ドイツ環境法における「統合的環境保護」論の展開（3・完）
── 連邦イミッシオン防止法の施設許可制度を素材として ──

川　合　敏　樹※

Ⅰ　問題の所在と本稿の構成
Ⅱ　「統合的環境保護」論の形成と展開
Ⅲ　IVU指令発布前におけるBImSchGの施設許可制度の可能性と限界（以上5巻3号）
Ⅳ　IVU指令とその国内法化をめぐる議論（以上6巻1号）
Ⅴ　IVU指令の国内法化によるBImSchGの改正とその評価
Ⅵ　おわりに（以上本号）

Ⅴ　IVU指令の国内法化によるBImSchGの改正とその評価

IVU指令の国内法化は、当初、環境法典（Umweltgesetzbuch）の編纂による実現が意図されていた（いわゆる「大きな解決（große Lösung）」）。これまでの様々な環境保護法は、それぞれの「守備範囲」を規律する形で散在し、各法あるいは領域ごとに独自の思考や体系を展開させてきているため、ドイツ環境法制全体の見通しが非常に悪くなっていた。そこで、これまでの各法およびそこで展開されていた思考や環境法原則を統一的に集約し、環境法典として編纂する野心的試みが企図されていたのである[129]。その中でも特に独立専門家委員会草案[130]は、実に斬新な提案とともにIVU指令の国内法化を意図しており、その内容につい

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第2号2007年7月　ISSN 1347－0388
※　一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

129）ドイツにおける環境法典の編纂をめぐる大まかな動向については、海老沢俊郎「環境法典の制定に向けて」名城大学総合研究所紀要5巻115頁以下が紹介をしている。

130）Bundesminisetrium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998. 同草案における各種の提案は、今日のドイツ環境法のひとつの到達点を示すものであり、なおも注目される。

ての賛否は措くとしても、非常に注目されていた。しかし、連邦と州との立法管轄権の問題から、環境法典の公布・施行は頓挫してしまい、結局のところ、実現には至らなかった。そこで、IVU指令の国内法化についても、BImSchGを中心とする関連法律を一括して改正するArtikelgesetz（「関連条項一括改正法」）を2001年に制定するという「小さな解決（kleine Lösung）」あるいは「最小限度の国内法化」にとどまった[131]。

1 環境媒体横断性と「環境全体の高度な保護水準」

BImSchGをIVU指令の要求に合致させるためにまず重要になるのは、前章で見たように、大気・水・土壌に対する直接的・間接的な作用が把握される必要性、「環境全体の高度な保護水準」の確保の必要性といったIVU指令の根幹部分をBImSchGに盛り込むことである。そこで、BImSchGの目的がまず改正されるに至っている。すなわち、BImSchG1条2項において、要許可施設の場合には、「大気、水および土壌に対するエミッシオンによる有害な環境影響を、廃棄物経済を顧慮したうえで、統合的に予防および低減すること」ならびに「他の方法により生じる危険、重大な不利益および重大な迷惑に対する保護および事前配慮」という点が、BImSchGの目的として明定されたのである。

さらに、この点との関連から、要許可施設の操業者の基本義務を定めたBImSchG5条も改正された。すなわち、まずBImSchG5条1項前段において、要許可施設の場合には、「環境全体の高度な保護水準を達成するよう」、操業者の各基本義務が充足されたうえで設置・操業されなければならないと明定されるに至った。そして、同項各号に所定の操業者義務のカタログも、IVU指令の規定に符合する形で改正されている。IVU指令の目的上、危険防御義務（1号、未改正）よりも重要である事前配慮義務（2号）は、その対象を、改正前の「有害な環境影響」から、「有害な環境影響ならびにその他の危険、重大な不利益および重大な迷惑」へと拡大した。これにより、「有害な環境影響」に関しては、従前

131）Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weitererEG-Richtlinie zum Umweltschutz vom 27. 7. 2001. BGBl I S. 1950ff.

どおり、大気という負荷経路に限定された水・土壌への間接的影響が把握され、BImSchG改正後に付加された「その他の危険、重大な不利益および重大な迷惑」という定式により、水・土壌への直接的影響に対する事前配慮の可能性も規定され、環境媒体横断的な考量が図られることとなったのである[132]。こうした改正の仕方は、危険防御義務規定に倣ったものと考えられる[133]。この事前配慮義務規定の改正に伴い、同義務を支える「技術の水準」の定義も――「利用可能な最善の技法」（BVT）を国内法化する形で――改正され、「環境全体の一般に高度な保護水準を達成するため、大気、水および土壌に対するエミッシオンを削減するための措置、……環境影響の統合的な予防および低減のための措置」と定義されるに至った。また、BImSchG5条1項3号では、廃棄物の発生予防を最優先する旨が明定された。改正前は、廃棄物の発生予防と適法で無害な再利用とが並列的に規定され、双方が技術的に不可能である場合などに当該廃棄物が除去されると規定されていたが、IVU指令3条(c)に即して、廃棄物の発生予防を最優先すると改正されるに至ったのである[134]。さらに、改正前は廃熱利用を定めていたBImSchG5条1項4号においては、IVU指令3条(d)に相応するようエネルギーの倹約的・効率的利用が新たに定められるに至った[135]。

もっとも、BImSchG3条2項「イミッシオン」と3項「エミッシオン」の定義は改正されておらず、上述の改正点と齟齬が生じてしまっている点を見逃しては

132）Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2005, § 1 Rn. 9, § 5 Rn. 24 und 57. ただし、§ 1 Rn. 9によれば、水・土壌への直接的影響の把握について本質的な基準を提供するのは、水管理法と土壌保護法であるとする。

133）危険防御義務規定は、「有害な環境影響」と並んで「その他の危険、重大な不利益および重大な迷惑」から公衆・隣人を保護する旨を定めているが、「その他の危険……」に関しては、大気経路に限定されない環境影響からの保護も可能であると指摘されていた。この点については、前掲注31を参照。

134）この改正について、Gerhard Feldhaus, Integriertes Anlagenzulassungsrecht, ZUR 2002, 1 (4)は、改正前は柔軟な廃棄物処理が可能であったのに対して、廃棄物の発生予防が最優先されることで処理実務が硬直的になりすぎるとして批判する。

135）Feldhaus, ZUR 2002, 1 (4)は、効率的エネルギー利用という観点が、既に「利用可能な最善の技法」（技術の水準）を確定する際に考慮されることから（IVU指令別表Ⅳ9号）、BImSchG5条1項4号所定の義務の射程範囲に疑問を呈する。また、Hansmann, ZUR 2002, 19 (23)は、同号の基本義務に関する統一的行政実務のための定めを行政規則に設ける必要性を説く。

ならない。この点に関する立法者の説明によれば、IVU指令の国内法化によってBImSchG上の要許可施設に関して適用される双方の概念と、それ以外についてBImSchGにおいて適用される双方の概念とを区別して考え、BImSchG1条2項に明定されているように、要許可施設の場合には、IVU指令の要求を満たすべく、法定の概念よりも広く捉えるものであり、それゆえに双方の概念をBImSchG全般に妥当するようには改正しなかったとする[136]。しかしながら、双方の概念を改正しなかった点、そしてBImSchGというひとつの法律内で同じ文言に異なるふたつの意味を充てることには、当然のことながら、強い批判がある[137]。

2 エミッシオン限界値に関する国内法化

(1) エミッシオン限界値の設定に関する基本コンセプト

BImSchGの基本義務を下位規範において限界値等の形で具体化してその遵守を求めるという手法には、申請事業者にとっての予測可能性や法的安定性、下位規範定立時の包括的衡量の可能性、定立過程の透明性、許可手続の簡易化・迅速化といった特長が存在するのであり[138]、こうした特長は、BImSchGの施設許可制度のいわば根幹部分をなすものであった。したがって、IVU指令の中心的要求であるエミッシオン限界値の設定方法については、下位規範の定立という既存の法的構造に依拠してドイツ国内法化を意図したことは、当然容易に予想できたことであった。結局、ここでドイツの立法者が選択したのは、IVU指令9条8項に依拠したエミッシオン限界値の設定という方途であった。換言すれば、BImSchGの施設許可制度の法的構造上、IVU指令の目標や基本理念の実現を志

136）BT-Drucks. 14/4599, S. 125 ; Jarass, a.a.O. (Anm. 132), § 1 Rn. 9.

137）こうした批判をするものとして、例えば、Wahl, ZUR 2000, 360 (363) ; Beyer, a.a.O. (Anm. 7), S. 54 ; Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 72f. これに対して、BImSchG1条2項、3条6項、5条1項等がIVU指令の要求に即して改正されていることから、「エミッシオン」や「イミッシオン」の概念が改正されていない点は問題とならない旨を主張する見解として、Feldhaus, ZUR 2002, 1 (4) ; Gisela Günter, Zur Europarechtskonformität der Umsetzung der IVU-Richtlinie nach dem Artikelgesetz, NuR 2002, 394 (395) ; Jarass, a.a.O. (Anm. 132), § 1 Rn. 9.

138）前掲注37を参照。

向する包括的衡量は、下位規範の定立時に行うこととされたわけである。

そこで、立法者は、法規命令定立の授権規定（7条）および行政規則定立の授権規定（48条）において、IVU指令の要求に即した文言を補充した。すなわち、下位規範の定立にあたって定めを置く際には、「ある保護対象から他の保護対象へと不利益的な影響が移動する可能性が特に考慮されなければならない；環境全体の高度な保護水準が確保されなければならない」点が追加的に明定されたのである。この点について、改正理由書によれば[139]、下位規範においてエミッシオン限界値の設定を始め基本義務を具体化する際に特に考慮されなければならないのは、ある環境財Ａの保護措置に起因して他の環境財Ｂに悪影響が及ぶこと、すなわち「汚染移動」である。また、この場合、環境財Ｂからさらに別の環境財Ｃへと悪影響が及ぶ可能性（これは作用連鎖（Wirkungsketten）と称されている）についても、考慮される必要があるとされる。

ただし、ここで注意しなければならないのは、下位規範の定立にあたり具体的にエミッシオン限界値等を設定する際には、単に汚染の移動を予防するために環境媒体横断的な視野が必要とされるのであり、実際に定められるエミッシオン限界値は、依然として大気という環境媒体に特化して規定されるとされたことである。したがって、例えば大気を介さずに水に直接に悪影響が及ぶ場合というのは、本改正によってもなお下位規範の直接の規制対象ではなく、大気を介して水に及ぶ間接的悪影響だけが直接の規制対象とされるに過ぎないとされたのである[140]。

結局のところ、IVU指令の国内法化前と比べて構造自体に変化は無いのである。そして、こうした国内法化に至った（とどまった）のは、立法者が、基本法における大気の清浄（基本法74条1項24号：競合的立法事項）と水管理（75条1項4号：大綱的立法事項）との間にある立法管轄事項の差異に則ったためでもある[141]。したがって、こうしたドイツにおける国内法化コンセプトからすれば、IVU指令の志向する環境媒体横断的保護あるいは環境全体の保護とは、環境媒

139）BT-Drucks. 14/4599, S. 128 und 129f.
140）BT-Drucks. 14/4599, S. 83.
141）BT-Drucks. 14/4599, S. 83.

体ごとに分離された保護と比べて相対的に環境全体の高度な保護水準を達成しようとするものなのであり、ドイツにおける従前の法体系や構造を根本から変えることなく、最終的には、汚染の移動など他の環境媒体を顧慮した上で展開される大気・水・土壌の各保護法の和によってもたらされると理解されることになるのである[142]。そしてまた、こうした国内法化は、国内法化前のBImSchGの施設許可制度では既に「統合的環境保護」が志向されてきており、IVU指令の要求を満たしうる土台は既に提供されてきていたとの見解[143]と呼応するものだと言えるだろう。

(2) TA Luft 2002の定立

事実、2001年のBImSchG改正を受けて新たに定立されたTA Luft 2002[144]でも、「イミッシオン」および「エミッシオン」を生ぜしめるのは大気汚染とされ（Nr. 2.1およびNr. 2.5）、その目的も、大気汚染による有害な環境影響に対する危険防御と事前配慮を行い、もって環境全体の高度な保護水準を確保することとされる（Nr. 1）。所定の限界値は依然として専ら大気に放出される有害物質に関するもので、ただこの限界値の遵守に際して環境媒体横断的な視野に立つ保護措置や適切な廃棄物処理方法等を講ずべきことが規定されているのである（Nr. 4および5）。

Nr. 5.1.1では、とりわけ、所定の規定が他の保護対象に対する悪影響の移動の危険を考慮し、環境全体の高度な保護水準を確保する旨が説かれている（3項）。Nr. 5.2～5.4とNr. 6.2（事前配慮に基づく事後命令）の規定を適用する際には、BVT-Merkblätterの規定が考慮されなければならないが（4項）、BVT-MerkblätterはTA Luft 2002の規定に直接の影響を有するものではない。BVTの技術的進歩に伴いBVT-Merkblätterが改正されても、TA Luft 2002は効力を失わないが、連邦環境・自然保護・原子炉安全庁（Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz

142）Feldhaus, ZUR 2002, 1 (2).

143）前掲注32およびHansmann, ZUR 2002, 19 (19ff.)

144）Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft, TA Luft) vom 24. 7. 2002, GMBl S. 511ff.

und Reaktorsicherheit, BMU）内の委員会が、所定の手続内でTA Luft 2002の規定では不十分との判断に至った場合、管轄行政庁は、TA Luft 2002の規定にはもはや拘束されず、実際の技術的進歩に即した「技術の水準」を考慮したうえで決定を行なわなければならない（5項）。

さらにNr. 5.1.3では、「環境汚染の統合的な予防および低減についての一般的要求」と題された一般原則が定められている。例えば、①大気・水・土壌へのエミッシオンを予防・削減し、もって環境全体の高度な保護水準を達成する技法・措置が採られなければならない点、②環境親和的な廃棄物処理やエネルギーの倹約的・効率的利用が顧慮されなければならない点、③TA Luft 2002の規定が充足される際には、「技術の水準」に反して他の環境媒体に負荷を移動させる措置が採られてはならない点等が定められている（1項および2項）。さらに、TA Luft 2002の規定の遵守に際して特に考慮を要する事項として、①製造物として可能な限り高い効用を有し、環境全体へのエミッシオンを最小限度に抑える技法の選択、②原材料の十分な利用や副次的製造物の獲得による工程の最適化、③施設の立案・設置・操業段階でのエネルギー効率の最適化等によるエネルギーの倹約化や気候に悪影響なエミッシオンの予防等が定められている。

以上の規定を前提としつつ、Nr. 5.2以下はエミッシオン限界値を始めとした具体的規定を定めている。本稿の関心から特に重要であるのは、エミッシオンの削減に関する一般的要求を定めたNr. 5.2とその特別規定のNr. 5.4であり、活動あるいは施設類型ごと、対象物質ごとの詳細な区分に基づく規定が置かれている。例えばNr. 5.2では、エミッシオン限界値が定められている他、大気へのエミッシオンの放出を防ぐための技術的措置がまず定められているが（例えばNr. 5.2.3.2）、こうした技術的措置を採る際に水や土壌への悪影響について考慮しなければならない旨も定められている（例えばNr. 5.2.3.1）。また、甚大な土壌汚染が生じる場合には、Nr. 5の規定よりも厳格な措置を講じることが認められている（Nr. 5.2.9）。さらにNr. 5.4は、特別規定の適用を要する施設類型等を詳細に列挙したうえで、エミッシオン限界値の他、やはり大気へのエミッシオン放出防止に資する技術的措置を定めている（例えばNr. 5.4.3.2a.1）。また、Nr. 5.2と同様、施設類型等によっては、有害物質を水（地下水）や土壌に流入させないよう

設置・操業しなければならない旨が定められる（例えばNr. 5.4.5.4）。さらにNr. 5.4では、エネルギーの倹約的・効率的利用の実施（例えばNr. 5.4.3.2a.1）、廃棄物再利用を理由とした所定のエミッシオン限界値の緩和（例えばNr. 5.4.2.8）といった規定が置かれることもある。

TA Luft 2002における上記の一連の規定というのは、要するに、大気へのエミッシオンの放出自体を防止する措置、水や土壌への「汚染移動」を予防し、環境全体の高度な保護水準を確保する保護措置が採られなければならないことを言明するもので、まさに「製造工程に関する統合的環境保護」（第Ⅱ章**4**）を実践しようとするものである。

3 羈束的許可の固持？

以上のように、BImSchGは、TA Luft 2002をはじめとした下位規範においてIVU指令の要求に応えようとしており、その点では既存の法的構造の堅持が意図されている。しかし、他面では、下位規範に適切な要求が規定されておらず、「技術の水準」に即した決定が行なえない場合、許可行政庁は、BImSchG1条2項や5条1項に依拠して、個別的な許可決定の段階でIVU指令の要求に即した決定をなすことが求められる[145]。この場合、許可行政庁に対しては、上記条項に依拠する形で、許可要件面の判断において広範なイニシアティヴが認められることになろう。その意味では、以前より懸念されていたUVPの「評価」結果の「考慮」の可能性をめぐる問題も、解消へと動き出したと言えそうでもある。

しかし、BImSchGの施設許可制度は、依然として法効果面における羈束的許可の構造を固持している。そのため、許可要件面の判断において許可行政庁に広範なイニシアティヴが認められるのに、法効果面では依然としてオール・オア・ナッシングの決定しか行なえないとすると、UVPの「評価」結果の「考慮」が不可能である点を始め[146]、IVU指令の要求を十全に許可決定に反映できない可能性が指摘されている[147]。ただし、許可要件を充足するのに必要である限りで、許

145）BT-Drucks. 14/4599, S. 126 ; Feldhaus, ZUR 2002, 1 (4).

146）Hans-Joachim Koch, Immissionsschutzrecht, in : ders. (Hrsg.), Umweltrecht, 2002, Rn. 148.

可決定に条件や負担を付すことが可能であるので、IVU指令の要求に応えるべくBImSchG5条1項が改正されたという点では、より柔軟な許可決定を行なうことも可能になったと考えられる。

他方、IVU指令9条4項1文後段所定の個別的状況の考慮については、改正後のBImSchGおよびTA Luft 2002においては、何ら規定されていない[148]。このような国内法化については、ドイツの立法者が、IVU指令の要求より厳格な基準を画一的に設定するので、事案ごとの個別的状況を考慮することを要しないという見解を採用したためであるとの指摘がある[149]。しかし、第Ⅳ章2(2)で触れたように、各事案に固有の個別的状況の考慮が、IVU指令の国内法化に必要不可欠であるならば、上記のような国内法化の正当性が問われることにもなる。たしかに、廃棄物の再利用や倹約的・効率的なエネルギー利用等の観点から一定の施設類型についての特別規定を定めるNr. 5.4は、IVU指令9条4項1文後段所定の個別事情考慮義務に一部応えうるものであろうし、上述のように条件や負担をより柔軟に付することができるようになったと思われるが、他に個別的状況の考慮を明定する規定は存在しない。許可行政庁は、原則としてTA Luftの規定に拘束され、TA Luftの想定していない非定型的な事案の場合に限り、当該規定から逸脱した判断をすることができるにとどまるのであり、その点では、IVU指令9条4項1文後段の要求に十分に応えうるものではないように見える。

ただし、TA Luft 2002の定立、そしてこれと対を成す羈束的な施設許可制度の固持という国内法化コンセプトについては、これを肯定的に評価する論者も少なくない[150]。こうした見解を支えるのは、行政規則（「規範を具体化する行政規則」）としてのTA Luft 2002の法的性質の理解である。つまり、TA Luft 2002にエ

147）Beyer, a.a.O. (Anm. 7), S. 156ff. ; Kugelmann, DVBl 2002, 1238 (1245ff.) ; Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 156ff. und 186ff. ; Albers, ZUR 2004, 399 (403f.). レール・前掲論文（注5）196頁以下も同旨。

148）TA Luft 1986の特別審査規定（Nr. 2.2.1.3）は、TA Luft 2002ではNr. 4.8に規定されているが、Nr. 5に同様の規定はない。

149）Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 125.

150）肯定的に評価するものとして、Koch / Siebel-Huffmann, DVBl 2001, 1081 (1084) ; Feldhaus, ZUR 2002, 1 (1ff.) ; Hansmann, ZUR 2002, 19 (19ff.) ; Günter, NuR 2002, 394 (396).

ミッシオン限界値等が規定されるとしても、それは定立者による最終的・排他的な決定ではなく、法律上の不確定法概念を具体化し、許可行政庁の判断領域を画定するものにすぎず、TA Luft 2002の規定を勘案したうえでの許可内容の形成を含む最終的決定は許可行政庁に委ねられるので、その意味ではIVU指令に適した国内法化であると説かれているのである[151]。こうした見方からすると、行政規則であるTA Luft 2002に依拠した国内法化は、一方では、IVU指令9条8項に基づき下位規範においてエミッシオン限界値を定めることで、BImSchGの施設許可制度の法的構造を維持することに成功し、同時に他方では、IVU指令9条3項の要請に応え、個別具体的状況に即して許可内容を形成するものであると捉えられるのである。IVU指令9条8項に基づきエミッシオン限界値が定められる場合でも、前節(2)で見たTA Luft 2002の具体的規定も含め、このような柔軟性・開放性が備えられるとされるのである[152]。かくして、IVU指令の要求をBImSchGの施設許可制度に組み込むという要請を前にして、TA Luftに見られる「規範を具体化する行政規則」という理論は、歓迎されるべきものと捉えられているのである[153]。

以上の動向を見るに、立法者は、BImSchGの施設許可制度の基本的構造を堅持しつつ、IVU指令の要求との整合性確保に努めていたことが窺える。下位規範での許可要件の具体化とそれに続く法効果面における羈束的許可という構造は、BImSchGの施設許可制度の土台を成すが、特にここでは法効果面の羈束性を保持することに主眼が置かれているように見える。そして、このことは、IVU指令の要求に即してTA LuftやBVT-Merkblätter等の規定を許可行政庁が具体的な設置・操業要件として最終的に確定する場合や、あるいは相応の下位規範が

151）Gerhard Feldhaus, Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik, NVwZ 2001, 1 (6)；ders. ZUR 2002, 1 (5). 例えばTA Luft 2002のNr. 5.1.3第3項掲記の事項も、「特に考慮を要する」とされ、最終的な許可内容の形成は許可行政庁に委ねられている。これに対して、Olaf Otting, Der Entwurf einer neuen TA Luft, DVBl 2001, 1792 (1798)は、この点の曖昧さから実効性に疑念を呈する。

152）Hansmann, ZUR 2002, 19 (20f.).

153）レール・前掲論文（注5）198頁。なお、こうした行政規則の柔軟性・開放性は、リスク行政の領域においても肯定的に評価されることになる。参照、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山・山本編・前掲書（注5）10頁。

定立されていない場合などにおいて、許可要件面の判断に際して許可行政庁に比較的広いイニシアティヴが認められているという点と表裏一体と言えるであろう。しかしながら、こうした立法者の選択は、BImSchGにおける施設許可制度の複雑性を増大させるものと思われる。法効果面の羈束的許可というのは、通常、許可要件が全て明確に規定され、それゆえに許可要件が充足されるか否かが容易に判断可能である場合に採られる制度なのであって、だからこそ「許可を留保した予防的禁止」(「コントロール許可」）として構成され、警察的営業法制においても採用されたのであった。これに対して、許可要件の判断に関して許可行政庁のイニシアティヴが広いという点は、法効果面での羈束性と相反してしまうように思われ[154]、このような状況は、IVU指令を国内法化した2001年のBImSchG改正によって、より顕著になったように見える。たしかに、この改正によって、条件や負担を付すことのできる場合は増加したように思われるが、条件や負担は、それが無ければ不許可であったものを許可にできるというだけであって、法効果面での羈束性には何ら関係ないように思われる。

4　許可手続と許可決定の内容の整序

IVU指令7条は、BImSchG10条5項および同法第9施行令11条という既存の条項に新たな文言を挿入する形で国内法化がなされた。すなわち、BImSchG10条5項2文によれば、「当該事業案自体について、もしくは当該事業案と空間上あるいは操業上直接に関連する他の事業案で、環境影響を有する可能性があり許可に重要であるものについて、他の法律による許可が定められている場合、許可行政庁は、許可手続ならびに許可内容および附款の完全な整序を確保しなければならない」。そして、これについてより詳細に規定する同法第9施行令11条4文は、

154）ドイツにおける伝統的な行政裁量論によれば、許可要件面での許可行政庁の判断余地（Beurteilungsspielraum）はごく限られた場合にのみ認められるもので、行政の活動余地は、通常、法効果裁量の承認という形をとる。このように、ドイツの行政裁量論では、許可要件と許可決定とで許可行政庁の活動余地を区別する。ただし、許可要件面での不確定法概念の解釈が法効果面での決定に影響を及ぼす場合はありえる。このような規定は結合規定（Koppelungsvorschriften）と称される。以上、Maurer, a.a.O. (Anm. 51), § 7 Rn. 1ff.

「許可行政庁は、当該事業案と関連する他の許可手続の状況に関して情報を収集しなければならず、その参加を得られるよう努めなければならず、当該手続を管轄する行政庁と、当該行政庁によりなされようとする許可決定の内容について早期に討議および調整しなければならない。」と定められた。

前章**4**で述べたように、IVU指令7条の国内法化については、BImSchG13条所定の集中効の範囲を拡大し、水管理法上の許可・特許をも一本化する包括的集中効に基づく施設許可手続を導入する旨が提案されていた。たしかに、一見すると、このような国内法化は、理想的であるように思われるが、実際には、そのような国内法化は採られなかった。立法者によるこのような選択の背景には、前章**4**および本章**2**で指摘したように、立法管轄権上の問題への配慮が存在する[155]。包括的集中効に基づく許可手続を規定することは、基本法の定めに反するものではないとの見解もあったが、最終的には、既存の基本法規定を改正せずにIVU指令を国内法化したのである。そのため、並行許可手続の構造自体も存続することとなった。

そこで、並行許可手続が実施される場合を含め、IVU指令の要求を全うする方途として、以上のような「整序条項」が新たに加えられることとなったのである。従前と同様に実施されうる並行許可手続において、各々の許可行政庁による自らの「守備範囲」に固執した環境影響の考量および決定という構造から脱するためには、各々の許可行政庁が、事業案の有する全ての環境影響を把握していなければならない[156]。その具体的な整序方法としては、並存する各々の許可行政庁は、許可手続中のあらゆる段階において相互に情報――とりわけ各々の許可決定や附款の内容についての情報――を交換する必要性が挙げられる。また、そのためには、一方の許可行政庁による積極的な情報の収集が行なわれる必要があるのである[157]。

155）BT-Drucks. 14/4599, S. 82 und 83. さらに、水管理法上の許可・特許をBImSchGの施設許可手続に一本化することの問題については、前章**4**を参照。

156）Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 144.

157）Jarass, a.a.O. (Anm. 132), § 10 Rn. 51. ただし、このような許可手続の整序は、時間的に並行する許可手続においてのみ行なわれるのであり、時間的に前後する段階的許可手続においては行なわれないとする。

なお、包括的集中効規定の創設には至らなかったものの、こうして「整序条項」が新たに規定されたことに伴い、BImSchG13条も若干の改正がなされている。すなわち、これまでは、BImSchG上の申請事業案の設置・操業にあたり水管理法上の許可等をも要するような場合、水管理法上の拒否決定に先行するBImSchGの許可行政庁は、自らが付与する許可決定を、後続の水管理法上の拒否決定時に付される負担に留保させることができたのである（13条1文後段、12条2a項：負担留保（Vorbehalt der nachträglicher Auflagen））。これに対して、2001年のBImSchGの改正により、同法13条1文後段は削除され、12条2a項のみが規定されているだけである。また、同法12条2a項に基づく事後負担の留保が可能なのは、上記のような「整序」を確保するのに必要な場合に限られることとされた[158]。ただし、繰り返し述べているように、包括的な集中効規定の創設には至らなかった。

結局のところ、並行許可手続という法的構造が温存されることとなったが、前述のように、統一的な許可手続・管轄行政庁・許可決定の創設はIVU指令の要求ではないとされていたため、上記に見た規定自体は少なくともIVU指令に反するものではないとの見方がある[159]。

しかし、ここでの国内法化の具体的実効性に対しては、以下のような点から消極的な評価が呈されているところでもある。まず、許可行政庁は、他の行政庁が提示した情報や見解に拘束されるのか、拘束されるとすればどの程度拘束されるのかについて、BImSchGや同法第9施行令には明確な規定が設けられなかったという点がある。そして、許可行政庁と他の行政庁との間で見解が食い違った場合の対処として、Artikelgesetzの理由書では直近の上級行政庁がその整序に当たるとされてはいるものの[160]、やはり具体的な規定が欠けてしまっている。つまり、並行許可手続に関する議論の中で最大の関心事であった最終的な許可決定の権限をめぐる問題について、このBImSchGの改正は何ら抜本的な解決を提供し

158）BT-Drucks. 14/4599, S. 129.
159）Minika Böhm, Umsetzungsdefizite und Direktwirkung der IVU- und UVP-Änderungsrichtlinien ?, ZUR 2002, 6 (9).
160）BT-Drucks. 14/4599, S. 128.

てはいないのである[161]。また、行政庁に関する整序のみが規定され、包括的な公衆参加について定める規定が欠けているという点も問題点のひとつとして指摘されているところである[162]。

Ⅵ おわりに

以上、ドイツ環境法における中心的存在であるBImSchGの施設許可制度を素材として、IVU指令とその国内法化をめぐる議論について見てきた。

本稿ではドイツにおける動向や議論を紹介・検討してきたにすぎず、BImSchGの施設許可制度の運用の実態を含め、ドイツ環境法における「統合的環境保護」論の動向、そして我が国における「統合的環境保護」をめぐる問題については今後も注目していく所存であるが、さしあたり以下の点を指摘することで本稿の結びとしたい。

1 IVU指令の国内法化に見るドイツの立法者の選択

「環境全体を保護する」という「統合的環境保護」の目標自体は、至極正当であろうが、ここでは、「環境全体」ということの意義をどう解するのか、そしてその保護をどう実現するのかという点が問題となる。

前章で見たように、ドイツにおける実際の国内法化を支えているのは、「環境全体の保護」とは、あくまでも特定の環境媒体の保護によるのであって、当該の保護措置に起因する他の環境財への汚染・影響を――いわば数珠繋ぎ的に――顧慮したうえで展開される各環境媒体の保護法の和として実現されるとする理解であったと思われる。そのため、例えばTA Luft 2002においても、大気汚染の防止を前提としつつ、この目的を達成する過程で他の環境汚染・悪影響が惹起されることの無い保護措置を採るべきであるとされたのである。

しかし他方では、「環境全体の保護」の意義を上記のようには解さない、つま

161）Koch / Siebel-Huffmann, NVwZ 2001, 1081 (1084) ; Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 145f. ; Maaß, DVBl 2002, 364 (369). Günter, NuR 2002, 394 (398f.) ; Hansmann, ZUR 2002, 19 (21) は、したがって、こうした不備に対する州レベルでの解決を要求する。

162）Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 145.

り特定の環境媒体の保護を出発点としない選択もあり得たはずである。すなわち、包括的にひとつのシステムとしての環境を想定し、それを保護するべきとする考え方からは、ある環境財への汚染・影響と他のそれとの差引勘定を行い（例えば大気汚染と水域汚染との差引勘定)、その結果として環境全体への汚染・悪影響が最も少ない決定（例えば最適な保護措置の選択、どの汚染現象を許容するかの選択）を下すことが可能でなければならないとされる（いわゆるÖkobilanz)。しかしながら、今日の自然科学の知見によっては、例えば大気汚染と水域汚染の汚染・悪影響の度合いを画一的に比較できるような統一的な決算単位は存在せず、それゆえに、いわば„TA Umwelt“とでも言うべき行政規則を定立して一般抽象的な限界値を設定することは、不可能とされていた。そしてまた、それゆえに、こうした立場からは、許可行政庁独自の判断や決定の余地を認めるべきであると主張され、さらに、この点と関連して、事案ごとの個別的状況を考慮したうえで、その都度環境全体にとって最善の判断や決定をする必要から、許否判断に際して許可行政庁の広範な余地を認めるべきことが主張されていたわけである。

このように見てくると、こうしたドイツ国内法化の方途というのは、従前展開されてきたBImSchGの施設許可制度における法的構造の基本的な枠組みを堅持するものであったと言えよう。とりわけ、危険防御義務を土台に据えつつ、「技術の水準」に基づくエミッシオン限界値を下位規範において設定し、これを原則として一律に適用し、事前配慮義務に基づく画一的な環境保護水準を達成するという同制度の根幹部分は、断固として堅持されているように見える。つまり、IVU指令の目標や基底理念からは、種々の要素の包括的衡量が求められるが、こうした衡量をTA Luft等の下位規範の定立時に行うことこそ、BImSchGの施設許可制度の根幹であると理解されたのであった。また、例えばTA Luft 2002では、許可行政庁によるエミッシオン限界値の具体的決定に際し、IVU指令の要求に即した保護措置が採られることを求められている。この点は、既存の法的構造の枠組み内でIVU指令の要求に応えようとしていた意図を如実に示すものであろう。また、特別規定を定めるTA Luft 2002のNr. 5.4からも、一方ではIVU指令の要求に応えようとし、他方では既存の枠組みを維持しようとしてい

たことが窺える。

こうしたドイツの国内法化の方途は、これまで展開されてきたBImSchGの施設許可制度とそれを支えてきた基本原理を根本から覆す内容にはなっていないが、これがドイツの立法者の選択だったのである。IVU指令の発布前に展開されてきたBImSchGの施設許可制度というのは、一方では今日的な環境汚染問題に対処することを求められ、他方では伝統的な法治国家的要請に応えることを求められていた。そこで、IVU指令を国内法化するにあたって、同制度が、根本的変革を迫っているように見えるIVU指令の要求について、法治国家的要請と折り合いをつけつつ、どのようにして実定法化するのかがキーポイントとなったのである。そして、ドイツの立法者は、伝統的な法治国家的要請を重視して根本的変革を回避するという選択肢を採ったのであった。しかし、その結果、前章でも触れたように、BImSchGの施設許可制度はより複雑な構造を持つこととなったように見える。こうした国内法化の結果として、同制度が、どのように運用されているのか、何らかの影響を受けているのか、どのような影響を受けているのかという点については、今後なお検討を要するところである。

2 消極的な国内法化の構造的要因

BImSchGにおけるこうしたIVU指令の国内法化の結果を消極的に評価するのであれば、その理由として以下のような点を指摘できる。まず、本稿でこれまで見てきた議論というのは、主としてEC／EU法体系とドイツ法体系との衝突という事情に基づくものであった。特に本稿で扱ったIVU指令は、イギリス環境行政法のIPC制度にその範を求めるものであったことから、それと対極的な思考に支えられた構造を有するBImSchGの施設許可制度との軋轢がより鮮明に現れることとなった。

さらにドイツ国内法の構造を見るに、ドイツ環境法における許可法制は、BImSchGや水管理法その他様々な法律に定められ、領域ごとに独自の展開を遂げているが、IVU指令の国内法化をめぐる議論を通じて、その複雑で非効率的な法的構造の持つ問題点が浮き彫りとされるに至った。その一因として指摘できるのは、第一に、環境法が伝統的に環境媒体・分野別に展開されているという

点、第二に、環境行政組織もまた環境媒体・分野別に並存している点、そして第三に、連邦と州との立法管轄権が環境媒体・分野別に配分され、その立法管轄も一様ではないという点である。前述のように、IVU指令7条の国内法化を受けて改正されたBImSchG10条5項と同法第9施行令11条9項では、環境媒体横断的視点に基づく管轄行政庁間の討議・情報交換・調整が規定されたにとどまり、以前より問題視されていた並行許可手続の構造はなおも維持され、包括的集中効規定や一元的執行体制が採られるには至らなかった。これはまさに、IVU指令の消極的国内法化の典型と見ることができるであろう[163]。

3　日本法の状況

ここで日本法に目を転じてみる。本稿で見てきた議論というのは、EC／EU法の存在や連邦制国家など多分に特殊ドイツ的な事情に基づくものが少なくなく、その全てが直接に日本法に還元されるものではない。ただし、前節で述べたように、各環境保護法やそれを執行する環境行政組織が環境媒体ごとや個別領域ごとに分断されているという構造的問題点については、我が国にも同様のことが当てはまると思われる。例えば大防法や水濁法は、それぞれ大気汚染や水質汚濁を防止するという目的から排出基準等の要件を定めているにとどまり、環境媒体横断的な視点に依拠した規定は存在しない。対象施設の設置の届出後に都道府県知事によって発せられうる計画変更命令（大防法9条、水濁法8条）についても、あくまでも排出基準の遵守に主眼が置かれているのであって、その態様や他の環境財への影響等は視野に入れられていないように見える。そうであるとすれば、ある法令上の要件を遵守するために採られる保護措置によって、当該の保護対象が保護されることにはなっても、他方ではその他の保護対象が悪影響を受ける可能性があり、その点では、まさに第Ⅰ章で触れた問題点の解決が急務とされよう。また、大防法や水濁法以外についても、状況はあまり変わりないと言えよう。「統合的環境保護」をめぐるドイツでの法的状況が、ひとつの「到達点」なのか、それとも「苦肉の策」なのかは措くとして、我が国では「統合的環境保護」

163）Engelhardt, a.a.O. (Anm. 64), S. 183ff.

の観点は殆ど意識されていないようである。

しかしながら、その反面、日本法において環境媒体横断的視点ないし環境全体の保護を実現するうえでの端緒となりうる規定もまた、確認することができる。例えば、大防法や水濁法には上記のような短所が認められる反面、その届出制度における拒否決定について双方とも都道府県知事が管轄しているという点は、むしろ長所と見ることができよう（大防法6条、水濁法5条）。ただし、この場合、考慮可能事項や決定権限の所在・画定が問題となりうることには注意を要する（後述する行政手続法11条に関する問題も参照）。

また、環境基準の達成を目標とする総量規制制度が既に導入されているという点も、長所として挙げられるであろう（大防法5条の2および3、水濁法4条の2～5）。ただし、環境基準には、厳格な法的拘束性がなく政策的目標にとどまる（したがってドイツにおいて遵守されなければならないイミッシオン限界値とは異なる）という点で、環境状況を十全に考慮に入れられるものではない。したがって、IVU指令において規定されていたような複線的規制とは、一線を画する。こうした総量規制を環境媒体横断的保護ないし環境全体の保護へどう還元させるかという点は、今後の重要な検討課題となろう。

さらに、例えば東京都のいわゆる環境確保条例では、工場単位での認可制度が規定されている（81条）。同条例では、環境媒体横断的審査の確保といった視点は特に意識されてはいないようであるが、大防法や水濁法とは異なり、当該工場から発せられる環境汚染物質をトータルに工場単位で規律することができる可能性を有する。もっとも、工場単位での認可制度でありながら、環境媒体横断的視点が確保されていない現行制度下では、上記と同様に、ある排出基準の絶対的遵守によって、単に他の環境汚染が生じるだけである危険が多分に存在するという点は、見落とされてはならない。

また、環境影響評価法のいわゆる「横断条項」（特に33条）は、羈束的許可と裁量許可とを問わず、環境影響評価の結果を許可決定の内容に反映させる旨を規定しており、少なくとも法文上は環境影響評価と許可決定との「接合」に成功しているように見える（もっとも、代替案審査等の環境影響評価の内容、それを許可決定の内容に反映する態様、本条の法理論的評価については問題も残る）[164]。

他方で、手続法上の問題については、行政手続法11条および同条に倣った各地方公共団体の行政手続条例の規定（例えば東京都行政手続条例11条など）が注目される。同条によれば、許可の申請を受けた行政庁は、当該申請者に他の関連する申請の有無を確認し、他の申請が存在する場合には、その申請先である行政庁との相互連絡・情報交換・共同等を行うことにより、審査の促進に努めるものとされている（行政手続法11条2項）。同条は、事業開始の申請に関する迅速な行政実務を要求する我が国の産業界からの要望を背景に規定されたものであり、諸外国の先行する行政手続法制には同条類似の規定は無い[165]。同条が規定された趣旨からすると、同条に環境媒体横断的視点を確保するような狙いは直接には無いように思われるが、環境媒体横断的審査を可能にする端緒として注目されるところである（勿論、第Ⅳ章および第Ⅴ章で見たように、こうした方法が統合的環境保護の実現にとって十分か否かという問題は、別に残る）。ただし、ドイツでの議論からもわかることであるが、許可決定の権限配分と考慮可能事項の範囲との関係、他事考慮の問題等に鑑みると、「審査の促進」という要請に基づく行政庁間の相互連絡・情報交換・共同等が、許可行政庁の決定とどのような関係に立つのかという点については、注意を要するだろう[166]。勿論、「審査の促進」という要請とは関係の無い場合にも、かかる点の注意が必要であることは、言うまでもない。

4　環境管理・創造的思考と施設許可制度

最後に、BImSchGの施設許可制度とIVU指令の国内法化をめぐる議論から、今後の展望としてどのような点が見出されるのであろうか。

IVU指令の目標や、それを実現するためにIVU指令が本来想定していたであ

164）この問題については、岩橋健定「環境影響評価法の実体法的側面」松本博之・西谷敏・佐藤岩夫編『環境保護と法』（信山社、1999年）119頁以下、加藤・前掲論文（注4）（三）323頁以下を参照。

165）塩野宏・高木光『条解行政手続法』（弘文堂、2000年）180頁以下。

166）室井力・芝池義一・浜川清編『行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、1997年）115頁（大田直史執筆）。さらに、芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢116巻1～6号571頁以下も参照。

ろうエミッシオン限界値の設定方法や環境基準との複線的規制などからは、環境管理・創造的思考が窺える。特に、包括的にひとつのシステムとしての環境を保護するべきで、例えば大気と水の汚染を差引勘定したうえで最善の保護措置を採る選択がなされるべきとするような立場からすると、「公私協働」を図りつつ、いわば「良好な環境を創っていく」ための判断を行政側に広く委ねることにも繋がりうる。ドイツの水管理法では管理裁量に基づく水域管理が行なわれており、これと対極にあるBImSchGに関しても、これまで「負荷無き空間」の維持・創出の重要性が主張されていたが、IVU指令を契機に、そのような環境管理・創造的思考の導入が一層強く求められていると見ることもできるかと思われる。そのため、BImSchGの施設許可について、羈束的許可の構造と別離し許可行政庁の裁量を承認するよう求める見解が見られたし、また、これまであまり重視されてこなかった計画と許可決定との機能的結合についても、その重要性は益々高まっていくことになろう[167）168）]。

しかし、2001年のBImSchGの改正においても、上記のような提案が受け入れられることは無かった。下位規範において画一的な限界値を定め、法効果面で羈束性を持たせるという従前の法的構造に則った許可制度によって対応したのである。たしかに、この改正によって、BImSchGの施設許可制度には、――ドイツの立法者が理解したところの―― IVU指令の要求が盛り込まれており、その点で、これまで同法について一部で認められていたような、IVU指令の要求に応えうる「潜在的可能性」から一歩抜け出し、明示的にIVU指令の統合的コンセプトが掲げられるに至っている。しかしながら、この改正によってもなお、これまで批判されてきたBImSchGの施設許可制度の短所が根本的に克服されたわけ

167）Lange / Karthaus, in : Lange, a.a.O. (Anm. 29), S. 36ff. なお、IVU指令の国内法化をめぐる議論が展開される以前に、BImSchGの施設許可と大気浄化計画との機能的結合の重要性を指摘していたものとして、Wahl, in : Kiminich / Lersner / Storm, a.a.O. (Anm. 40), Sp. 537f.

168）ただし、こうした環境管理的思考をBImSchGに導入するべきとの主張は、IVU指令を契機として初めて論じられたわけではなく、BImSchGの施設許可制度自体に内在する問題点として論じられてきたところでもある。この点については、前掲注45、46およびWickel, UPR 2000, 92 (92ff.) を参照。

ではなく、むしろ従前の状況と大同小異ではないかとも思われる。特にこのIVU指令の国内法化をめぐる議論において主張されていた施設許可制度の特長とは、イミッシオン規制の重要性の認識とこれに基づく目標達成型の規範構造、エミッシオンとイミッシオンの複線的規制、事案ごとの個別的状況の考慮といった点を含め、環境管理・創造的観点から環境全体にとって最適な選択・判断を採り、環境資源の利用を「配分」「管理」するという理解にあったのではないだろうか。

もっとも、こうした環境管理・創造的思考をBImSchGの施設許可制度に導入するということは、同制度のみならずドイツの環境法・行政法体系を根本から覆してしまう可能性があり、それゆえにそのような大胆な試みが見送られたということもある[169]。その際に特に問題となるのは、環境法における大気と水の取り扱いの異同の是非、法治国家的側面を縮減してもなお環境（大気）利用権を行政のイニシアティヴにより具体的な許可決定の段階で「配分」「管理」することの是非といった点であろう。しかし、連邦憲法裁判所による砂利採取決定（Naßauskiesungsbeschluß）[170]においては、水が希少な環境資源であるということから、地下水利用と所有権が分離され、水管理法における管理裁量に基づく水域利用許可制度の合憲性が是認されている。また、1994年の基本法改正によって20a条（環境保全義務）が新たに規定されるに至っており、操業者の地位の一面的重視は近時では益々否定されている[171]。このことから、従前主張されてきたようなBImSchGと水管理法との差異を廃し、水管理法に見られる環境管理思考

169）環境法典独立専門家委員会草案（UGB-KomE）においても、例えば種々の許可制度を「事業案許可（Vorhabengenehmigung）」という制度のもとに体系化し、様々な新たな試み（例えば、統一的な事業案許可手続の実施、許可要件面での広範な衡量余地の承認など）がなされており、その賛否を含めて様々な議論がなされた。

170）BVerfGE 58, 300ff.

171）Martin Beckmann, Die integrative immissionsschutzrechtliche Genehmigung, NuR 2003, 715 (716ff.) ; Kugelmann, DVBl 2001, 1238 (1242). Schrader, NuR 1998, 285 (289) もまた、BImSchGの施設許可制度における「パラダイムの転換」は憲法上の疑義を呈するものではないと説く。

をBImSchGの施設許可制度に「移植」することが可能とされていることは、前述したところでもある[172]。したがって、そうした点からすれば、BImSchGの2001年改正は、こうした施設許可制度の「発展」の可能性を逸してしまったと見ることもできる。施設許可制度における環境管理・創造の方向性は、2004年に制定された温室効果ガス排出量取引法（Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, TEHG）よる温室効果ガス排出量取引制度の導入にも顕著に表れている。

ただし、これらの見解や動向の反面、施設許可制度（あるいは許可制度一般）の段階で計画的要素や裁量余地を広範に認めることで、許否判断が、著しく複雑かつ困難になり、まさに「負担過重」とも言うべき状況に陥る可能性もある。そのため、上述したように、「公私協働」の実現を視野に入れたうえで、計画段階で適切な環境管理・創造を図ることの重要性が説かれることにもなる。

いずれにしても、今後のBImSchGの施設許可法制の展開が注目されるところである[173]。

追記

本稿校正段階において、上智大学の北村喜宣教授から、本稿のテーマに関して数々の重要な論点をうかがうことができた。北村教授に御礼を申し上げるとともに、それらの論点のより詳細な検討を後日行いたい。

172）前掲注168を参照。前掲注171掲記の論稿も、BImSchGの施設許可制度を裁量許可とすることは可能とする。

173）なお、IVU指令の国内法化との関連で議論された点（例えば許可の羈束・裁量の区別とその基準の是非、行政規則の機能や性質など）に着目し、これらの議論を行政法総論へと還元しようとする動向も存在し、注目されるところである（Albers, ZUR 2005, 400 (403ff.)）。