

翻訳

ドイツにおける最終処分場立地選定調査の 法的諸問題

ヴォルフガング・ドゥアナー[※]

訳 山 本 紗 知^{※※}

監訳 下 山 憲 治^{※※※}

- I 原子力をめぐる争い——放射性廃棄物最終処分場をめぐる争い
- II 国内の最終処分場立地の新たな選定調査
- III 放射性廃棄物中間貯蔵施設の許可
- IV 新たな参加手続の合理性に関する評価
- V 新制度は実際上のいかなる成功を約束するか？

I 原子力をめぐる争い——放射性廃棄物最終処分場をめぐる争い

1. ドイツにおける政争の火種としての核エネルギー利用

原子力の平和利用は長い間、ドイツのエネルギー・環境政策上、最も議論を呼ぶ問題であった。この利用の始まりは、当初、後の脱原発〔Atomausstieg〕と同様に、民間経済による働きかけの結果ではなく国民的なコンセンサスに支持された国家的・政治的諸決定にさかのぼる¹⁾。しかし、そのさまざまな危険ゆえに、核エネルギーの利用がそもそも憲法上是認しうるとされたことに対する異論は

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第20巻第1号2021年3月 ISSN 1347-0388

※ ライン・フリードリッヒ・ヴィルヘルム大学ボン（ドイツ）教授

※※ 東京経済大学現代法学部准教授

本稿は、2020年3月に一橋大学大学院法学研究科教授・下山憲治先生により開催されたワークショップ（「EU・ドイツにおける放射性廃棄物処理制度の現状と課題」）での講演原稿がもとになっている。本稿の原文は、Hitotsubashi Journal of Law and Politics 49（2021）に掲載されている。翻訳に当たり、下山先生に貴重なご助言をいただいた。

※※※ 一橋大学大学院法学研究科教授

益々高まっていった²⁾。けれども連邦憲法裁判所は、当然のこととして、かねてよりこの決定を政治の決定権力に委ねていた³⁾。それ〔この決定〕は政治の場で、連邦共和国における大きな争点のひとつとなり、「緑の党」を連邦レベルで当時の第4の政治勢力へと押し上げる決定要因となった⁴⁾。

2. 21世紀初頭までの原子力経済からの脱却

核エネルギーからの脱却に向けた数々の攻勢を経て、第14期ドイツ連邦議会は、赤緑〔社会民主党・緑の党の連立による〕連邦政権の働きかけにより、商用発電を目的とする核エネルギー利用の秩序正しい終結に関する2002年4月22日の法律を可決し、同法のコア部分は今日まで重要な意味をもっている⁵⁾。2005年以降の大連立政権は、この脱却を当初は遅らせようとしたものの⁶⁾、その後、2011年3月に日本の福島で起きた、壊滅的な地震とそれに続く津波を要因とする原子炉災禍の衝撃から、その大胆さと過激さにおいて世界に類を見ない、完全なる方針転換を実行した。立法者は、2011年7月31日の原子力法第13次改正法によって、商用発電を目的とする核エネルギーの平和利用を可能な限り早い時点で終結させるため、短期間のうちに方針を定めた。同改正は、前年にはまだ拡大されていた残余発電量を、2002年に当時の脱原発の流れの中で定められた規模へと戻すと同時に、2022年末まで段階化された停止期日によって脱原発の確固たる最終期日を定めることを予定する。だが、その間に原子力エネルギーから

1) Vgl. それにつき振り返って *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 16 Rn. 39 ff.; *Winter*, ZfU 2012, 209 ff. および包括的に *Radkau/Hahn*, Aufstieg und Fall der deutschen Atomwirtschaft, 2013.

2) Vgl. etwa *Steinberg/Mutschler/Renneberg*, Die Zukunft der Kernenergie, 1991.

3) そうすでに BVerfG, Beschl. v. 8. 8. 1978-2 BvL 8/77-, BVerfGE 49, 89 (131 f. -Kalkar I); Beschl. v. 20. 12. 1979-1 BvR 385/77-, BVerfGE 53, 30 (56) そして最終的に Urt. v. 6. 12. 2016-1 BvR 2821/11 u.a. -, BVerfGE 143, 246 ff. (Rechtmäßigkeit des beschleunigten Atomausstiegs).

4) Vgl. etwa *Onken*, Parteiensysteme im Wandel. Deutschland, Großbritannien, die Niederlande und Österreich im Vergleich, 2013, S. 173 f.

5) 詳細に *Kloepfer*, DVBl. 2007, 1189, 1190 f.; 法律の内容の事前交渉につき批判的に *Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006; vgl. auch *Hahn*, Der Gesetzgebungsvertrag als Rechtsproblem, 2017, S. 19 ff.

6) Vgl. 2010年12月8日の原子力法第11次改正法。

の脱却は、憲法による保障さえ吟味されたほどに幅広い、ひとつの政治的基本合意となっている⁷⁾。

3. 脱原発に関する未解決の課題として残された最終処分場問題

現状によれば、2022 年末に最後の原子力発電所が送電網から離脱するであろうから、国内の原子力最終処分場の設置という世紀の課題は、ますます議論の焦点となる。放射性残留物の処分も、当然ながらドイツで——他の国々でも同様に——最も議論の余地のある環境政策上の問題に属する。最終処分場に対する抵抗は長い間、原子力に対する抵抗と全体として一致していた。しかし、核エネルギーの平和利用の来るべき終結によっても、現存する核のごみが処分され続けなければならないことは明らかである。

原子力法 9a 条 1 項 1 文により、これまでのように放射性残留物は、公共の保護のため、原則として無害に再利用されなければならない、あるいは、放射性廃棄物として秩序正しく処分されなければならない。しかし、再利用という形としての再処理は、1994 年まで優先的に取り組まれてきたものの、2005 年 7 月以降は認められないことから、一般には放射性廃棄物の秩序正しい処分のみが問題となる。これら〔放射性廃棄物〕は原子力法 9a 条 2・3 項により、まずは州の集積所に運搬され、あるいは、いわゆる〔原子力発電所〕敷地近接の〔standortnah〕中間貯蔵施設で保管されなければならない。このことはしかし、放射性廃棄物最終処分のための施設の設置や操業までの暫定的解決であるにすぎないというべきである。しかし、こうした施設の立地と具体的な安全性要件は、今日まで明らかにされていない。未解決の最終処分はそれ故に、脱原発の迅速化に関する決定を連邦憲法裁判所が承認した際に、とくに配慮した諸要素のひとつでもあった⁸⁾。とりわけ将来の最終処分場をどこにするか [„Wo“] の問題においては、広く一般のコンセンサスに至ることはほとんどあり得ず、空間的な環境正義の問題とし

7) 詳細に *Gärditz*, *Atomausstieg ins Grundgesetz?*, 2016.

8) Vgl. BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016–1 BvR 2821/11 u.a. –, BVerfGE 143, 246 (325 und 351) und dazu auch *Burgi*, Nach dem Atomausstiegsurteil des BVerfG: Veränderte Maßstäbe für Gesetzgebung und Verwaltungsvollzug im Atomrecht?, NVwZ 2019, 585 (586).

て受け取られる⁹⁾。長年築かれてきた許可制度にもかかわらず——放射性廃棄物最終処分のための施設の設置、変更、操業には、2013年まで原子力法9b条1項により計画確定[Planfeststellung]を要したが、これに対して単なる準備的立地調査には不要であった¹⁰⁾——最終処分の問題は、これまでとりわけ立地と安全性要件の観点に関して全く解決されていない¹¹⁾。

たしかに、ニーダーザクセン州高等行政裁判所と、続いて連邦行政裁判所は、2006年と2007年に、シャハト・コンラードでの低・中レベル放射性廃棄物最終処分場の設置を目的とする計画確定決定に対する訴えをしりぞけた¹²⁾。だが、いわゆる原子力合意[Atomkonsens]のあと、長い間有力視されてきた岩塩ドーム・ゴアレーベンのさらなる探査は、すでに2000年10月1日に——表向きは構想上の諸問題を解明するためであるが、主として激しい政治的抵抗により——猶予期間を経て中止された。最終処分場をめぐるこれまでのあらゆる努力は、それによって事実上失敗に終わった¹³⁾。

かつて、1999年に連邦環境省によって創設された「最終処分場選定手続研究会」という14名で構成される学際的な科学者委員会は、ドイツの最終処分場の立地選定に必要な手続と抽象的な基準を考案するという課題を任されていた。2002年に同研究会は、具体的ながらあまりに楽観的な行程表とともに、当該手続についての自らの提案を示した。連邦環境省はようやく2010年、発熱性放射性廃棄物の最終処分に対しての、科学技術の現在の水準に一致する新たな安全性要件を公表した。これに対し、最終処分場の本来的実現というレベルでは、何らの進歩も示されていない。

9) 詳細に *Kloepfer*, Umweltgerechtigkeit, 2006, Rn. 399 ff.

10) BVerwG, Urt. v. 9. 3. 1990-7 C 23/89-, BVerwGE 85, 54 ff.

11) Vgl. 最近の議論につきた例えば *Brunnengräber* (Hrsg.), Problemfalle Endlager, 2016; *Dornsiepen*, Atom Müll-wohin?, 2015; *Drögemüller*, Schlüsselakteure der Endlager-Governance, 2018; *Ott/Smeddinck* (Hrsg.), Umwelt, Gerechtigkeit, Freiwilligkeit- insbesondere bei der Realisierung eines Endlagers, 2018; *Smeddinck* (Hrsg.), Emotionen bei der Realisierung eines Endlagers, 2018.

12) OVG Lüneburg, Urt. v. 8. 3. 2006-7 KS 128/02 u.a. -, ZUR 2006, 489 ff.; BVerwG, NVwZ 2007, 833 ff.

13) Vgl. 議論された個々の立地につき概観して *John*, Atomrecht, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 124 ff.

4. 2017 年における財政支援の明確化

その間に、少なくとも最終処分場の費用に関しては、一定のコンセンサスが成立している：核エネルギー分野における撤去・廃棄物処理費用に関する拡大責任法をふくむ、放射性廃棄物処理における責任の再編に関する 2017 年 1 月 27 日の一括法が公布された直後¹⁴⁾、2017 年 6 月 26 日に連邦は、それによって負担を被るエネルギー供給企業らとの間で、核エネルギーからの脱却にかかる費用の財政支援に関する協定を締結した¹⁵⁾。この協定は、企業らに、最終処分場に関する彼らの責任からくる約 240 億ユーロの支払いを免除し、中間貯蔵・最終処分の実施と財政支援を将来的に連邦に課すものである¹⁶⁾。

II 国内の最終処分場立地の新たな選定調査

これまでのあらゆる計画に対する完全な再出発を明白にしたのが、その後の 2013 年における、発熱性放射性廃棄物最終処分のための立地調査・選定に関する法律（立地選定法—StandAG）である。同法は、直近では 2017 年 5 月 5 日に大幅に改正された。同法の背景はとりわけ、それまでくすぶっていた核エネルギーの平和利用をめぐる政党政治的争いを暫定的に終結させた、2011 年のいわゆる脱原発の迅速化であった。この状況において立法者は、許可・参加制度を根本的に「再考し」、廃棄物処理の問題を——当初の立地選定法の理由付けによれば——「連邦と州、国家と社会、市民らとの国内的コンセンサス」において克服したがっていた¹⁷⁾。

14) Dazu Geber/Schramm, ZfU 2017, 51 ff.; Kessler/Schulz, NVwZ 2017, 577 ff.; さらに一括法につき Kahl/Gärditz, Umweltrecht, 11. Aufl 2019, § 6 Rn. 117 ff.

15) Vgl. Ludwigs, NVwZ 2017, 1509, 1513; ders., RW 2018, 109 ff.; そのアプローチに批判的に Ziehm, ZUR 2015, 658 ff.

16) それにより現実となった法状況につき詳細に John, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 138 ff.

17) Entwurf eines Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und zur Änderung anderer Gesetze (Standortauswahlgesetz – StandAG), Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/13471 v. 14.5.2013, S. 1.

1. 構想的な再出発としての新立地選定法

実際に立地選定法は、従来のあらゆる計画や計画法に対し、構想や手法の点においてある種の再出発である¹⁸⁾。つまり、きわめて複雑で、多段階から成る選定調査手続を経て、まずは最終処分場の立地が定められることとされている。それにより立法者は、同時に、放射性廃棄物最終処分場に関する以前の計画確定は羈束的決定であり、代替候補地との比較を要しないとした〔従来の判例を批判的に〕考慮し、その方針を転換した¹⁹⁾。解釈論的に批判の余地のある²⁰⁾こうした判例は、「白地図」²¹⁾上に全く新しい「代替候補地調査」を求める当時の政治的要求に抗う司法の立場としても、十分理解され得た。しかしながら、当時の法に基づき判例が否定した、この留保なき新規の立地選定調査こそが、新立地選定法の目的なのである。

2. 許可手続の前への立地選定の前倒し

新たな許可制度に基づいて、最終処分場の許可の前に、立地選定手続が置かれ

18) それにつき詳細に *Däuper/von Bernstorff*, Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für die Endlagerung radioaktiver Abfälle, ZUR 2014, 24 ff.; *Herber*, Zur Endlagerung radioaktiver Abfälle und zum Standortauswahlgesetz, BayVBl. 2014, 353 ff.; *Willmann*, in: Smeddinck (Hrsg.), StandAG, Kommentar, 2017, Gesetzgebungsgeschichte Rn. 1 ff.; *Wollenteit*, Das neue Standortauswahlgesetz: Gesetzliche Standortfestlegung, Rechtsschutz und Standortsicherung, NuR 2018, 818 ff.; 総括的に *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 16 Rn. 250 ff.

19) OVG Lüneburg, Urt. v. 8. 3. 2006-7 KS 145/02-, DVBl. 2006, 1044 (1050); 同ように Urt. v. 8. 3. 2006-7 KS 128/02 u.a. -, ZUR 2006, 489 (491). それに続き同様に BVerwG, Beschl. v. 26. 3. 2007-7 B 72/06 -, NVwZ 2007, 841 ff.: 原子力法上の計画確定は、「代替候補地に関して計画確定序の計画形成余地のない羈束決定である」；全く同様に、以前もすでに *Gaentzsch*, Struktur und Probleme des atomrechtlichen Planfeststellungsverfahrens, in: Ossenbühl (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2004, 2005, S. 115 (119), in Verallgemeinerung von BVerwG, Beschl. v. 14. 5. 1996-7 NB 3.95-, BVerwGE 101, 166 ff.

20) それにつき詳細に *Durner*, Das neue Raumordnungsgesetz und die Infrastrukturverantwortung des Bundes, in: Magiera/Sommermann (Hrsg.), Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung. Symposium zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Willi Blümel, 2009, S. 73 (79 f.).

21) Vgl. それにつき一方で賛同して *Nies*, Das Verfahren der alternativen Standortsuche im AkEnd-Bericht, in: Ossenbühl (Fn. 19), S. 93 ff.; 他方で批判的に *Brenner*, Das Verfahren der alternativen Standortsuche im Bericht des Arbeitskreises Auswahlverfahren Endlagerstandorte (AKEnd), ebenda, S. 99 ff.

ることとなる²²⁾。旧原子力法 9b 条 1 項に基づく以前の計画確定手続に代わるのが、あらかじめ定められた立地上での単なる許可手続である²³⁾。その前倒しされた立地選定手続は、当初、旧立地選定法 3 条以下に基づき、最終処分場委員会による抽象的な基準の設定を含んでいた²⁴⁾。それ〔その手続〕には今後、本来的な立地選定調査が続くこととなる：はじめに立地選定法 13 条により、立地となりうる諸地域について、広域的な、その機能的には要するに国土整備上の [raumordnerisch] 調査が行われ、それに続いて立地選定法 14 条以下による地表探査、立地選定法 16 条以下による地下探査、そして最後に立地選定法 18 条以下により、地下深くの地質学的探査が行われる。最終的な候補地比較は、そのあと立地選定法 19 条以下による立地決定の提案を導くこととなる。それ〔立地決定の提案〕については、最終的に立地選定法 20 条 2 項により連邦法をつうじて決定される²⁵⁾。

3. 立地選定の枠組みにおける公衆参加

a) 基本構造

広く知られた見方によれば、最終処分場選定調査の失敗は、不十分な公衆参加

22) Vgl. 以下につきたとえば *Drögemüller*, Das Standortauswahlverfahren, in: Brunnengräber (Fn. 11), S. 187 ff. および *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, Kommentar, 2019, § 1 StandAG Rn. 4 ff. による準拠すべき諸規定の解説。

23) これにつき詳細に *Gierke/Paul*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, § 9b AtomG (Mai 2016) Rn. 3 ff.; *John*, in: Frenz (Fn. 22), § 9b AtomG Rn. 2 und 12 ff.

24) 同委員会は、このために自身の側から鑑定人による諸提案を用いた、vgl. dazu *Schlacke/Schnittker*, Standortauswahlverfahren: der Vorschlag der Kommission für Entscheidungsgrundlagen der Endlagersuche, ZUR 2017, 137 ff.; vgl. auch *Smeddinck*, Zwischen „weißer Landkarte“ und „schwarzem Loch“-Endlager-Kommission am Ende ihrer Laufzeit, ZRP 2016, 181 ff.

25) この選定調査の最初の成果は、受け止め方の分かれた 2020 年 9 月の「立地地域中間報告書」であるが、本文ではもう考慮しなかった。判例により、とりわけ BVerfG, Beschl. v. 17.7.1996-2 BvF 2/93-, BVerfGE 95, 1 ff. (Südumfahrung Stendal) で、この種の事業法に対して課された厳しい要請は（これにつき *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 417 ff., 438 ff.）、こうした特異な事業で存在すべきことになるのではないかと、vgl. *Kloepfer* (Fn. 18), § 16 Rn. 258; wohl a.A. *Wiegand*, Konsens durch Verfahren? Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz nach dem Standortauswahlgesetz im Verhältnis zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 2014, 830 (834).

の帰結であった²⁶⁾。たしかに従来の実務も、間違いなく公衆参加の諸要素に基づいてはいた²⁷⁾。しかし、広く知られた見方によれば、これらの参加は一様に遅すぎた²⁸⁾。それに代えて——新たな法制度のアプローチによれば——すでに最終処分場立地の選択が、選定調査手続全体をとおして公衆を徹底的に組み込み、立地選定法1条2項により「参加的で、科学的に基礎づけられ、透明で、自ら解明し、学習する手続」において行われることとなる。このために、すでに当初の法律において広範であった公衆参加²⁹⁾が、2017年3月23日の法律により再び根本的に拡張され、「高レベル放射性廃棄物処分委員会」の勧告にさかのぼるその他の諸要素が補充された³⁰⁾。新しいのはとりわけ、異なる尺度をもつさまざまな会議の設置、立地選定法8条5項による「参加委員」の任命という付加的な選択肢、立地選定法6条による情報プラットフォームの設置である。参加や情報提供義務のこうした拡大にともなって、同時に権利救済の拡大が生ずる³¹⁾。

「参加手続」に関する今日の同法第2部は、たしかに部分的には結びつくものの出発点においては全く異なる2本の柱を創設する：まず立地選定法5~7条に基づいて、公衆・利害関係者らによる古典的な個人の[individuell]参加があり、

26) So *Blum*, Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Auswahl eines Atommüllendlagers unter Berücksichtigung des Standortauswahlgesetzes, 2014, S. 23.

27) Vgl. dazu *Blum* (Fn. 26), S. 19 ff. oder *Smeddinck*, in: *ders.* (Fn. 18), § 9 Rn. 51. すでに70年代に実行された市民対話につき。

28) この多く議論された問題を解決するための最も筋の通った手段の本質は、すでに事業の需要を公に議論することにある、vgl. nur *Burgi*, Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekten, NVwZ 2012, 277 ff. だが、立地選定法のアプローチは、とくにそれほど進展していない。

29) すでに2013年以降、そのことで中心にあるのは、以下b)で扱う、聴聞をつうじた公衆参加に関する諸規定である。Vgl. それにつき上記注18の諸論考も。

30) Vgl. dazu *Böhm*, Bürgerbeteiligung in der Endlosschleife? Die unendliche Geschichte der Suche nach einem atomaren Endlager, in: Durner/Spiecker gen. Döhmman/Wallrabenstein/Reimer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl, 2019, S. 435 (442 ff.); *Fillbrandt*, Die Sicherung von Endlagerstandorten nach dem novellierten Standortauswahlgesetz – ein Paradigmenwechsel?!, NVwZ 2017, 855 ff.; *Schütte/Winkler*, Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht, ZUR 2017, 375 (376); *Sellner/Hennenhöfer*, Atom- und Strahlenschutzrecht, in: Rehbindner/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, Kap. 12 Rn. 49 ff.; *Smeddinck*, Fortentwicklung des Standortauswahlgesetzes (StandAG). Novellierungen, Beispiele, Reflektionen, EurUP 2017, 195 (199 ff.).

31) Vgl. それにつきすぐ以下の4にて。

それと並んで同法 8～11 条により、全国手続随伴委員会 [das Nationale Begleitgremium]、立地地域専門会議 [die Fachkonferenz Teilgebiete]、各地域会議 [die Regionalkonferenzen]、地域専門会議 [die Fachkonferenz Rat der Regionen] により制度化された公衆参加がある。公衆参加全般の目的は、立地選定法 5 条 1 項に、従来の法律にないほど一義的に定められる：「公衆参加の目的は、幅広い社会的なコンセンサスにおいて支持され、それによって利害関係者からも容認されうる解決策を見出すことである。このために、市民らは手続の共同形成者として組み込まれる」³²⁾。

b) 個別的な公衆参加

第一の柱の枠組みにおいて、立法者はまず、見慣れた道を歩む：立地選定法 5 条 1 項は、連邦放射性廃棄物処分安全庁 (BfE)³³⁾ に対し、まずはインターネットその他の適切な媒体を利用して、早期に、包括的かつ体系的に、立地選定手続の継続期間をとおして事業の目的、効果、状況について公衆に情報を提供し、公衆を「対話志向の過程」に参加させるという任務を課す。当該手続は適切な期間において審査され、「しかるべく発展」させられることとなる。その際に参加者は、法律上、——あくまでもただ一般条項的に——規定されている最低限度の要請をこえて、さらなる参加形式を利用することが可能である。

公衆への情報提供のための主要な手段として新立地選定法 6 条は、立地選定手続にとって重要な資料やデータ、鑑定書、意見といった情報を継続的に、かつ最新の状態で提供するインターネットプラットフォームの設置を予定する。そして従来の公衆参加の核心は、「意見表明手続」に関する諸規定をふくむ立地選定法 7 条である。BfE は、事業者がそのつどの提案を伝達した後や、場合によっては地方会議により発動された再審査手続の終結後に、公衆と「当該提案がその所掌事務範囲と」関係する公益の主体に対し、立地選定法 7 条 2・4 項に詳細に規定された情報を提供し、これらを縦覧させる。続いてそれ [BfE] は、各提案に

32) 強調はここでのみ。

33) Vgl. 最終処分場選定調査におけるその役割につき *Albin/Leuschner*, Aufsicht im Endlagerbereich, ZUR 2018, 515 ff.

対して意見を述べる機会を両者「公衆と関係する公益の主体」に付与する。意見は3ヶ月以内に提出され、評価され、それに続いて「その後の手続段階において考慮される」。さらにBfEは立地選定法7条3・5項により、評価された意見に基づいて、諸提案とそれに付属する資料に関する最初の討議会を関係諸地域で開催する。そこ「討議会」には公衆とともに、事業者、多様な会議の代表者、そのとき所管する州の上級行政機関、関係する地域諸団体が参加することとされている。こうしたことは、結局はいずれも見慣れた手法であるが、詳細にみれば、それら「複数の手法」は市民としての親しみやすさにも一定の重点を置いている。

c) 特別な公衆委員会により制度化された参加

個々の利害関係を有する私人や諸団体の参加という、このあたかも古典的な形式と並び、規制技術的な第二のアプローチとして、特別に創設された各公衆委員会「Öffentlichkeitsgremien」を介した参加があり、それについてはさらに2つのグループが制度化されている。

そのうち主要な制度は、「全国手続随伴委員会」[das *nationale Begleitgremium*]³⁴⁾である。同委員会は、立地選定法8条により多元的に構成された機関として、仲介的かつ独立的に、立地選定手続やとくに公衆参加への随伴[Begleitung]を可能にするものとされ、まさにこの随伴をつうじて公衆参加の2つの形態を結びつける。その18名の構成員は、独立した個人として、3分の2は連邦議会と連邦参議院によって選出され、3分の1は市民参加を経て行われる指名に基づいて連邦環境大臣により任命される³⁴⁾。事務部局の支援を受けて、随伴委員会はこのためにあらゆる問題に独立的かつ科学的に取り組み、資料全体を閲覧し、権限ある機関にいつでも問い合わせ、意見表明や勧告を行うことが可能で

34) 具体的には、本省が無作為原則に基づいて予備選考を決定し、それに基づいて「市民フォーラム」や「助言ネットワーク」を介して任命がなされた、vgl. die Angaben unter: <http://www.bmub.bund.de/themen/atomenergie-strahlenschutz/endlagerprojekte/das-nationale-begleitgremium> および目下 *Smeddinck*, *Feigenblatt oder Wachhund mit Konfliktradar? – das Nationale Begleitgremium nach §8 Standortauswahlgesetz*, in: *Schlacke/Beaucamp/Schubert* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag*, 2019, S. 501 (509 ff.) und *Wollenteit*, in: *Frenz* (Fn. 22), §8 StandAG Rn. 19 ff. による解説。

ある。立地選定法 8 条 5 項により、全国手続随伴委員会は加えて、参加手続において特別な役割を有する参加委員 [Partizipationsbeauftragter] を任命する。

全国手続随伴委員会と並び、いずれもそのつど専属の事務部局による支援を受ける 3 種類の会議 [Konferenzen] がある：立地選定法 9 条により、BfE は中間報告書の受領後、調査対象となる諸地域の市民や社会的組織の代表者、研究者から成る「立地地域専門会議」を招集する。同会議は 6 か月以内に中間報告書を討議し、評価することとされている。探査のために提案された各候補地地域では、立地選定法 10 条により、機能的に類似する「地域会議」が予定されている。同会議はそのつど、関係する居住者・近隣住民の総会と代表者集団から構成され、それ [代表者会議] はさらに 3 分の 1 ずつが、総会、地域諸団体、その他の社会集団の代表者から構成されることとされている。各地域会議は立地選定手続に随伴し、さらにまた広範な発言・公表の機会を享受しており、科学的助言を利用したり、BfE に対して再審査を依頼したりすることが可能である。最後に、立地選定法 11 条による「地域専門会議」は、各地域会議の代表者と放射性廃棄物が中間貯蔵される各ゲマインデの代表者から構成され、地域横断的観点から地域会議の過程に随伴する。

4. 参加手続に関する権利救済の問題と提訴可能性

改正立地選定法の構想が有する、参加手続と少なくとも間接的に結びついたひとつの特徴は、結局のところ権利救済と関連する：立地選定法 17 条 2 項 2 文・19 条 2 項 2 文により、立地提案に関する前倒しされた諸決定は拘束力を有するが、取消しを求めることが可能であり、その存続効あるいは確定力を有する司法判断によってはじめて、それ以降の計画過程を基礎づけることとなる³⁵⁾：立地選定法 17 条 3 項 1 文・19 条 2 項 1 文により、これまでの立地選定手続とそれに基づいて下された立地提案が法律の諸規定に合致するということが、取消し可能

35) それにつき詳細に *Schlacke*, Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz: Individual- und Verbandsklage-Einsatzbereiche, Ergänzung, Kompensation?, ZUR 2017, 456 (461); 権利救済モデルに対してより一般的に、かつ傾向として批判的に *Gärditz*, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: *Schlacke/Beaucamp/Schubert* (Fn. 34), S. 479 ff.

な行政行為によって確定される。立地選定法17条3項3文・19条2項6文において、関係するゲマインデやその住民・土地所有者に対して環境・権利救済法2条1項が準用されることにより、いまやこれらの集団にも、承認された環境保護団体と同様に³⁶⁾、権利侵害の主張をせずとも2度の権利救済が認められる³⁷⁾。

このアプローチは、確定的な行政行為による先行立地計画という、数十年来議論されてきたモデルと一致する³⁸⁾。そうした段階固有の「phasenspezifisch」権利救済は、当然、基本的には利害関係者による取消しの負担と結びつく——つまり自らの権利を守るため、訴訟は彼らの責任である³⁹⁾。その際、実体法的要件は、立地や路線に関する国土整備の目標について判例が展開してきたものと一致するであろう⁴⁰⁾。その場合にいかなる範囲で先に示した手続法の審査も行われるべきかについては、立法者は不鮮明にしか規定していない⁴¹⁾。環境・権利救済法上の諸基準を参照すれば、つまり個々の原告は、環境・権利救済法4条の準用により自己の権利侵害を主張することなしに、原則として手続的瑕疵も、それによって基本的には手続法的要件の遵守も主張しうるということが示唆される⁴²⁾。場合によっては、当該違反を是正するために、環境・権利救済法4条1b

36) 少なくとも環境保護団体自体には、戦略的環境審査・環境影響評価義務ゆえにすでに当初の法条文によって訴権が認められていた、vgl. *Wiegand* (Fn.25), S. 833. そしてより広範に *Bull*, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer—Eine kritische Analyse des Standortauswahlgesetzes, DÖV 2014, 897 (904).

37) Vgl. dazu BT-Drucks. 18/11398, S. 64.

38) Vgl. それにつき *Durner*, Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) —Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, DVBl. 2011, 853 (860) における諸論拠。

39) そのように明示的に BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013-1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08-, NVwZ 2014, 211 (217). この法的解明は、当然に事業の見地からはまさに目指すところである、vgl. *Durner*, Raumplanerische Koordination aus rechtlicher Sicht, RuR 2010, 271 (278); *Papier*, Möglichkeiten und Grenzen der rechtsverbindlichen Festlegung und Freihaltung von Leitungstrassen durch die Regionalplanung, 1983, S. 47 f.

40) Vgl. とりわけ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006-4 A 1075/04-, BVerwGE 125, 116 (130 ff.) (Flughafen Schönefeld); ferner BVerwG, Urt. v. 15.5.2003-4 CN 9/01-, NVwZ 2003, 1263 ff.

41) 詳細に *Bull*, Was ist »die Öffentlichkeit« und welche Befugnisse soll sie haben?, DVBl. 2015, 593 (600); その文章中におけるのと同様に *Haug/Zeccola*, Neue Wege des Partizipationsrechts—eignet sich das Standortauswahlgesetz als Vorbild?, ZUR 2018, 75 (83).

条1文第2選択肢の類推により補充手続も実施されうる。

Ⅲ 放射性廃棄物中間貯蔵施設の許可

総じてそのようにして、とりわけ公衆参加に関してあらゆる旧来モデルを大きく超える許可制度は創設された。これが有する影響の程度は、放射性廃棄物中間貯蔵施設の許可と比較してみると、とくに明確となる。

1. 現世代にとっての事実上の恒久的解決策としての中間貯蔵

将来的な放射性廃棄物最終処分場の操業開始はおそらく数十年経ってはじめて可能となるであろうから、これまで政治や法律学では放射性廃棄物中間貯蔵の問題性やそれと結びつくさまざまな危険の克服を経験してきたのに対して、[最終処分に対する] 法的・環境政策的関心の低さは驚きである。原子力法 9a 条 2 項 1 文・3 項 1 文に基づく最終処分のための放射性廃棄物の最終的な引渡しまでに、あるいは中間貯蔵のための適切な州集積所において、商業用原子力発電所操業者は、原子力法 9a 条 2 項 3 文に基づいて——そこで捉えられている期間に鑑みれば、やや婉曲的に名付けられた——「原子力発電所」敷地近接の「中間貯蔵施設 [Zwischenlager]」を設ける必要がある。原子力法 6 条 1 項により、同施設それ自体に許可が義務づけられている⁴³⁾。そのことは、原子力法 6 条 3 項 1 文により、原子力発電所敷地に隣接する中間貯蔵施設にも当てはまる。その操業開始までは、例外的に原子力法 6 条 4 項に基づいて、仮置き場での貯蔵（許可が義務づけられる）が可能である。求められる損害の事前配慮に関して、原則として原子力法 7 条によるのと同様の諸基準が適用される、つまり、科学技術の水準に照らしたりリスク事前配慮が必要である⁴⁴⁾。[当該許可] 決定は、第三者により取消しを求めることが可能である。2013 年にブルンスビュッテル隣接中間貯蔵施設

42) *Wollenteit* (Fn. 18), S. 821; 環境・権利救済法による訴権の射程について一般的に、多くに代えて *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), *Umweltrecht*, Kommentar, § 4 UmwRG (2018) Rn. 24 ff.

43) Vgl. 中間貯蔵施設に関して混乱を招く多様さにつき *John* (Fn. 13), § 10 Rn. 118 f.

[Standortzwischenlager] について、裁判所は前記諸要件が遵守されていないと判断したが⁴⁴⁾、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州がこれまでこの判決に応じているようには見えない⁴⁶⁾。

2. 中間貯蔵施設の許可制度における公衆参加

放射性廃棄物中間貯蔵施設の許可は、操業者の申請に基づき単一の行政行為によって付与される⁴⁷⁾。当該許可手続は、第三者の協力を、環境影響評価と結びつけた公衆参加の一部として予定するにすぎず⁴⁸⁾、その限りでEU法上規定される最低水準にとどまっている。他方、照射済み核燃料あるいは放射性廃棄物のための中間貯蔵施設の設置は、環境影響評価法別表第1の11.3号により、貯蔵施設が原子力発電所外の、それらの物質が発生するのとは異なる場所に設置される場合に限って環境影響評価を要する。このことは本来、古い原子力発電所内の、あるいはそれに隣接する [in oder an] 場所での中間貯蔵については、環境影響評価やそれにとまなう公衆参加を実施する必要がないということを示唆する⁴⁹⁾。これが手続による基本権保護の諸要請をそもそも満たしうるかということにつき、

44) Vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 24.8.2006-7 B 38.06-, ZUR 2006, 596 (597 f.); BVerwG, Urt. v. 22.3.2012-7 C 1.11-, ZUR 2012, 423 ff. これらの許可と並んで、集中効の欠如ゆえに原則として建築許可も必要である、vgl. dazu OVG Greifswald, Beschl. v. 30.10.1997-5 M 52/96-, LKV 1998, 460 ff. および以下の注 54 にて。

45) OVG Schleswig, Urt. v. 19.6.2013-4 KS 3/08-, ZUR 2013, 687 ff. mit Anm. *Ziehm*; BVerwG, Beschl. v. 8.1.2015-7 B 25.13-, BVerwG, ZUR 2015, 287 ff.; vgl. それにつき *Leidinger*, in: Frenz (Fn. 22), § 6 AtomG Rn. 35 mit Fn. 54 における説明も。

46) それらの判決にもかかわらず、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州環境・エネルギー転換大臣ハベックは、より安全で、かつ許可を受けた代替的貯蔵場所がないためという理由で、燃料棒をブルンスビュッテルの中間貯蔵施設に放置し、「命令により貯蔵をさらに受忍する」ことを命じた、vgl. https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/V/Presse/PI/2017_neu/1217/171220_Brokdorf_Anordnung.html。だが、この行動の適法性は疑わしい、vgl. nur *Voßkuhle*, Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?, Verw 29 (1996), 511 ff.

47) 詳細に John (Fn. 13), § 10 Rn. 120 f.

48) *Gierke/Paul*, in: Danner/Theobald (Fn. 23), § 6 AtomG (Januar 2017) Rn. 223 und 230 ff.; vgl. 最近も BVerwG, Beschl. v. 31.7.2020-7 B 2.20-, NVwZ 2020, 1604 ff.

49) So *Gierke/Paul*, in: Danner/Theobald (Fn. 23), § 6 AtomG (Januar 2017) Rn. 225 発電所自体の許可手続の中で中間貯蔵の諸リスクが審査され尽くされたかどうかの疑いをもつて。

連邦行政裁判所は、アーハウス中間貯蔵施設に関する比較的古い決定において、明示的に判断を留保した⁵⁰⁾。許可実務は、[原子力発電所] 敷地近接の中間貯蔵施設の新規許可——しかしその変更は除く⁵¹⁾——に関しては、この不安定な状況を緩和した。貯蔵施設は法的には原子力発電所の構成要素ではなく、したがって「別の場所」であるという理由付けにより、新規許可は環境影響評価法別表第1の11.3号の下に包摂される⁵²⁾。この非常に実践的な対処は、法政策上は歓迎すべきであるが、しかし法の文言に鑑みれば、法学的には限られた耐久性しかもたない。

国土整備法15条に基づく国土整備手続を要するのは、国土整備法施行令1条2・3号によれば、原子力法7条にいう固定施設と、原子力法9b条にいう放射性廃棄物の安全確保と最終処分を目的とする施設だけである⁵³⁾。したがって中間貯蔵施設については、国土整備上の公衆参加も行われない。中間貯蔵施設は、建築法典35条1項により直接、外部地域で優先的に許可されるため、地区詳細計画手続も同様に不要である⁵⁴⁾。つまりその限りにおいて唯一、一義的に定められた規定として残るのは、行政手続法25条3項に基づく「早期の公衆参加」であるが⁵⁵⁾、もっともそれは事業者の任意に委ねられる。

50) BVerwG, Urt. v. 11.5.1989-4 C 1/88-, BVerwGE 82, 61 (70).

51) Vgl. それにつきフィリップスブルクにおける中間貯蔵施設に関する SWR の報道: „Keine Umweltverträglichkeitsprüfung für Atommüll in Philippsburg“ unter: <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/karlsruhe/Zwischenlager-in-Philippsburg-Keine-Umweltvertraeglichkeitspruefung-fuer-Atommuell,enbw-atommuell-100.html> vom 17. 8. 2018.

52) Vgl. この意味でもすでに、BfE のインターネットホームページ上でアクセス可能な、グルントレミンゲン隣接中間貯蔵施設での核燃料保管に関する 2003 年 12 月 19 日の許可、Az. GZ-V3-85345 10, S. 56. 当該文章の基礎は、[原子力発電所] 敷地近接の中間貯蔵施設に関するその他の多くの許可決定にある。文献において目下この意味でも *Leidinger*, in: Frenz (Fn. 22), § 6 AtomG Rn. 44.

53) 加えて、最後に挙げた規定は、立地選定法 20 条 4 項によって停止されている。

54) VGH Mannheim, Urt. v. 22. 10. 2002-3 S 1689/01-, ZfBR 2003, 389.

55) Vgl. dazu nunmehr *Leidinger*, Übertragung des Beteiligungsmodus nach StandAG auf die Zwischenlagerung-Ist eine grundlegende Reform der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Zwischenlagerverfahren erforderlich?, NuR 2018, 594 (601) この規範が大きな余地とチャンスを提供するという的確な指摘とともに。だが、事業者の側にとって純粋に任意であるというこの規定の性格は、それでも変わらない。

3. 最終処分施設許可と中間貯蔵施設許可の間の不均衡

立地選定法に基づく参加手続を、放射性廃棄物中間貯蔵施設について貧弱に設けられた公衆参加と対比させると、驚くべき不均衡が認められる：最終処分場については、おそらく世界的にみて最も徹底的な形で公衆参加が行われ、これに対して〔原子力発電所〕敷地近接の中間貯蔵施設については、いまや一般的となったドイツの公衆参加の強度に明らかに及ばない、貧弱で、法的に担保されない最低水準しか満たさない⁵⁶⁾。

放射性廃棄物中間貯蔵施設はすでに今日存在し、その現実的状況に照らせば、将来の最終処分場と比較にならないほど疑いなくより大きなリスクである一方で、今日生きている世代の人々——すなわち基本権の実際の享有主体——は自身の生きている間には最終処分場による影響を受けることはもはやないであろうから、この結論は尚更驚きである。立地選定法1条5項2文は、2031年までの立地決定という法律上の目的を設定したにもかかわらず、いまやとうにプロジェクトは大幅に遅れる公算が大きい——もしかすると次の世紀にまで及ぶかもしれない⁵⁷⁾。たしかに、新たに挿入された原子力法6条5項1文によれば、原子力発電所敷地に隣接する中間貯蔵施設操業期間は、最初の容器搬入の開始以降、40年を超えないこととされている。しかるべき許可の延長は、「やむを得ない理由があり、かつ、ドイツ連邦議会の事前の関与がある場合に限って許される」。だが、この結局は法的拘束力のない議会関与をつうじて、最終的な解決策の必要性についての自覚のみが維持され続けることとなる⁵⁸⁾。中間貯蔵施設許可についての拘束力のある満了日は、——日本と異なり——ドイツにはない。最終処分場の開設までの期間としてそれが十分ではないことは、結局のところ立法者もすでに自覚している。

立地選定調査における公衆参加の目的は、立地選定法5条1項1文によれば

56) Vgl. 上記注 Fn. 52 と 55 にて。

57) Vgl. *Riemann*, *Gerechtigkeit an der Oberfläche*, in: Köhnke/Reichardt/Semper (Hrsg.), *Zwischenlagerung hoch radioaktiver Abfälle*, 2017, S. 159 (169) における論拠。

58) So *Semper*, *Aufbewahrungsgenehmigung für radioaktive Abfälle—Verlängerung versus Neugenehmigung*, in: Köhnke/Reichardt/Semper (Hrsg.), *Zwischenlagerung hoch radioaktiver Abfälle*, 2017, S. 141 (148) m.w.N.

「利害関係者からも容認されうる」解決策を見出すことである。だが今日の参加者の誰も、最終処分場そのものから不利益を被ることはない。それに対して「原子力発電所」敷地近接の中間貯蔵施設と相対する周辺住民は、それによって自身に対して実際に影響を受けながら、明らかに低減された参加機会しか享受していない。このことは、この形式においてほとんど理解できない、基本権や恣意禁止原則の諸要請と一致し難い法的な価値矛盾である⁵⁹⁾。

IV 新たな参加手続の合理性に関する評価

1. 個別的な公衆参加の拡充と強化

新たな法状況は、目下、新制度の性能に関していかに評価されうるか？ 立地選定法5条以下に基づく聴聞をつうじた個別的な公衆参加に関して、法は、結局のところ従来の手法を用い、資料の縦覧と手配、異議を申し立てる機会、そして公開の討議会におけるそれら「異議」への配慮と議論に取り組む。当該複数の参加は、これまでのそうした場合よりも早期に、かつ著しく広範囲に行われ、広く普及する「永続的対話」⁶⁰⁾の要請に適う。立地選定法はさらに、公衆参加がこうして量的に拡大するのに任せるのではなく、公衆参加の従来形式との格闘の中で、すでに言及した改革検討を実行しようと確かに試みた。たとえば関連するある一冊では、ローレンス・サスキンドとパトリック・フィールドにより以下のコミュニケーション戦略が中心的に研究される：

- ・ 異議申立人の懸念を認識すること、
- ・ 共同での事実調査の奨励、

59) 全国手続随伴委員会のために発行された法鑑定書の *Hagedorn/Gaßner*, Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an einem Diskurs über die Zwischenlagerung hochradioaktiver Abfälle v. 18.12.2017 ではそれゆえ、立地選定法の参加モデルを広く中間貯蔵施設に転用することが求められている。規律された事柄を比較できないとみて、それに対して無条件に反対するのが、*Leidinger* (Fn. 55)。それでも、両者の全く異なる扱いには驚く。

60) それにつき批判的に *K.-P. Dolde*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, NVwZ 2013, 769 (771 f.) m.w.N.

- ・現地での不利益の補償に関する確実な義務賦課、
- ・責任の引受けと過誤の告白、
- ・信頼できる態度と
- ・プロジェクトの反対者との継続的な関係の構築⁶¹⁾。

これらのアプローチのうちの多くは、立地選定法によって採用され、詳細に文章化される。とりわけ立法者は公衆を最初から継続的に取り込んで、この取込みをさまざまな会議の設置によって最終的には恒常的なものとし⁶²⁾、事実調査においてそれ「公衆」に独立した申請権を付与しようと試みる。その際に立法者は、参加・対話の諸形式は結局のところ事業の実施に資するにすぎないとか⁶³⁾、市民は事実上「事業者、鑑定人、関係行政機関、そして最終的には決定権限を有する行政庁から成る壁に向かって対峙している」⁶⁴⁾といった一般的な疑念を、数多くの予防措置をつうじて払拭しようと試みる。そうして縦覧や異議申立ての期限は十分に設けられ、会議は専属の科学的助言を利用することができる。加えて、2017年に導入された、原子力法10条5項による再審査依頼がある。それは、たしかに各地域会議のみが行うことができるが、その後は個別的な公衆参加に組み込まれる⁶⁵⁾。

それにもかかわらず、やはり一般的にはこうしたアプローチの射程が問われる。すべてのプロジェクト反対者を「連れ出し [mitnehmen]」、実際に国内的コンセンサスを作り出すことは、特別な手続によるだけではほとんど困難であろう。法的基準の執行も、実行可能性の限界に直面するであろう：「対話志向の過程」という法律の理想は、あらゆる異議に個別に応じることを求めるのでは決してな

61) *Susskind/McKernan/Thomas-Larmer* (Hrsg.), *The Consensus Building Handbook*, 1999, S. 37 f.

62) その限りでここにも、個別的な公衆参加と、すぐあと2.で正当に評価される制度化された公衆参加の間の架け橋がある。

63) *Perli*, *Atommüll-Vom Technik- zum Standortkonflikt? Konfrontation und Kooperation bei der Endlagersuche*, 2017, S. 63.

64) *Schütte*, *Mehr Demokratie versus Verfahrensbeschleunigung?*, ZUR 2011, 169 (170); 多数の同様の印象を記すのが *Drögemüller* (Fn. 22), S. 198 ff.

65) それにつき詳細に *Smeddinck* (Fn. 30), S. 201.

い⁶⁶⁾；あらゆる大規模事業におけるように、高度に分業的な決定過程、情報過多、そして異議の大量処理によって特徴づけられているといえるであろう計画過程においては、その種の個別志向の理想はほとんど実現され得まい。

2. 制度化された公衆参加をつうじたさまざまな革新

個別的な参加の機能的限界を、法は、制度化された公衆参加の手法によって克服したがっている。立地選定法 8 条以下による特別な公衆委員会の参加は、疑いなく、従来の個別的な参加に付け加えられる、とりわけ新種で「革新的な」手法である。立地選定法 8 条による多元的に構成された「全国手続随伴委員会」、立地選定法 9 条による「立地地域専門会議」、立地選定法 10 条による機能的に類似の「地域会議」、立地選定法 11 条による「地域専門会議」、そして最後に、立地選定法 8 条 5 項による「参加委員」の任命は、真の模範を欠く従来の法においてそう「革新的」である。

少なくない者にとって⁶⁷⁾、この制度化された公衆参加は、かつてペーター・C・ディーネルによって提唱された計画細胞 [Planungszelle] を思い起こさせる。それは市民の無作為選択をつうじて、ディーネルの理解に沿った、計画・決定過程への民主的な参加を実現するものとされた⁶⁸⁾。少なくとも部分的には、それについてどちらかといえば「ネオコーポラティズム的モデル」⁶⁹⁾、すなわち、凝縮された形で結集された利益の取込みをつうじて、政治的決定への参加を可能にしようとする試みが問題となっている⁷⁰⁾。両モデルは、社会学的で、民主主義

66) Peters, Befriedet Beteiligung den Endlagerstreit? Deutsche und Schweizer Endlager-suche im Vergleich, DÖV 2015, 629 (633).

67) Vgl. とりわけ手続随伴委員会の構成員について、無作為原則に基づく部分的な指名、上記注 34 にて。Wollenteit, in: Frenz (Fn. 22), § 8 StandAG Rn. 21 が示すように、選定手続の枠組みでも明示的に「計画細胞の枠組みでの」指名について述べた。

68) P.C. Dienel, Die Planungszelle, 1978; vgl. auch H.L. Dienel, Die Planungszelle im Einsatz, in: Beck/Ziekow, Mehr Bürgerbeteiligung wagen. Wege zur Vitalisierung der Demokratie, 2011, S. 169 ff. および法的観点からすでに Volz, Bürgerbeteiligung an öffentlichen Planungen durch die „Planungszelle“?, VR 1986, 366 ff.

69) そのように——但し最終処分場委員会に目を向けて——Perli (Fn. 63), S. 60; vgl. 諸規律の背後にあって、「とくに手続に参加することを望む、組織された一部の公衆」を取り込むよう求める要求についての報告も、Bull (Fn. 41), S. 599 において。

理論的でもあるその前提においては大いに論争があり、従来の議会主義と競合する理念的アプローチにしばしば基づいている⁷¹⁾。そのアプローチがどこまで通用するかは、おそらく実務においてようやく示されるであろう。

あらゆる初期変数の評価にかかわらず⁷²⁾、しかしいずれにせよ、立地選定法におけるそうした諸要素の量は過大である。つまり、法は一方では、さまざまな会議や手続随伴委員会、参加委員によって、他方では異議手続や討議会によって、すでにあまりに多くの同時並行的な委員会や参加ルートを根拠づけている。同時並行的な制度や意思形成は、相互に競合することもあるかもしれない。たとえば会議や討議会での異なる立場はいかに扱われるべきかについて、法は答えないままである。モニカ・ベームによって言明されるに：「もっと少なければ、もしかするとその限りで結果的には寧ろもっと多かったかもしれない⁷³⁾。」

3. 手続あるいは結果の共同形成？

ただし、現代的な手続形成の前提のひとつは、立地選定法において十分に考慮されていない：立法者は、受容 [Akzeptanz] 獲得を狙う行政手続において、自身が応えられない期待を生じさせるべきでない⁷⁴⁾。とりわけ影響力に関して公衆のそうした期待を生じさせてしまっているのが、改正法とその立法理由である：立地選定法5条1項は公衆と利害関係者を「手続の共同形成者」と表現し、同法の要求は立地選定法1条2項によれば「参加的」[な手続]である、そうであるがゆえに、参加する公衆は行政権の「実現補助者」では決してなく、真の共同決定のために召喚されているのだと、立法手続の流れの中で度々強調された⁷⁵⁾。

だが実際には、手続の共同形成は、結果の共同形成でもあるということには決

70) Vgl. もっぱら von Alemann (Hrsg.), Neokorporatismus, 1981 における諸論考。

71) Vgl. それにつき事例的に、ベルギー人の国民代表「二重代表制システム」に関する主張 von Reybrouck, Gegen Wahlen. Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 2016.

72) Vgl. 手続随伴委員会を専門的に不適であり、立地選定調査の目的を達成し得ないと評価する Leidinger による Schüttler, Atomare Endlagersuche nach dem Standortauswahlgesetz, ZUR 2018, 570 (571) における根本的な批判の提示。

73) Böhm (Fn. 30), S. 447.

74) Vgl. 以下につき Peters (Fn. 66), S. 635 und 637.

してならないし、したがって全くもって、最終処分場の立地に関する何らかの実質的な共同決定ではない。正反対に、立地選定法 7 条 1 項 3 文・9 条 2 項 4 文・10 条 5 項 4 文は、結局のところ最後で、申し立てられた異議や意見の単なる配慮を予定するにすぎない⁷⁶⁾。参加者の申し出に対するより強い拘束は、彼らが一元的でないためにおそらく事実上不可能であるのみならず⁷⁷⁾、憲法上も許されないであろう：市民参加への参加者という一部の公衆は、彼らがつその時々の特定の利益を代表するが、しかし、基本法 20 条の意味での正統化主体たる国民を代表するわけではない⁷⁸⁾。したがって、ほぼ一般的に承認されているのは、形式的な民主的意思形成過程の外側で、民主的正統化を理由として「完結的な衡量決定を市民の手に委ねることはできないし、これに対する拘束的な規定も許されない」ということである⁷⁹⁾。公衆参加の導入は、民主的決定過程に刺激を与えるし、与えるべきであるが、しかしこれを置き換えはしない。

ただし、これらの言明は、討議会において広まっている期待的態度とは一致しない。ここに集められた公衆⁸⁰⁾は、選挙民、あるいはいずれにせよ特殊な民主

75) Vgl. *Drögemüller* (Fn. 11), S. 225 f. および利害関係者を「同じ目線でのパートナー」として把握することという *Smeddinck* (Fn. 30), S. 199 における要求；部分的に相対化して *Wollenteit*, in: Frenz (Fn. 22), § 5 StandAG Rn. 4.

76) Vgl. etwa *Bull* (Fn. 36), S. 903; *Smeddinck*, in: ders. (Fn. 18), § 9 Rn. 39 ff. および——批判的に——*Haug/Zeccola* (Fn. 41), S. 80.

77) *Bull* (Fn. 36), S. 903.

78) *Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, *GewArch* 2011, 273 (274 f.); *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL* 72 (2013), S. 544 (562 f.).

79) そのように、多くに代えてたとえば *Durinke/Durinke*, Rechtlicher Rahmen und Grenzen von informellen Beteiligungsprozessen, *KommJur* 2016, 241 (247) oder *Köck*, Die Mitwirkung der Zivilgesellschaft am Verwaltungshandeln—eine Bilanz, *ZUR* 2016, 643 ff., とりわけ S. 649; それにつき包括的にすでに *Blümel*, „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?, in: Schnur (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Forstthoff*, 1972, S. 9 (19 ff.) m.w.N.; vgl. *Bull* (Fn. 41), S. 596 und 600 f. における的確な指摘も、曰く、部分的に要求される、決定権者と環境保護団体の間の直接的協議は、経済的利益団体とのそうした協議と法的には同様に評価されうるといふ。

80) そのことに照らせば、たいていはむしろ見通しのきく、必ずしも特段代表的ではない人々の集団が問題となる、vgl. それにつき *Smeddinck* (Fn. 30), S. 203 における言及、そしてより一般的に *E. Hien*, Verbindlichkeit von Entscheidungen bei Infrastrukturvorhaben in Zeiten von liquid democracy, *DVBl.* 2015, 1 (4).

的特権をもった政治的前衛を体現しているものであり、行政や事業者は彼らによる意思表示を容認しなければならないであろうという観念が、そこではしばしば優勢である⁸¹⁾。このエリート的観念世界ときつく結びついた描写によって、立地選定法は結局のところ、法治国家では満たし難い期待を助長している。

4. 受容を高めるための物質的インセンティブの不足

あらゆる制約から自由に討議ができる理想世界の外側では、放射性廃棄物最終処分場があらゆる大規模事業と同様に特別な負担をもたらしたり、すでにもっぱら地価低下によって敗者をも生んだりすることを、最良のコミュニケーション技術をもって避けることはできない。これらの観点は、ほとんど手続法に依拠するにすぎなかったかつての議論では十分考慮されなかった。利害関係者にとって、やはり最後には何より結果が重要なのであって、決定過程はあまり重要ではない⁸²⁾。これを背景に、すでに言及した「現地での不利益の補償に関する確実な義務賦課」⁸³⁾は、今日では受容を高めるための決定的要素としてみなされている。それゆえ、最終処分場を受け入れる意思を表明すべき立場にある地域は、目下浸透した認識にしたがえば、このために物質的なインセンティブや補償も期待してよいであろう⁸⁴⁾。そうしたインセンティブは、日本での最終処分場選定調査に

81) この命題につき詳細に *Durner*, Öffentlichkeitsbeteiligung und demokratische Legitimation im Energie-Infrastrukturrecht, in: Schlacke/Schubert (Hrsg.), Energie-Infrastrukturrecht. Kolloquium anlässlich der Verabschiedung von Prof. Erbguth, 2015, S. 87 (114 f.) m.w.N.; vgl. とくに最終処分場につき *Bull* (Fn. 41), S. 594 ff. und *Smeddinck/Roßegger*, Partizipation bei der Entsorgung radioaktiver Reststoffe-unter besonderer Berücksichtigung des Standortauswahlgesetzes, NuR 2013, 548 (555) における諸報告。

82) そう正当に *Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 277 (283)。

83) Vgl. 上記注 61 にて。

84) それにつき詳しく *Ott/Riemann*, „Volenti non fiat iniuriam“-Freiwilligkeit und Bereitschaft bei der Übernahme von Standortverantwortung, in: Ott/Smeddinck (Fn. 11), S. 41 (52 ff.); *Smeddinck*, „Freiwilligkeit“ bei der Realisierung eines Endlagers für Atom-müll-Zu Kompensationen ohne Beeinträchtigung konkreter Rechtspositionen, ebenda, S. 61 ff.; *Weisensee*, Ein Belastungsausgleich für das „Atomdreieck“-Das Gesetz über die „Stiftung Zukunftsfonds Asse“, ebenda, S. 101 ff.; weiter *Rosaria Di Nucci*, NIMBY oder IMBY. Akzeptanz, Freiwilligkeit und Kompensationen in der Standortsuche für die Endlagerung radioaktiver Abfälle, in: Brunnengräber (Fn. 11), S. 119 (122 ff.)。

においてひとつの中心的な役割を果たしており、最近では建設中であるフィンランドの最終処分場に関するコンセンサスを著しく促し⁸⁵⁾、諸外国でも集中的に議論されている⁸⁶⁾。

ドイツ法では、補償メカニズムは少なくとも点的に、たとえば連邦イミッション防止法 74 条 2 項 3 文による騒音防止措置、送電線の地下移設、あるいは行政手続法 74 条 2 項 3 文による金銭補償の形で知られている。最終処分場のごとく、感情的に非常に賛否両論のある特異な事業についてはまさに、これらのまばらな手掛かりには発展性がありそうにみえる。ただ、立地選定法においては、対応する規定は微量にしか存在しない：立地選定法 16 条 1 項 3 文に基づけば、事業者は、候補地地域において社会経済的な潜在可能性分析を実施しなければならない。各地域会議はその場合に、立地選定法 10 条 4 項 2 文・3 文により意見表明の機会を有し、地域の発展を促進するための独自の構想を作成する。これらの提案がいかなる具体的な措置に反映されるのか、法や立法理由は、程度の差はあるにせよ答えないままである⁸⁷⁾。この点でも法は、受容研究の知見に後れをとっている。

V 新制度は実際上のいかなる成功を約束するか？

立地選定法は、実質的な、議会による打開策に代えて、最終的には最終処分場の立地に関する社会全体のコンセンサスをもたらしすべき、包括的で——出発点においては歓迎すべき——徹底的な公衆参加に期待をかける。このアプローチの耐

85) Vgl. *Mondello*, Für immer. Wohin mit dem radioaktiven Atom Müll? Finnland baut ein Endlager, *Süddeutsche Zeitung* v. 3/4.11.2018, S. 33 の報道。

86) Vgl. *Inhaber*, Can an Economic Approach Solve the High-Level Nuclear Waste Problem, *RISK: Issues in Health & Safety* 2 (1991), 341 ff. において、アメリカ合衆国について根本的かつ大変広範な考察、そしてそれにつき批判的に *Bunn/Holdren/Macfarlane/Pickett/Suzuki/Suzuki/Weeks*, Interim Storage of Spent Nuclear Fuel, 2001, S. 107 f. oder *Wolsink/Devilee*, The motives for accepting or rejecting waste infrastructure facilities, *Journal of Environmental Planning and Management* 52 (2009), 217 ff.

87) 詳細に *Smeddinck* (Fn. 84), S. 90 f.; vgl. auch *Wollenteit*, in: Frenz (Fn. 22), § 10 Stand AG Rn. 20, 彼の説明によれば、短期的な金銭補償だけでなく、長期的な、世代を超えた視点が重要であるとされる。

久性は、大いに議論の余地がある⁸⁸⁾。基本的にその背景に潜むのは、この手続をとおした意思形成が、政治をそれ自身の決定から解放しうるとの希望である⁸⁹⁾。このことは、立地選定法の改正条文が、立地提案については「関連する公的・私的利害の衡量のもとで」連邦法により決定することという、かつて2013年立地選定法20条1項に規定されていた要件を、その間に理由を付けずに削除したことにおいても明らかである。実質的な衡量決定は、明らかに完全にBfEに委ねられることとなる⁹⁰⁾。

1. 手続法の機能的限界

しかしながら、立地選定法も、そのさまざまな革新や改善にもかかわらず、ほかの参加制度において認識される内在的な諸問題や手続法の機能的限界を克服し得ないし、することはないであろう⁹¹⁾。とくに、一度はあたかも達成したかのようみえた、手続による受容獲得を喪失するという普遍的現象は、立地選定手続に関して参加が非常に長く続くのを前に、再び鮮明さを増すのではなからうか⁹²⁾。数十年かかると見込まれる手続の中で予想されるのは、何度も繰り返し

88) 同意して、しかし寧ろさらに多く、さらに早期の参加を求めて *Haug/Zeccola* (Fn. 41), S. 75 ff.; 同じく楽観的に *Smeddinck/RoBegger* (Fn. 81), S. 548 ff.; 明らかにより懐疑的に *Brunnengräber, Das wicked problem der Endlagerung*, in: ders. (Fn. 11), S. 145 ff.; *Bull* (Fn. 36), S. 902 f.; ders., (Fn. 41), S. 593 ff.; *Wiegand* (Fn. 25), S. 835: „juristischer Popanz“.

89) *Gärditz, Die Entwicklung des Umweltrechts in den Jahren 2013-2014: Umweltschutz im Zeichen von Verfahren und Planung*, ZfU 2015, 343 (356) は、このことを「政治的なことの専門家支配化 [Expertokratisierung]」の試みとして特徴づけた; vgl. しかしそれに対して *Smeddinck/RoBegger* (Fn. 81), S. 555.

90) *Hofmann*, in: *Smeddinck* (Fn. 18), § 20 Rn. 20 は、立法者は法治国家的な理由から「自らの衡量」を行う必要があるということを前提とする。しかし、文章中に示されたアクセントの変化は、立法者はその案件を自ら扱うことなしに、行政権による衡量決定を自身のものとする機会を有すべきであるということを示唆する。これに対する憲法上の異議を展開するのが *Wollenteit* (Fn. 18), S. 819 f.

91) 同様に *Böhm* (Fn. 30), S. 446.

92) 選定調査手続の長期継続は、同法が対象地域全体でその他の経済的事業を数十年にわたって阻害するであろうという *Frenz, Vorhabensperre durch das Standortauswahlgesetz?*, DVBl. 2018, 285 ff. によって展開された批判の根底にもある、vgl. それにつき *Weiss, Veränderungssperren zur Sicherung eines Endlagerstandortes für radioaktive Abfälle—Zur Auslegung und grundrechtlichen Bewertung von § 21 Standortauswahlgesetz*, DVBl. 2018, 1204 ff. による応答。

て、新たな利害関係者や同様に彼らを代表する政治家が、ずっと以前に決められた方針に屈せず再出発を求め、エムスラントでも以前そうであったように、可能性のある別の諸地域を後から加えるよう要求するであろうということである。次第に小さな地理的空間へと一層強く問題の焦点を合わせるという意味での、法律によって予定される議論の階層化は、これまでのあらゆる経験に照らせば、困難に直面するであろう。

2. 実体判断先送りのための政治戦略としての調査選定手続

これらの状況下になってせいぜい合意しうることは、問題の延期である。最終処分場は、これまでドイツではとくに繰り返し新しいものへと「置き換えられてきた問題」⁹³⁾である。倫理的には、今日生存している——おそらく唯一、そもそも原子力から恩恵を受けた、そして包括的なノウハウを有する、ひょっとすると最後かもしれない——世代は、紛れもなく、少なくとも幾代か後の世代にとって有益な最終処分場を実現するという義務を負っている。客観的にみても多くの事柄は、数十年にわたって探査された岩塩ドーム・ゴアレーベンが、その類稀な地質的安定性ゆえに、候補地比較に十分耐えうるであろうことを証明している⁹⁴⁾。当該意思形成過程は、それでも、ほとんど克服できない難関に直面している。

政治は、したがって政党政治的に理解しうる打算から、数十年来、拘束力のある決定を延期する傾向にある。「白地図」⁹⁵⁾という、政治的公平や開かれた結論を示唆する出発点は、その機能が主にコンセンサスの獲得にあるにもかかわらず、ジョン・ロールズの正義論における「無知のヴェール」の観念を想起させ⁹⁶⁾、選定手続を認識手続へと近づける。このやり方は、繰り返し全くの最初から始めることができ、対立をはらむ諸決定は後になってから、とりわけ他の決定権者によって下されるという、政治の観点からは好ましい帰結を得る。この過程では、空間的な聖フロリアヌス問題ないし NIMBY 問題——「わが家の裏庭にはお断

93) Röpke/Gerst/Lippelt, Endlager-ein verlagertes Problem, ifo Schnelldienst 13/2011, 67 ff.

94) そうすでに Gaentzsch (Fn. 19), S. 118.

95) Vgl. dazu Drögemüller (Fn. 11), S. 10.

96) 最も著名な論考において初めて Rawls, A Theory of Justice, 1971.

り (Not In My Back Yard)」——が、結局は時間的な NIMLT 問題——「私の生きている間はお断り (Not in my lifetime)」——あるいは代議士の視点からの「私の在任中はお断り」へと形を変える。

3. 政治的意思形成の不可避性

選定調査手続をつうじて将来の最終処分場立地に対する受容を生み出すという立法者の望みは、システム理論家ニクラス・ルーマンによる、およそ半世紀を経た考察と結びつく。実際、彼は法社会学の観点から、手続に、すべての利害関係者によって決定が事実上容認されるよう保証する機能をとくに認めていた⁹⁷⁾。その際には当然、殊更高的期待は戒められなければならない：すでにこれまで付加的に導入された参加手段は、大規模事業に対する抵抗を目に見えて和らげはしなかった。まさに最終処分場の分野では、むしろ結局、公衆参加に内在的な機能的限界が明らかとなる⁹⁸⁾。「Stuttgart 21」に対する激しいデモの直前までは、討議会の廃止さえ議論されていた⁹⁹⁾。ルーマンはこの機能的限界を、次のように説明した。すなわち、単なる目的プログラムにおいては——そして大規模事業はこの範疇に入る——、行政に「公衆がその〔行政の〕決定を好意的に受け入れることに対する政治的連帯責任」を負わせるのは不可能である；政治システム自体が、この正統化機能を提供しなければならないという¹⁰⁰⁾。

最終処分場についても決定的な説得作業をなしうるのは、結局はやはり政治のみであって、計画を行う行政ではない¹⁰¹⁾。したがって最終処分場の調査選定は、

97) *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1969), 3. Aufl. 1978, その55頁以下ではとりわけ裁判手続についてであるが、201頁以下では行政の手続についても叙述あり；vgl. しばしば誤解される同著作の趣旨につき *Pietzcker*, Wie weit trägt der Verfahrensge-danke, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hrsg.), Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 374 f.

98) Vgl. *Lennartz/Musselm*, Abschlussbericht „Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Standort-auswahl für die Endlagerung radioaktiver Abfälle“, 2002, S. 9における *Müller-Erwig* の研究を参照。

99) *Guckelberger*, Bürokratieabbau durch Abschaffung des Erörterungstermins?, DÖV 2006, 97 ff.

100) *Luhmann* (Fn. 96), S. 209.

101) *Schwenn*, Frieden mit der Infrastruktur, FAZ v. 24. 11. 2011, S. 10.

積極のかつ政党横断的な政治的支援を要する。解決策をめぐる、この真に建設的な争いにとっては、行政的参加手続に組み込まれた直接的利害関係者の対話よりも、議会システムの方が本質的にもはるかに望ましく調えられている。議会主義は民主的代表の原理をつうじて、はじめから政治的決定権者とその選挙人の利害状況との間に一定の距離を生み出す¹⁰²⁾。基本法 38 条 1 項 2 文は連邦議会議員を全国民の代表であると言明するが、彼ら〔連邦議会議員〕は指図に縛られず、自らの良心のみに従う。この自由委任は、意図して地方の意思形成に対しても距離を作り出し、それによって妥協や、結局は、まさにしかるべき抵抗の克服をも可能とすることになる¹⁰³⁾。したがって政治の真の課題は、放射性廃棄物問題の解決の必要性を説き、具体的な解決を訴えかけることでもあるのではないか。この課題の実現は疑いなく、現実には限界に直面する¹⁰⁴⁾。だが、自由委任を受けた民主的な代表者のもとにある議会で妥協点を見出し得ないとき、行政的参加手続をつうじて根本的対立を取り除くことはできまい。

4. 永遠という範疇における思考からの決別

しかしながら、最終処分場と放射性廃棄物中間貯蔵施設の各許可制度に関する前記の比較によって、最終処分場に対する地方の留保が、結局はいくらかの全くの不合理性を含んでいることも明らかになる。ひょっとするとそこでは、脅迫的で、同時に誤解を招きやすい「最終処分場」という概念が、根本的なコミュニケーションの欠如をすでに表しているのかもしれない：永遠〔といえるほどの長い時間〕と関連づけられ、すべての将来世代にとって正当であるべき環境政策上の

102) それにつき基本的に *Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 63 (65):「法治国家は、距離の国家形態である。それ〔法治国家〕は、たとえば利害と国家的決定との間に距離を生み出す。」

103) Vgl. *Bergmann*, Zum Verhältnis von Parlamentarismus und Protest, APuZG 2012, 17 ff.; *Dreier*, Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, 2014, S. 179 f.

104) とりわけ自由委任によってもたらされる譲歩能力は、党議拘束や政党政治的拘束の限界につき当たる、vgl. *Ehs*, Das Unbehagen im Parteienstaat, in: *Öhlinger/Poier* (Hrsg.), Direkte Demokratie und Parlamentarismus, 2015, S. 119 (130) そしてさらに深めて *Shirvani*, Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, 2010, S. 277 ff. したがって最終処分場決定は、結局はやはり諸政党のもとでの一定のコンセンサスを前提とする。

諸要件を前に、法は無力である¹⁰⁵⁾。現状に照らせば、既存の放射性廃棄物を少なくとも数百年間の耐久性が証明される処分にもっていくことは、すでに大きな成果ではないか¹⁰⁶⁾。したがって、履行不能な永遠という範疇での思考から決別し、目指すべき事業をはじめから「国内中間貯蔵施設 [nationales Zwischenlager]」と称することが、もしかすると成功への第一歩でありうるのかもしれない。

105) 詳細に *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 42), Art. 20a GG (2013) Rn. 16.

106) Vgl. この議論につきすでに *Bojanowski*, Streit über Endlager, Abschied vom Millionen-Jahre-Konzept, Spiegel-Online v. 10. 05. 2011.