし、実際にはおそらく最も重要な（或いは、唯一の）評価方法として働くことが予定されていると思われる。この評価方法は、まず、このようなGOVの侵入は§906に挙げられている諸作用

11 この制度については、秋山・前掲298頁及び303頁注(13)、宮沢俊昭「環境法における私法の役割(前編)(2)」一橋法学2巻2号[2003]256頁以下及びそこで紹介された文献参照。

と異なって、外見の知覚からは侵入の有無が判断できないということから必要になったものと説明されうる。形式的には GOV の侵入が侵害にあたりその本質性の判断を § 36 a(1) のように行うというものである。その特色は、ここでの本質性判断が土地利用形態への直接の物理的影響ではなく、市場による商品評価によって行われることにある。確かに形式的には GVO の性質の移転が土地利用侵害であって、その程度について一定の商品評価を介して本質的侵害と判断される。従って、商品評価は土地利用侵害の本質性の判断尺度であって、商品評価の低下による経済的損害が被侵害利益という意味での直接の保護の対象とされているわけではない。しかし、この方法によると、GVO の混入があってもそれが商品としての価値低下に導かなければ土地利用の重大な侵害とされないということであり、実質的には、土地利用の保護の形式をとおして商品生産の条件を確保するという意味をもつことになる。この点に着目してこの評価方法をこれまでの本質性要件の扱いと比較してみよう。

GVO の他の耕作地への侵入を直接に扱ったものではないが、有機栽培農家が大学で行う GVO さとうだいこん (Zuckerrübe) の栽培実験による GVO 侵入の危険を理由に原告の畠の植物及び土壌の調査 (被告がしなければ原告による代替費用) と遺伝子の飛来の不作為を請求した事件で、OLG Stuttgart 1999.8.24 判決 (NUR 2000, 357) は、請求を棄却して大略次ぎのように述べた。§ 1004(1)、§ 823、§ 862(1) のそれぞれによる調査措置、侵害の排除或いは侵害の危険の停止は根拠がない。まず、遺伝子の原告の畑への移転は極めて僅かな量にすぎず、所有権侵害があるといえるかは疑わしいが、このことを立ち入るまでもなく、906 条にいう非本質的侵害であって違法な侵害とはいえない。遺伝子組み換えがおこなわれたさとうだいこんの開放栽培実験によっても (原告の) 畠の土壌の生産性へのネガティブな影響の科学的に立証された手がかりはない。土壌組織の共生についての知見が限定されていることから理論的に残されたりリスクは、評価的視点からは、遺伝子組み換えなしでも起こりうる知られざる展開を伴

った新たな組み合わせが生じうるリスクと区別できない。理性的平均人の感覚によれば、かの残されたリスクは、原告の畠の有機利用を考慮に入れても、客観的には、土地利用の本質的侵害のおそれをひきおこすものではない。このように非本質的と判断される侵害は、(原告の農園が加入している)州有機農業連盟(Bioland-Landesverband)が原告に対してこの畠で作られた物を有機農産物として販売することを禁じるということがあっても、原告の差止請求権を根拠づけるものとはならない¹²、と。

この判決は、本質的侵害の有無の判断において土地の生産性の低下の有無に着目している。そしてここで生産性というとき、農産物の内容がGVOを含むか否かは問題とされていない。そこから、生産力の低下がなければ、有機農業連盟による有機農産物販売としての禁止という事実も侵害の本質性判断に入れられないことになった¹³。

異なった農法に起因する紛争に関するBGH裁判例としては、BGH 1984年3月2日判決(BGHZ 90, 255)がある。これは除草剤が降雨と一緒に隣の有機栽培農園に流れ込んだという事件で、BGHは、その再発生の危

12 これに続けて、「稼動中の営業権(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)」侵害についても直接性要件を充たしていないという記述があるが、この点に立ち入るのは省略する。この概念をめぐる問題については、拙稿『「営業利益」とドイツ不法行為法』法政理論24巻2号[1991]1頁以下参照。

13 906条の本質的侵害要件の解釈としてこのOLG Stuttgart判決を肯定的に評価するものとして、Wolfers/Kaufmann, ZUR 2004, S.325 Fn.41, Tobias Dolde, Haftungsrisiken für Landwirte aufgrund der Koexistenz konventioneller Landwirtschaft mit benachbarten transgenen Kulturen? NUR, 2004, S.221. この判決を批判するものとして、Abel-Lorenz, Anmerkung zur Entscheidung OLG Stuttgart, ZUR 2000, S.31, Lorenz Stökl, Die Gentechnik und die Koexistenzfrage, ZUR 2003, S.277. 判決批判をとおしてではないが、生産物の商品価値の低下を土地所有権侵害に基づく損害と把握するものとして Ludger Wellkamp, Haftung in der Gentechnologie, NUR 2001, S.190. Palme, ZUR 2005, S.126.

険に対する不作為請求（「被告が一定の種類妨害行為—原告の土地占有を侵害する雨水の流れによる化学除草剤の侵害的流入—を停止することに向けられた」不作為請求）の可能性を認めて破棄差戻した。その際、原判決による § 906 の侵害の本質性概念の理解を退けて次のように述べている。

「原告の有機栽培が通常の栽培と違って特に侵害に弱い (störanfällig) のだから侵害は非本質的であると立場を主張するのは、この概念を誤解している。…土地の利用の侵害が本質的であるか否かは、むしろ、いかなる程度において、土地の実際目的による利用が妨害されたかということにのみ係る。原告はその所有権及び占有（原告は隣の農園を用益貸借していた）を自由に利用しうるのであるから、原告は除草剤の侵入に強い栽培方法に限定する必要はない」、と。この事件は、収穫できなかつたということが被害として原告から主張されていて、収穫物が除草剤によって汚染されたという争いではないから直接に農法の相違が争いの対象になったのではない。除草剤に弱いことが収穫の阻害にあったかもしれない（差戻し後の検討対象とされる）という限りで原告の農法が事件の背景をなしているといえるとしてもである。また被害が既に発生しているという点でも上記の OLG Stuttgart 事件とは異なる。従って、BGHZ 90. 255 につき収穫を阻害すること或いは一時的にせよ土壌生産力を低下させることが侵害の本質性判断に至らせるものとするのも一つの解釈として可能であろうが、OLG Stuttgart は、土壌の生産力に着目して侵害の本質性を否定する際に、（他の個所では参照の指示がある）BGHZ 90. 255 への参照を指示しなかつたから、BGHZ 90. 255 をそのようにはみなかつたのであろう。

GVO の非意図的交配が他の農業者にとっての本質的侵害たりうるかについては、これまで次ぎのような二つの立場が主張されていた。基本的にこれを否定する立場から、Dolde は、GVO の侵入は、耕作地の構成、表面、収穫力にマイナスに作用するという科学的手掛かりがない限り、本質的侵害とはいえない。収穫物の市場への出荷の際の表示によって売上の減少が生じたとしても、（消費者の行動に由来する）間接的な結果損害であ

るにすぎず、(被害)相隣者によって甘受さるべきものである¹⁴、とする。このDolde説は、侵害の有無・程度を土壌の生産性に限定していることで、上記OLG Stuttgart判決と同じ構造を示している。Doldeの基本的立場は、遺伝子技術の商業的利用に対して、責任法をとおしていわばこっそりと(durch die Hintertür)かんぬきをかけることは、遺伝子技術の商業的利用を可能にするという基本的決定に反することになる、というものであり、また、そもそも作物中のGVOの割合を基準としての表示制度にも批判的である¹⁵。

これに対し、Hanspeter Schmidtは、§906の侵害の本質性判断において、作物の市場価格上の損失(Verlust an Marktwert)に着目する。この侵害の本質性を、判例通説と同様に、通常は§906(2)2文のいう影響が被害土地の慣行的利用或いはその収益を「受忍可能な程度を超える場合」と通常は一致するとしてうえで、次のようにいう。この要件は、収入が重大に害されたということまでは要求されず、明らかな(spürbar)な市場価格の減少或いは商品化の準備のための分析的(analystisch)な出費(表示のための調査の費用などであろうか—筆者)で充たされんとする。判断尺度は、そして市場の有機農産物に対する敏感さ(Empfindlichkeit)や自由な選択ができるという消費者の期待も考慮されるべき事情となる。市場価格の減少には、場合によっては、有機農業者の保証責任の結果としての結果損害(Folgeschaden)も補償額の考慮要因となる。この補償請求権の内容は衡平判断によるが、判例では通常は市場における損害の完全

14 Dolde, NUR, 2004. S.220, 222. 同旨 Wolfers/Kaufmann, ZUR 2004, S.324f. ほかに、現行法が既に適切な利益調整を示しているとして、改正案を特に取引自由の過度の制限となるという角度から批判するものとして、Matthias Herdegen, Koexistenz und Haftung [2004] がある。損害填補規定によってGVO栽培及び研究が阻害されるという立場からの批判として、Sandra Schmieder, Die Neuregelung der Folgen von Auskreuzungen im Gentechnikrecht. UPR 2005. S.53.

15 Dolde, a.a.O. S.222.

な賠償である¹⁶、と。

Schmidt においてはさらに、この損失理解が侵害が本質的である場合でも差止請求を排除する § 906(2)の要件の判断にとっても規定的なものとされる。すなわち、GVO 作物栽培者は、そこまでは限定的差止請求に服するという意味で § 906(2)のいう経済的に期待可能な回避措置を施す義務があることになるが、この義務の判断において、防止できない場合に支払わべき補償額が重要な意味をもつとする。回避費用と同じ或いは(わずかに)高額であるような補償請求権を負担する場合に、遺伝子組み換え花粉を侵入させることを遺伝子組み換え耕作者に許すというのは、BGH 判決の相隣法的共同体関係における信義誠実についての判例と一致しない¹⁷、という。この意味は、回避費用と同等或いはそれを上回るという程度では、侵害を許容すべきではなく、「回避費用が、支払わべき補償より明らかに高い限りでのみ」、(経済的に期待可能とされないことによって)限定的差止請求も退けられ侵害が許容されるということのようである。というのは、Schmidt 説では、経済的に期待可能な防止措置の程度にとっては、補償請求権の額が唯一の尺度ではなく、それに加えてGVOの利用によって得られる利益も考慮に入れられる、とされるからである。

かくて、GVO が混入することによる他の栽培方法の農産物の市場価格への影響を侵入作用の本質性判断の対象とするかがそれぞれの説をわけ

16 Hanspeter Schmidt, Die heutigen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Koexistenz der biologischen Landwirtschaft mit benachbarten transgen Kulturen in Deutschland. これは、連邦消費者保護・食糧・農業省によるGVOをめぐるシンポジウム(2002年3月28, 29日)での報告である(<http://www.transgen.de/>の画面からDiskussionsrundで検索できる)。Palme, UPR 2005, S.170は、§ 36 a(1)の「本質的侵害」の定義につき「従来の判例の枠の中である」とし、さらに、Palme, ZUR 2005, S.127では、「§ 36 aがなくても、判例は§ 906に沿って最終的には同様な結果に至ったであろう」という。

17 Schmidt, ebenda.

解釈の相違となっていた。これまでの学説の本質性解釈においては、「土地の実際目的規定 (tatsächliche Zweckbestimmung) による利用がどの程度妨害されたかのみが問題となる」として、その例として、BGHZ 90. 255を引きながら、有機栽培者は、降雨によって流入する除草剤の作用に耐え得たであろう耕作方法に限るようといわれる必要はない、このようにして、とくに敏感な植物の保護も確保される¹⁸、とされていた。このような理解を共通としても、なお、一方には、OLG Stuttgart 判決や Dolde 説のように、本質性判断を土地の生産性によって行うという解釈 (BGHZ 90. 255の判示を収穫物そのものの滅失事例とみることが前提となる)、他方では、Schmidt 説のように有機農産物として販売できないことを土地利用の侵害とみる解釈 (BGHZ 90. 255の判示の意味を生農産物滅失に限定しないで、生農産物の品質に延長する) もありうる。新たに導入された遺伝子工学法 § 36 a (1) は、GVO の混入によって当初予定された商品表示ができなくなった三つのパターンを想定してそれらを本質的な侵害となるものとした。これは直接には、侵害を収穫の減少そのものにみる解釈を排し、Schmidt 説をより具体化したものといえる¹⁹。

3、「経済的に期待可能な措置」要件の具体化について

§ 36 a (2) は、§ 16 c (2)(3) による予防措置義務の遵守を BGB § 906 の意味での経済的に期待可能なものとする。これによって、遺伝子組み換え栽培者は、最低でも § 16 c (2)(3) で挙げられていることを行わないと、他の耕作

18 Staudinger/Roth, BGB, Bd.3 [2002], § 906 Rn.182, Bamberger/Fritzsche, BGB, Bd.2 [2002], § 906 Rn.37, 40.

19 EU 委員会は、§ 36 a に関して、農家が顧客と閾値よりも厳格な値で契約している場合には、GVO の混入が閾値以下であっても補償義務が生じるとして改正案を批判した。これは、(1) 1号をさしてであろう。また、§ 36 a に関しては、(4) の連帯責任規定によって、無過失責任を負わされる可能性があることを批判している。出典については、注 (5) 参照。Herdegen, a.a.O., S.18ff. は、EG 指令との不一致という批判を行っている。

者に § 36 a(1)があげる表示上の不利益が生じる場合には、§ 16 c(2)(3)でいう措置を求める限定的差止請求を退けることができなくなる。

§ 906(2) 1文の「経済的に期待可能な措置」については、「当該部門の平均的操業にとって、必要な措置による財政的負担が経済的に期待される」という意味に理解されている。もっとも、このように言い換えてもそれぞれの事件類型で分化された尺度 (ein differenziert-objektiver Masstab) が重要になる²⁰。§ 36 a(2)が内容とする § 16 c(2)では、学説のいう「分化された尺度」が「よき専門的実務水準」と定式化されている。GVOが容易に移転し侵入するという性質をもつことから、その取り扱いに一層の注意義務が要求されるということがこの定式で表現されている。これからは、現実に行われる措置或いは被害耕作者から要求される措置が § 16 c(2)の「よき専門的実務水準」に沿うかということが争われることになる。この基準までは遺伝子組み換え耕作者は予防措置請求に服し、その措置を施した上でも本質的な侵害がなお存する場合は、その耕作が地域慣行性要件を充たすと（但し→(3)参照）、§ 906(2) 2文によって適切な補償の支払い請求をうけることになる²¹。

この「よき専門的実務水準」規準については、GVOの取扱いが専門性を要求される領域であるということ、さらに、「よき」という形容詞が付されたことが、「平均的」な専門的実務水準より上のものとする解釈の余地を残しているという意味で今後「経済的に期待可能な措置」の要求を高める可能性がある。

20 Staudinger/Roth, a.a.O., Rn.237.

21 EU委員会はよき専門的実務水準を満たしても補償義務の可能性が残ることも批判している。GVO問題に関してEU委員会を批判するものとして、スーザン・ジョージ（杉村昌昭・真田満訳）『オルター・グローバリゼーション宣言』[2004] 161頁。同書105頁以下はEU委員会と産業界ロビーとの間に緊密な関係があると主張している。

4、§906(2)1文及び2文の地域慣行性要件について

§36 a(3)は、「民法典第906条の意味の地域慣行性の判断にとっては、農産物の生産がGVOを伴って行われるか否かは重要性をもたない」とする。地域慣行性要件は、§906(2)1文で加害者側の地域慣行的利用による侵害であることが差止請求権排除の一要件として、(2)2文で被害者側の地域慣行的利用の侵害であることが補償請求権の一要件として規定されている。§36 a(3)の定式はこの両方の要件を指している。この意味するところは、GVO使用にせよ不使用にせよどちらかだけが地域慣行的とされるとそれが予防措置の程度や補償請求権の有無にとって決定的な判断になることから、耕作方法の地域慣行性をGVO使用の有無によって決めないということであろう。このことは、実質的には、§36 a(3)は地域慣行性要件の具体化というより、GVO使用の影響による被害に関しては、地域慣行性要件を機能させなくするという意味をもつ。共存という§1条(2)の掲げる目的が、地域慣行性要件でGVO使用・不使用を考慮要因に入れないという形になって現れている²²。

第4章 まとめ

1、遺伝子技術法は制定当初から§1(1)に人の生命・健康、環境・生態系の保護を挙げていた。本改正法は§1条(2)で異なる農法間の共存という目的を加えた。§36 aの新設はこの§1(2)に関連している。BGB §906の本質性要件のこの「具体化」によって保護される利益は、直接にはGVOが

22 Palme, ZUR 2005, S.126は、被害者側からのGVO栽培の地域非慣行性の主張を認めない点に着目して、この規則は立法者が(EUレベルに合わせた)GVO促進義務に従ったことを示しているのものであるとし、同頁注117で、Wolfers/Kaufmann, a.a.O., S.326が改正法がGVO阻止の傾向をもっていることに対して批判する論拠としている。

混入していない商品の販売であり、それをとおしての、GVOが混入しない環境の下での生産活動である。これまで、§906による§1004に基づく差止請求権の制限が及ばないという形で、土地の利用の保護という構成を介して生活環境を共同享受する利益の保護の展開がみられた。勿論、土地利用の保護を介して保護される利益は、生活環境利益に限られるものではなく、個別事件において一定の環境条件の下での生産・営業活動が保護されることにもなる。本改正法における§36aによる§906の「具体化」は、GVO作物の栽培から生じる紛争をその特色に着目して事件類型として取り出し、それに特化した要件を設定したものである。そこでは、土地利用の保護がGVOを含まない商品生産の保護に直結されている。ここでは、保護の対象が生産活動ということ自体ではなく、GVOを使用しないという一定の内容・質をもったそれであることが特色である。§906が工業と農業といった異なった産業間の調整基準として機能することは古くから見られたことであるが、§36aは、同じ職種の間での異なる生産活動様式の調整基準である。かくて、§36aによるBGB§906の三つの要件の具体化によって、遺伝子技術法のインミッション法部分は、人の生命健康の保護、環境の保護と並んで、異なった農法間の共存の条件を整備・規定することによって、実質的には競争法としての性格をもつようになった。そして、本法§1(2)でもあげられているように、消費者の選択可能性（競争利益の享受）の確保が保護目的に含まれることも競争法の性格を示す。それは、商品表示制度を手掛かりとし、かつ、土地利用保護の制度を介した競争法の民事法的部分をなす。そこでは、農産物の商品的市場価値に着目することによって、法形式上は、異なった農法に対して中立的位置が保たれている。しかし、ここで重要なことは、そのような商品表示に着目した形式的なルールをとおして、有機農業及びGVO不使用農業の存続可能性の確保という実質的価値の実現が目指されていることである。ここには、競争法が競争という価値だけでなく、環境、健康といった価値をどのように取り組むかという問題の一つの例を見ることができる。

よき専門的実務水準を基準とした予防措置義務の設定によって、この水準までの防止措置までの部分的差止めの制度が第1次的救済手段として働き、また、よき専門的実務水準に即した措置を採っても被害者にとって受忍が期待されない損害が残る場合には補償請求を免れることはできないことになる。GVO使用栽培者は、予防措置費用プラス有り得る金銭補償のコスト計算のうえでの経営となる。

なお、§ 36 aは、非財産的損害の保護は対象としていない。このことは、BGBの損害賠償規定の改正(2002.8.1施行)によって非財産的損害の賠償可能性が契約責任に拡大された後も変わらない。

2、しかしながら、このように§ 1(2)の目的に即した§ 36 aではあるが、その今後の機能にとっては、§ 1(1)の目的の理解を巡るせめぎあいが、要件解釈の争いをとおして、規定的役割を果たしていくであろう。おそらく、§ 36 a(1)に関しては、直接的には基準値の妥当性についての争いに、間接的には、商品表示のもつ意味の市場的価値を決定する市場行動として補償額をめぐる争いに、そして、§ 36 a(2)に関しては、よき専門的実務水準の内容を巡る争いにとっての背景をなすものとなるであろう。

ドイツ政府は、EUの提示する枠組みに沿って、共存を前面に掲げてそれが可能であることの広報を行っている。しかし、一方では、環境保護団体からはそもそも物理的技術的に共存が可能かという疑問が出されており、他方では、改正前から、BGB § 906の運用如何でGVO作物栽培が困難になるという(GVOを推進する立場からの)意見が表明されていた。これらの真っ向から対立する意見のなかで、本改正法は、「共存」ということによって、独占の防止という点で、特許を介しての種子独占の方向をもつ大手化学・種子企業への対抗という意味をもっている。ドイツ有機農業連盟が、細部についての批判は残しつつも、この改正案を歓迎するという声明を出した(<http://www.bioland.de/>)のはこの故であろう。議会での表決が示しているように、この改正法を巡って厳しい対立が見られること

からして、§ 36 a が BGB § 906 の具体化であることの意味（§ 1(2)の目的の実現ということ）は明確であっても、この改正法の掲げる目的が可能であるのか、可能であるとしてもその内容が具体的にどのようなものになるかについての共通理解があるとはいえないであろう。

3、§ 1(2)の目的を表す条文が具体的にその内容がどのように埋められていくかに関して § 1(1)の目的を巡る争いが規定的意味をもつということは、それぞれの目的の内容からいうと、財産に関する法に対しての人に関する法の機能的制約の一つの現れとしてとらえることができる²³。この意味の制約がどのような形をとるかは、当該問題がそれぞれの社会でどのように扱われているか、具体的には、商品化の論理の貫徹に対して対抗する力の存在形態によるところが大きい。GVO 問題に関していえば、確かに、§ 36 a(1)は、直接には商品表示・流通に着目しているが、この商品価値は社会的には § 1(1)に掲げる目的の観点からの評価をうける。また、§ 36 a(2)が指示する § 16 b(2)のよき専門的実務水準の内容にとっても、§ 1(1)にあげられた非財産的財の保護を求める力の存在が大きな役割を果たす。従って、§ 36 a は、BGB の損害概念に整合的に、表示を手がかりとした商品価値に着目した形式的規準となっているが、この価値を決めるのは、生産者の生産物に込められた情熱とそれへの消費者の評価である。生産者と消費者という市場によって分断された主体が環境及び食を市場から取り戻すという（従来の概念からいえば）非財産的利益の主張が、形式的には競争法的な規定の実質をなしてくる。

4、ドイツの遺伝子技術法改正との比較という観点からすると、わが国の

23 ここで使われた用語については、広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』[1989] 92頁以下及び唄孝一・宇津木伸・佐藤雄一郎「ヒト由来物質の医学的研究利用に関する問題下」ジュリスト1194 [2001] 92頁参照。

GVOをめぐる民法上の問題状況がそれと異なるのは、まず、インミッション調整規定の要件の具体性が異なることによる。わが国では差止請求にせよ損害賠償請求にせよ、それぞれの内容は異なるにせよ、受忍限度規準によることになろうが、この規準はBGB § 906要件のように細分化されていない。§ 36 aによる具体化は§ 906において要件が細分化されていることが前提となっている。次に§ 36 a(1)がある程度の形式性をもった基準であることは、商品表示制度の整備があって可能となった。この制度のためには、そしてまた、GVO問題が民法上の問題として他のインミッション問題とは異なった特色を持ったものとして現れたことには、農民団体、消費者団体と産業界との力関係によることが大きい。これに対して、わが国では表示規定がドイツインミッション法におけるような対応を可能とするようなものになっていない²⁴。わが国では、政府の特許取得と結びついた先端技術推進政策、食糧自給率の低さを背景としたアメリカの食糧戦略への対抗の弱さといったことから、GVO作物への警戒は、EUにおけるような力をもった運動にまでは至っていない。他方、わが国の不法行為法制度に限定してみれば、それは財産的損害にせよ非財産的損害にせよドイツ法に比べて開かれた構造になっている。従って、差止請求との関係での

24 わが国の現在の表示制度を紹介しておこう。食品衛生法施行規則の改正省令により、2001年4月1日から、遺伝子組み換え食品等の安全性審査が義務化され、食品が(1)審査済みの遺伝子組み換え食品、(2)未審査の遺伝子組み換え食品、(3)非遺伝子組み換え食品に分類される。(2)は制度上はないことになっているから、そのような表示が行われることはない。(3)は任意表示。(1)には分別生産流通管理が行われている場合と行われていない場合の両方がある。(1)の対象となる作物は、大豆、トウモロコシ、なたね、馬鈴薯、綿実であり、それからの加工品24種目である。それらであっても、検証が技術的に困難なもの(醤油、コーン油等)、主な原料となっていないもの(原材料中重量が上位3品目以内で、かつ重量が5%以上の場合のみが義務表示)は除かれる。大豆、トウモロコシで分別生産流通されているものに非意図的混入があった場合には、5%までは表示義務がない。EUと比べると、飼料が対象になっていない、対象物にも除外措置がある、非意図的混入の許容率が高いという相違がある。

§ 906のような複雑な回路を経る必要がない。限定的な内容の差止請求権であってもわが国ではその形成が損害賠償より先行することは考え難いが、隣接農家の農産物の商品価格上の被害が不法行為法上の損害賠償請求権の承認に至る可能性はある。その場合には、現実にはそのための力がなお強いとはいえないことは別として、考え方としては遺伝子技術法の § 36 a (2) いうよき専門的実務水準と類似の概念（内容の程度は社会的要請の強さによるが）が過失判断で働くことは考えられる。最後に、これと並んで或いは表示制度が不備であっても、農法上の選択の自由の侵害に基づく非財産的損害の賠償の可能性を考える余地はないか。GVO が混入した作物をそれが組み換え遺伝子を含むという表示で販売できて財産的損害が少ない（或いは生じない）としてもそのようなものを売りにたくないという生産者の主張を法的に無意味としてよいのかということである。ドイツ法が非財産的損害に関して狭いルートしか用意していないことは既に触れたが、わが国の不法行為法では構造としては可能である。そしてGVO問題の実際の所在は財産的問題に尽きるわけではない。法律家の世界では慰謝料は困難と考えるのが当然とされようが、それは財産法的な思考に我々がわかりすぎているからではないだろうか。勿論、ここでもまず検討すべきなのは（ドイツ遺伝子技術法でいうような防止措置請求を含めた）差止請求権であるが。

GVO問題では、農業者が非GVO農法を選択を維持できるかは、消費者がその選択を支えることができるかにかかってくる。市場によって分断された生産者と消費者が農産物を介して結びつきを回復することによって始めてGVOを食い止める（「共存」？）可能性が出てくる。財産的損害であれ非財産的損害であれ、わが国での損害賠償請求権さらには差止請求権の承認が困難であることの決定的要因は、法律論のレベルにではなく、消費者と農業者において、農業・食糧が特許を手段とした新自由主義の原理に服することへの抵抗がヨーロッパに比べて弱いというわが国の社会的現実にある²⁵。

本稿は、2005年3月28日の日弁連研究財団「人格権侵害の救済に関する総合的研究」第4委員会(「人格権と環境」)における報告を基にしたものである。

【付記】

1. 注1でふれた仮処分事件は、東京高裁で2005年10月12日に債権者側からの抗告が棄却された(10月14日付け朝日新聞新潟県版による)。
2. 注3末尾で述べたドイツ連邦議会選挙は9月18日に行われ、その結果、それまでのSPDと緑の党の連立政権に替わって、CDU/CSUとSPDの大連立政権が誕生することになった。遺伝子技術法の改正に力を入れていた緑の党が政権から離れたが他方では新自由主義に対抗する左派連合が議席を伸ばしたということもあり、本校正時点(2005年10月14日)では、新政権の下で遺伝子技術法がどのような姿になるかの予測は困難である。

25 わが国でも農水省が「共生」を言い出したと伝えられているが(日本有機農業研究会・土と健康368号[2005]48頁)、EUと同様な表示制度とドイツのような防止措置要求及び補償制度の用意がなければ(それでも共生が可能かは予測困難であるが)、国内でのGVO作物の栽培が始まったら、「共生」は不可能であろう。なお、GVO作物の飛散の可能性に関しては、既に、カナダから輸入されたGVOナタネがわが国の荷揚げ港付近の国道沿いを中心に自生していることが報告されている(平成16年度環境省地球環境研究総合推進費による研究FS-1 国立環境研究所「遺伝子組換え植物の輸入による組換え遺伝子の拡散に関する予備的研究」、これに関して、市民団体は港周辺に限らず全国調査を呼びかけている、http://www.seikatsuclub.coop/press_release/050420gm-natane.htm)。今後は、この輸入ナタネのアブラナ科の菜の花、キャベツ、白菜、カブ、からし菜などとの交配による拡散の可能性の有無も問題となる。