

統合的事業案許可の制度設計

— 環境法典独立専門家委員会による構想 —

川 合 敏 樹*

- I はじめに
- II 環境の捉え方
- III 事業案許可制度の概要
- IV 羈束的事業案許可の特徴

I はじめに

環境・健康リスクの十全な制御のためには、諸種の措置を実効的に展開する必要があることはいうまでもないが、環境・健康リスクを惹起する事業や活動に対する事前規制の手段としての許可制度は、そうした措置のなかで重要な位置付けを与えられている。とりわけ、そうした事業や活動が環境に対して与える負荷（有害物質の排出など）が、環境中で移動・蓄積・変性することが予測される場合には、それを見越したうえで事業や活動に対する許否決定がなされなければならない。その点について許可制度に期待されることも大きなものとなる。

本小論は、統合的環境保護（integrierter Umweltschutz）の必要性という関心から、これを実現しうる許可制度の制度設計について¹⁾、予備的検討にとどまるものではあるが、僅かながら論究を進めようとするものである。そして、本小論が素材とするのは、ドイツにおける環境法典草案²⁾のひとつである独立専門家

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第2号 2018年7月 ISSN 1347-0388

※ 國學院大學教授

1) 拙稿として「ドイツ環境法における『統合的環境保護』論の展開（1）～（3・完）」一橋法学5巻3号1065頁以下、6巻1号223頁以下、6巻2号795頁以下。

委員会草案 (Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, UGB-KomE)³⁾で構想されていた事業案許可 (Vorhabengenehmigung) である。同草案では、従前の個別法がまとめられ法典化が図られているのと同時に、いくつもの斬新な——それゆえ賛否がわかれた——規定が設けられており、草案の公刊からかなりの時間が経ってしまっているとはいえ、統合的環境保護を実現しうる許可制度について、ひとつの「解答」を示すものとしてなおも注目されるものであり、今後の論究のための予備的作業の一環として、それを確認するものである。

II 環境の捉え方

1 定義概念

UGB-KomEでは、以下に見るように、統合的環境保護を実現する為に様々な試みがなされているが、それらの基盤をなしているのが、従前とは異なる「環境」の捉え方である。独立専門家委員会は、これまで統一されていなかった環境概念を集約し、UGB-KomEにおいて規律する全ての領域に妥当する統一的な理解を示している。UGB-KomE 2条1号は、「環境 (Umwelt)」について、「自然生態系、景域、文化財および保護に値する財物 (環境財 (Umweltgüter))、ならびに環境財間の効果構造 (Wirkungsgefüge)」と定義している。また、同条2号は、「環境」の構成要素である「自然生態系 (Naturhaushalt)」について、「土壌、水、大気、オゾン層、小規模のものを含む気候、動物、植物および他の生命体 (自然財 (Naturgüter))、ならびに自然財間の効果構造」と定義している。

このように、UGB-KomEにおいては、大気や水など一般的な保護対象として

2) ドイツにおける環境法典編纂事業について、ミヒャエル・クレプファー (松本和彦訳) 「ドイツ環境法典の編纂プロジェクト」ノモス21号51頁以下。さらに Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl., 2017, S. 355ff.

3) Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998.

の環境媒体の他に、従前必ずしも十分には把握されてこなかった気候等についても、保護対象として列挙されていた⁴⁾。そして、環境を構成するこれら個々の要素が列挙されると同時に、それらの間に存在する連関が「効果構造」という概念のもとに把握されることによって、環境概念の体系的性質が表されているのである⁵⁾。

さらに、「エミッション (Emission)」についても、「環境に流入する物質であって、特に、土壌および水の汚染ならびに大気汚染へと至ってしまう可能性のある物質、およびそれらが流入あるいは発生した地点での騒音、振動、光線、熱、放射線のような他の現象」(2条6号)と規定している。3種類の環境媒体の汚染について大気という汚染経路を通じた現象に限定して捉えることなく、それらを汚染する危険のある物質に着目しているという点で、従来の——そして現在の——イミッション防止法 (Bundes-Immissionsschutzgesetz, BImSchG) の定義規定とは大きく異なる。

2 汚染移動の防止と環境全体の保護

UGB-KomE では、上記の他にも重要な規定が存在する。「環境全体 (Umwelt in ihrer Gesamtheit) の保護」と題された UGB-KomE 8 条は、「環境および人間を保護する為の措置に際しては、環境全体に対する影響を考慮するものとする。」と規定している。特定の環境媒体や分野に特化しており、しかもエンド・オブ・パイプによる保護措置では、単に当該の環境汚染を除去するにすぎず、往々にして汚染の移動を引き起こすだけである。つまり、典型的には大気浄化フィルターに見られるように、たしかに大気の浄化は図られるものの、最終的には有害物質を含んだ廃フィルターが残ってしまい、これは廃棄物として適性に処理されな

4) したがって、Schrader, NuR 1998, 285 (286) は、UGB-KomE による構想について、「環境媒体横断的」と表現することは適切でない旨を指摘する。

5) UGB-KomE, S. 438. この点に関して、Beyer, Die integrierte Anlagenzulassung, 2001, S. 46f. は、「効果構造」という語が、環境中の構成要素の間にある自然的連関を念頭において用いられているのに対して、「相互作用 (Wechselwirkung)」という語は、「効果構造」と同義で用いられてもいるし、事業案に起因する環境影響としても言及されている部分も存在することを指摘し、それらは区別されるべきであるとする。

ればならないので、単に大気汚染という現象が廃棄物として「移動」したにすぎなくなってしまうのである。そこで、このような問題点に鑑みて、UGB-KomEでは、環境保護措置を講じるにあたっては、環境全体に対する影響を考慮しなければならぬこととされたのである⁶⁾。

ただし、本条の具体的要請については、判然としない印象も受ける。なぜならば、本条の目的が「環境全体」を保護するところにあるということは、本条の表題や文言から見て取れるのであるが、他方では、上記のように、理由書において想定されているのは、単に環境保護措置による汚染移動の防止ということにとどまっているからである。この点について、保護措置による汚染移動を防止すること（だけ）がUGB-KomEにおける環境全体の保護であるのだとすれば、このことは上記に示された環境概念の理解とは相容れないと思われる。したがって、個人的見解としては、本条において規定されている「保護措置に起因する汚染移動の防止」ということは、環境全体を保護する為に顧慮されるべき原則のひとつであると捉えるべきであると思われる。

なお、同条は、総論部の中でも一般規定として規定されており、より詳細な規定は、後述する事業案許可に関するUGB-KomE 83条2項において具体化されることとなる⁷⁾。

Ⅲ 事業案許可制度の概要

1 3種類の事業案許可制度

UGB-KomEは、従前より散在していた許可制度（や計画確定制度）を再構成し、簡素化・統一化・調和化を図っている。そして、ここで提案されているのが事業案許可制度である。ここでは、各環境媒体や個別分野に特化した個別法上の規律や許可要件を集約し、統一的に再構成されており、これによって、申請された事業案の許容性を判断する際に「統一的かつ環境媒体横断的に」（UGB-KomE 80条1項1文）審査することが可能とされている。

6) UGB-KomE, S. 460.

7) UGB-KomE, S. 461.

事業案許可には、①羈束的事業案許可 (gebundene Vorhabengenehmigung)、②計画的事業案許可 (planerische Vorhabengenehmigung)、③簡易な事業案許可 (einfache Vorhabengenehmigung) という3種が存在する (UGB-KomE 80条2項)。例えば、従前の BImSchG の要許可施設のほか、水管理法 (Wasserhaushaltsgesetz) に基づく水域利用や森林法 (Waldgesetz) に基づく形質変更などについては、各々の許可決定の法的性格に差異が認められていたにもかかわらず、①に服する (UGB-KomE 81条2項)。他方、送電施設、廃棄物最終処理施設、放射性廃棄物最終貯蔵施設、交通施設などの設置・操業には、②の取得が必要である (同3項)。従前は計画確定 (Planfeststellung) によって設置・操業の判断がなされるとされていた事業案は、②によってカバーされることとなり、従前その他の許可決定を要するとされた事業案は、①によってカバーされることとなる。したがって、UGB-KomE における事業案許可制度は、これまでの BImSchG の許可制度や計画確定制度とは大きく異なることになる⁸⁾。

なお、②の手續や要件は、①に関する規定を補充・修正する形で規定されているので、その意味では、①が基本形として位置付けられていると見ることができる。他方、事業案の有する影響の性質、規模および持続性から見て、人間および環境の保護と相容れる場合には、③で足りるとされている (UGB-KomE 109条1項1文)。

2 羈束的事業案許可制度と事業者の基本義務

UGB-KomE 83条1項には、事業案の実施に際して遵守されなければならない基本義務が列挙されている。具体的には、人間や環境に対して危険が及ばないこと (1号)、人間や環境に対するリスクの事前配慮 (2号)、事故の予防と影響の低減 (3号)、資源およびエネルギーの儉約かつ効率的な利用 (4号)、廃棄物の回避・再利用・除去 (5号)、操業停止後に関して、危険・リスクの発生回避、廃棄物の再利用・除去、施設解体、跡地の環境状況の回復 (6号) である。これらの基本義務のカatalogは、BImSchG 5条所定の基本義務とも広く一致するも

8) Schink, DÖV 1999, 1 (7 und 9).

のでもある⁹⁾。もっとも、これらの基本義務の内容および範囲については、個々の領域に適用される各論規定が基準となる（UGB-KomE 83条3項）。すなわち、それらの各論規定において、83条1項に列挙された基本義務が補充・具体化されていたり、例外が定められているような場合には、その各論規定が適用されるが、各論規定においてその旨の規定が存在しない場合には、83条1項の基本義務が適用されることとなる¹⁰⁾。

3 環境アセスメントの位置付け

羈束的事業案許可および計画的事業案許可では、環境アセスメントに相応する環境親和性審査（Umweltverträglichkeitsprüfung, UVP）が実施される（UGB-KomE 80条3項2文）。ここでは、現行のUVP制度とは異なり、UVPが事業案許可手続の中に完全に「溶融（Verschmelzung）」されている点に、その特徴がある¹¹⁾。現行のUVP手続は、許可手続の「非独立の一部（unselbständiger Teil）」であり（UVP法2条1項1文）、許可手続とUVP手続とは明確に区別されるよう制度設計されている（それゆえに、UVP手続の結果を許可手続で従前に反映できるような「接合」が必要になる）。他方、UGB-KomEでは、事業案許可手続自体の中でUVPの実施が予定されているという点に現行制度との決定的な差異が認められる。また、UGB-KomEでは、こうした制度設計によって、UVPの対象事業案をリスト化することなく、事業案許可の対象すべてにUVPが実施されることともなっている¹²⁾。

9) Schink, DÖV 1999, 1 (7). Sellner, Konzeption, materiell-rechtliche Voraussetzungen und Verfahren der Vorhabengenehmigung, in: Bohne, Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfähigkeit in Wirtschaft und Verwaltung?, 1999, S. 95によれば、UGB-KomEにおける事業案許可制度自体がBImSchGの許可制度にその基礎を置く。

10) UGB-KomE, S. 628; Sellner, aa.O., S. 97f.

11) UGB-KomE, S. 622; Klopfer / Durner, DVBl 1997, 1081 (1089); Engelhardt, Die Umsetzung der IVU-Richtlinie, 2002, S. 190f.

12) Engelhardt, S. 190f. UGB-KomEに対する批判について、Wahl, NVwZ 2000, 502 (503); Engelhardt, S. 197.

IV 羈束的事業案許可の特徴

1 法効果面での羈束性の維持？

許可制度——特にBImSchGの許可制度——については、学説上、環境資源（ここでは特に大気）を管理するという思考の必要性から、伝統的な羈束的許可制度からの別離や法効果面での裁量の承認などが提唱されてきたところであった¹³⁾。

こうした学説上の動向に対して、UGB-KomEは、法効果面での羈束性の維持という明確な回答を用意した。すなわち、UGB-KomEは、従前BImSchGの許可を要するとされていた施設の設置・操業については、羈束的事業案許可に服するとしており、これまでどおり羈束的許可のモデルを維持しているのである。他方、これまで原子力法や水管理法の規律に服するとされた事業案、つまり拒否裁量や管理裁量に基づいて設置・操業の許容性判断が行なわれる事業案についてもまた、羈束的事業案許可に服すると規定しているのである。この点では、従前の法制度とは一線を画する。

このように羈束的許可が維持される理由として、UGB-KomEは、裁量決定と比較した場合の羈束的許可の長所を挙げている。すなわち、UGB-KomEによれば、羈束的許可の場合、申請を行う事業者の側からすれば、充足すべき要件が法律上明定されていることにより、許否決定の予測をしやすいという長所が存在する。また、高次の環境保護を達成する為の要求がやはり法律上明定されていることから、その法律上の要求が確実に充足されているということが許可付与の絶対的要件となるが、法効果面において裁量が認められている場合には、この要求が縮減されて許可付与されてしまう恐れがあるとも指摘されているのである¹⁴⁾。このような法効果裁量の捉え方は、したがって、本草案公刊時の水管理法における水管理の構想——法効果面での管理裁量の行使によって、水という希少な環境

13) 代表的なものとして、Sendler, UPR 1983, 33 (37ff.); Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 353ff. また、Hoffmann-Riem, DVBl 1994, 605 (609f.)は、行政庁が事業者の申請案を拒否する際に許可しうる代替案を示す代替案提示裁量 (Optionenermessen) を提唱していた。

14) UGB-KomE, S. 618.

財を公法上の配分にかからしめ、水の適正な管理を行う——とは対照的ともいえる。

このように、UGB-KomEにおいては、事業案許可制度の羈束性を維持し、一般に法効果面での裁量行使を否定するという構想が打ち出されている。しかし、これと同時に、詳しくは次節以下で見ると、総論部および個別領域について規定する各論部において要件面での判断特権 (Einschätzungsprärogative) を認めることによって従前の許可制度を再構成するという点に大きな特徴が存在する。そして、このように、これまで法効果裁量を肯定されていた水管理法や原子力法がUGB-KomEにおいては一律に羈束的的事业案許可へと再構成されたのは、まずはドイツ国内の個別環境法を調和化する為の整理という観点から必要だったのである¹⁵⁾。そのうえで、個別領域に適応した判断が可能であるよう、要件面における判断特権が行政庁へと開かれることとされたのである。

2 最適化条項 (統合条項)

(1) 判断特権の承認

上述のように、UGB-KomEは、羈束的的事业案許可と計画的事业案許可とに整理することで羈束的許可のモデルを維持し、BImSchGの許可制度について立法政策上提案されていた拒否裁量や管理裁量の導入を退けている。しかしながら、他方では、羈束的的事业案許可の場合においても、厳格な羈束的許可という形式が採られているわけではないことにも注意しなければならない。UGB-KomEは、羈束的的事业案許可制度において、羈束的許可に典型的である Wenn-Dann 構造を維持することで法効果裁量を一律に否定している一方で、許可要件面での比較衡量を広く承認している。これによって、羈束的的事业案許可においては、許可行政庁に対して判断特権が認められているのである。この点に関して重要であるのが、本節および次節で触れる「最適化条項 (Optimierungsklausel)」または「統合条項 (Integrationsklausel)」(UGB-KomE 83条2項) および「オープン条項 (Öffnungsklausel)」(UGB-KomE 84条3項) である。

15) Sellner, a.a.O., S. 95f.

さらに、これに加えて、UGB-KomEにおいては、各論部において個別領域に特有の許可要件が規定されることによって、要件面でのさらなる判断特権を行政庁へと開き、それによって個別領域に適合した環境保護を推し進めることとしている。例えば、水管理法領域においては、——法効果面での管理裁量が否定されている羈束的事業案許可制度においても——水管理を十全ならしめる為に、判断特権によって支えられた、水管理の為に必要である特別の許可要件が規定されているのである（UGB-KomE 360条2項2号¹⁶⁾、362条1項3号¹⁷⁾）。UGB-KomEの見解によれば、水管理という作用は、必然的に法効果裁量を必要とするものではなく、羈束的許可モデルに依拠しようとも、要件面での判断特権を認めることによって水管理は可能とされているのである¹⁸⁾。このように見ると、羈束的事業案許可制度の場合であっても、その羈束性は厳格ではなく、むしろ要件裁量へと近接する方向にあり、厳格な羈束的許可モデルは益々後退しているように見える¹⁹⁾。もっとも、UGB-KomEは、事業案許可の制度化にあたり、法効果面での羈束性を維持することと引き換えに要件認定の面で行政庁に広範な余地を与えており、こうした構想が法効果面での裁量の承認よりもベターであることの説明は説得性に欠けるところがある。ドイツ行政法・環境法においては、行政裁量の承認が伝統的には法効果面に限定されてきたことからすると、UGB-KomEによるこうした構想は、新規性のあるものとなり、それゆえに批判の少なくないところでもあったのである²⁰⁾。

16) 水域の利用のあり方について、「特に水域保護行政庁による管理の準則が満たされることで環境および公の水供給の侵害に対して必要な事前配慮がなされること」という基本義務が定められていた。

17) 水域の利用について、許可が付与されなければならないケースとして、水域の利用が、「管轄する水域保護行政庁の判断により、a) 水域の管理目標と合致していること、および、b) 361条による許可付与の申請が複数存在し対立しているときに、他の利用に優先していること」という要件が定められていた。

18) UGB-KomE, S. 618.

19) Sendler, Integrierter Umweltschutz im Anlagenzulassungsrecht, in: Koch, Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, 1998, S. 29 (33). ただし、UGB-KomEでは、羈束的事業案許可と計画的事業案許可は、完全に区別されていることにも注意を要する（UGB-KomE, S. 617f.）。

20) Schrader, NuR 1998, 285 (289f.); Wickel, UPR 2000, 92 (997f.); Engelhardt, a.a.O., S. 198f.

(2) 最適化条項（統合条項）の意義

それでは、このような整理がなされることによって許可要件面において認められた比較衡量の余地ないし判断特権とは、いかなるものであるのか。

UGB-KomE 83条2項によれば、「事業案に適用される基本義務、および自然・景域への侵害の許容性に関する要件は、全ての汚染経路（Belastungspfade）および環境財間の相互作用を考慮したうえで、環境全体に対して可能な限り負荷を与えない措置がとられるよう充足されなければならない」。本条項は、UGB-KomE 80条3項により実施されるUVPの審査結果と許可決定とを完全に接合させ、許可決定の段階において、可能な限り負荷が及ばないような環境全体にとって最善となる選択についての判断を求めるものであり、イギリスの統合的環境汚染規制システムにおける「実践可能な最善の環境保護措置」（Best Practical Environmental Option, BPEO）を模範として規定されたものである²¹⁾。それゆえに、この最適化条項（統合条項）は、まさに羈束的事業案許可制度の核心を成しているのであり²²⁾、また、その構造ゆえに、UVPの結果を事業案の許否決定に実効的に反映させることを意図するものでもあるのである²³⁾。

UGB-KomE 83条1項に列挙された基本義務のカatalogは、いずれも充足されなければならない最低要件として定められている。しかし、他方では、これらの基本義務を充足するにあたっては、比例性に則った衡量に基づいて調整されなければならないのであり、その上で「環境全体に対して可能な限り負荷を与えない措置」がとられなければならないのである。したがって、その意味では、許可行政庁に対して判断特権が開かれることになるのであり、その判断特権に基づいて、環境全体にとって最適な選択がなされることとされている²⁴⁾。つまり、この最適化条項（統合条項）の存在意義は、法規命令や行政規則で定められた限界値を逸脱することが可能になるという点にあるわけではなく、法規命令や行政規則による限界値をすべてのケースで一律に運用することなく、同項の規定を指針として、最適

21) UGB-KomE, S. 627.

22) Kloepfer / Durner, DVBl 1997, 1081 (1089); Schink, DÖV 1999, 1 (7).

23) UGB-KomE, S. 600, 614f. und 627; Schink, DÖV 1999, 1 (7); Wandel, Die medienübergreifende Prüfung von Umweltauswirkungen vor der Zulassung von Projekten in Frankreich und Deutschland, 2003, S. 185.

な内容での許否決定を可能にするという点にこそ存するとされるのである²⁵⁾。

3 オープン条項

UGB-KomE のいう「環境全体の保護」という側面からすると、上述した最適化条項ないし統合条 (UGB-KomE 83 条 2 項) とならんで重要となるのは、UGB-KomE 84 条 3 項の「オープン条項 (Öffnungsklausel)」である。すなわち、通常、リスク事前配慮に関する限界値は遵守されなければならないのであるが、本条項によれば、事業案主体による申請に基づき、資源・エネルギーの投入を考慮したうえで、環境全体にとってもたらされる利点が明白かつ重大である場合には、当該限界値を度外視して決定を下すことも許されるのである。例えば、A という事前配慮措置による場合、確かに限界値は遵守されうが、同時に多大な資源・エネルギーの投入を必要とし、他方で、B という事前配慮措置による場合、確かに限界値を超過してしまうのであるが、しかしながら、—資源・エネルギーの投入が少なく済む、廃棄物の発生を抑制できる等—環境全体にとってはより環境親和的であり得るケースにおいては、本条項に基づき、後者の方途が採られうることになる²⁶⁾。かかる判断を行う際には、許可行政庁によって様々な環境影響を収支決算すること (Öko-Bilanzierung) が必要なのであるが、この点は本草案の公刊前の議論において見られなかったものであり、UGB-KomE による革新的な提案のひとつであるといえる²⁷⁾。

UGB-KomE が言明するように、本条項は、「環境全体の (可能な限り) 高度の

24) なお、このような最適化条項とならび、UGB-KomE91 条 1 項もまた重要である。同項によれば、従前のドイツ行政法において用いられてきた附款 (Nebenbestimmung)、とりわけ負担 (Auflage) に加えて、許可決定の内容のより具体的な形成 (Inhaltsbestimmung) を付すことも許されることとされている。このような附款の運用は、それまでのドイツ行政法においては認められなかったものであり、UGB-KomE においては、行政庁による許可内容のより詳細な形成は、とりわけ環境媒体横断的な衡量に基づき決定を下す為には不可欠であると認識されている (UGB-KomE, S. 643f.)。

上記の点も含めて最適化条項に肯定的な評価を下すものとして Beyer, aa.O., S. 164; Wandel, aa.O., S. 186f.

25) Wickel, UPR 2000, 92 (97); Engelhardt, aa.O., S. 194.

26) UGB-KomE, S. 631f.

27) UGB-KomE, S. 631f.

保護水準」を達成しようとするEUのIVU指令(1条、立法理由14、16、17)と同様の目標を志向するものである²⁸⁾。とりわけ、本条項は、エミッション限界値を確定する際に「施設の技術的性状、その地理的立地およびその都度局所的な環境条件」が考慮されなければならないとするIVU指令立法理由17(および同9条4項1文後段)を国内法化するものと思われるが、しかしながら、例えば以下のような批判がある²⁹⁾。①例えば、資源・エネルギーの利用という観点と事前配慮措置によるエミッション削減とが擦りあわされることに、環境全体にとっての最適な選択をし、環境全体の高度の保護水準を達成することが可能となるという点では、UGB-KomEおよびIVU指令ともに共通している。そのような衡量に基づく判断は、あらゆる許可決定の際に行われなければならないのであるが、しかしながら、UGB-KomE 84条3項によれば、オープン条項が適用されるのは、事業案主体による申請があった場合に限られているので、IVU指令の要求とは合致し得ないこととなる。また、②UGB-KomE 84条3項によれば、環境全体にとって長所がもたらされる場合に限り当該限界値を度外視することが許されるが、しかしながら、環境全体にとっての最善策が実現される為には、事業案主体による申請が無くとも、UGB-KomE 83条2項の最適化条項によって、限界値を度外視した上で環境全体にとっての最適な判断をするよう義務付けられている。また、③たしかに、IVU指令においては、「一般に拘束力を有する規則」によってエミッション限界値を確定することが許されるが(IVU指令9条8項)、その場合には、——当然のことながら——個別的にエミッション限界値が確定される場合と「同等に高度な保護水準」が確保されなければならないのである。そうすると、そもそも環境全体の高度の保護水準を達成しえないような限界値が確定されること自体が、IVU指令9条8項の要求に反することになってしまう。UGB-KomEに従って一般抽象的に確定される限界値も、IVU指令の要求を充足しうるよう確定されていなければならないはずであるから、UGB-KomE 84条3項において規定されているオープン条項自体が、不要になってしまう。

28) UGB-KomE, S. 631. IVU指令とそのドイツ国内法化については、かつて拙稿・前掲註1)において詳述したところである。

29) Beyer, a.a.O., S. 165ff.

また、環境汚染現象を相互に比較する（例：水質汚染と酸性雨）、あるいは環境汚染現象と環境保護措置を比較する（例：自然破壊と交通騒音予防措置）という相殺的衡量を行うことのできる決算単位（Verrechnungseinheiten）が欠けていることから、オープン条項を実践することは非常に困難であるとの批判もなされている³⁰⁾。

さらに、オープン条項が実現されることによって、本来的には一定程度以上に確保される環境保護のレベルが緩和されてしまい、結果として、とりわけ隣人などに損害が及ぶ危険があるという点でも、批判されている³¹⁾。

4 代替案審査の実施義務

UGB-KomE は、事業案許可における代替案審査に関しても明定している。すなわち、UGB-KomE 86 条 2 項によれば、事業案を実施するにあたり、その申請書類には、「事業案主体によって審査されなければならない事業代替案（die vom Vorhabenträger zu prüfenden Vorhabenalternativen）とその環境影響の概略」を盛り込むことが必要となるのである。

この UGB-KomE における代替案審査に関する規定と、現行法上の規定、特に BImSchG の第 9 施行令（9. BImSchV）における代替案審査に関する規定とは、一線を画するといえよう。例えば、現行法上、事業案主体によって審査された最も重要である代替案の概略を提出することが求められるにすぎなかったり、また、BImSchG 第 9 施行令によっても、事業案主体は代替案審査を義務付けられてはいないというのが、一般的な見解のようである。これに対して、UGB-KomE においては、代替案は審査されなければならないとされているのである。これによって、審査される代替案の範囲が事業案主体の任意に委ねられることなく、代替案審査が適切に実施されることとなるのであり、この点に、UGB-KomE と従前の法規定との決定的な差異が存在するのである³²⁾。そして、どのような代替案

30) Sendler, NVwZ 1996, 1145 (1149); Schrader, NuR 1998, 285 (286f.). この点については、UVP を制度化した環境親和性審査法の制定に際する理由書（BT-Drucks. 11/3919, S. 27）においても指摘されていた。UGB-KomE, S. 632 もまた、オープン条項を実践するにあたっての困難さについては自覚している。

31) Schrader, NuR 1998, 285 (290); Schink, DÖV 1999, 1 (8).

が「事業案主体によって審査されなければならない」のかについては、事業案許可制度の環境媒体横断的な性格、UGB-KomE 83条に規定されている基本義務、自然・景域に対する侵害の許容性判断（UGB-KomE 260条～266条）から導かれなければならない、また計画的事業案許可の場合には、その特別の許可要件を定めるUGB-KomE 102条1項1号もま顧慮されなければならないとされるのである³³⁾。したがって、UGB-KomEによれば、羈束の事業案許可制度においては、従前のように限定的な代替案審査の実施が想定されているわけではなく、とりわけUGB-KomE 83条にいうところの基本義務の充足を考慮すれば、「環境に対して可能な限り負荷を与えない」措置が採られなければならないのであって、その意味で環境影響を予防することが期待される技術的な代替策の審査・提出が必要となるのである³⁴⁾。さらに、計画的事業案許可の場合には、代替立地の審査も含めて代替案審査を実施することが必要とされるのである³⁵⁾³⁶⁾。

5 包括的な集中効の承認

UGB-KomEにおいて要求されている手続レベルの統合について、UVPと事業案許可手続とが完全に「溶融」され一本化されているということは、前述したと

32) UGB-KomE, S. 634. もっとも、事業案の許否を決定する許可手続の段階で行われる代替案審査にどれほどの実効性があるのかは、疑問なしとはいえない。事業案の立地や前提的構想も含めた実効的な代替案審査のためには、後掲註36にあるような許可手続に先行する計画レベルでの制度化と運用の充実、また、そうした先行手続と後続の許可手続との「役割分担」の明確化が必要不可欠である。

33) UGB-KomE, S. 635.

34) UGB-KomE, S. 635.

35) UGB-KomE, S. 634f. さらにUGB-KomE 102条1項1号を参照。

36) なお、UGB-KomE 85条2項は、事業案許可手続に先行する国土整備手続（Raumordnungsverfahren）や地区詳細計画（Bebauungsplan）の策定手続においてUVPが実施された場合、これらの先行手続に後続する事業案許可手続における調査対象は、「さらなる、あるいはその他の重大な環境影響」に限られるとしている（1文）。そして、先行手続において審査された結果除外されることとなった代替案は、事実状況や法的状況、知識水準が根本的に変化した場合にのみ、事業案許可手続においてさらなる審査に付されるに留まるとされている（2文）。先行手続と事業案許可手続との調査範囲の重複を避け、行政手続の遅延を防止するという観点から見ると、こうした先行手続と後続手続との関係に関する明文規定は重要なものである（UGB-KomE, S. 633）。また、このことから、先行手続において審査に付された結果除外されなかった代替案については、事業案許可手続において再び審査対象とされうることとなろう（Beyer, a.a.O., S. 167）。

おりである。しかしながら、UGB-KomEにおいては、これ以外にも重要な手続規定が存在する。すなわち、UGB-KomE 99条1項によって、事業案許可の付与に際しては包括的な集中効が認められているのである。たしかに、これまでも、計画確定手続およびBImSchGの許可手続においては集中効(Konzentrationsschwirkung)が認められていたが、特に後者の場合、例えば水管理法上の水域利用の許可・特許が包摂されないなど、集中効の承認が限定的であることに起因する問題が指摘されていたところでもあった。これに対して、UGB-KomE 99条1項2文および3文によれば、鉱山法(Berggesetz)による許可を除き、当該事業案許可以外に事業案の実施に必要である他の全ての許可(建築許可など厳密には環境法に属さない許認可も含まれる)は不要とされるのである。これによって、従前はBImSchGの許可手続に関して問題視されてきた限定的集中効の問題が解消されることとされたのである³⁷⁾。

もっとも、UGB-KomEの事業案許可制度における手続規定の特徴は、全ての許認可を包摂する集中効規定の創設に留まるものではない。そもそも従前の計画確定手続における集中効規定はこのようなものであったのであり、羈束的事業案許可手続が、従前の計画確定手続と同様のレベルに至ったということに過ぎない。従前法定されていた集中効規定と比べた場合の決定的差異は、むしろ、必要な全ての権限を統括するひとつの管轄行政庁を設けることを提案するという点に存するのである。すなわち、従前は、「主導的地位につく(federführend)」イミッション防止行政庁(計画確定行政庁)が実施する許可手続(計画確定手続)に、集中効規定によって包摂され不要となった手続の管轄行政庁(例えば建築行政庁)が参加するという構図であったわけだが、こうした構図のもとでは、許可手続(計画確定手続)の管轄権を有するひとつの行政庁とそれ以外の参加行政庁との間の調整が困難であるという難点が存在したのである³⁸⁾。これをうけて、UGB-KomEにおいては、申請された事業案の許容性について、必要な全ての管轄権を用いることのできるただひとつの行政庁だけが許可決定を下すという法的構造

37) UGB-KomE, S. 655.

38) この点については、ひとつの事業案について複数の許可手続が必要となった場合にUVPが実施されるケースでも問題視されていたことである。

が提唱されたのである³⁹⁾。IVU 指令7条が⁴⁰⁾、「ひとつの許可決定が1本の許可手続においてひとつの許可行政庁によって下される」という法的構造を前提とはしていないとの立場に立てば、この UGB-KomE の提唱は IVU 指令の要求を超えるものであり、非常に画期的であったといえよう。

39) UGB-KomE, S. 655f.