

## Ecological Considerations in the Grid Expansion Planning

山本 紗知

文化政策学部 文化政策学科

Sachi YAMAMOTO

Department of Regional Cultural Policy and Management, Faculty of Cultural Policy and Management

いわゆるエネルギー転換を背景に、送電網整備が急がれるドイツでは、整備事業を具体化していく計画プロセスにおいて、自然環境や生態系へいかに配慮すべきかをめぐる議論が高まっている。多段階から成る計画プロセスの性質などから、最終的な事業許可に先立って、迅速化法に基づき送電線路の大まかな経路を決定するための連邦個別計画の策定段階で、切迫した整備需要と自然環境利益の保全との折り合いのつけ方がとりわけ問題となる。本稿は、この連邦個別計画の策定段階で、連邦自然保護法に基づく生息地保護・種の保存法といった自然保護の仕組みがどのように位置づけられるのか、そして、近年の学説における議論の所在を明らかにする。

The Energiewende requires large-scale expansion of energy grid in Germany. It is often disputed about how to give adequate considerations for the natural environmental or ecological effects of projects through the planning process. In the process, a route of corridors will be determined in the Federal Sectoral Planning before planning approval, by the Bundesnetzagentur according to the Grid Expansion Act (2011). Mainly focusing on this step, this Article describes the ecological conservation mechanism through the planning, in the connection with some rules based on Federal Nature Conservation Act (2009), for example for species protection and habitat conservation.

### I. はじめに

(1) 大規模な建設プロジェクトが急ピッチで進むなか、それが果たして自然環境・生態系への計り知れない影響を十分に考慮した結果かと、疑問の声が聞かれることが稀ではない。再生可能エネルギーを利用した電力供給への大転換を掲げるドイツにおいても、その前提となる国内エネルギーネットワークの再構築という喫緊の課題を前に、自然環境の保全との摩擦が強まっている。

わが国でも知られているように、ドイツではいま、再生可能エネルギーを用いて発電された、いわゆるエコ電力 (Ökostrom) を、風力発電施設が集中する北部から南(西部)の主要な消費地へと輸送するために必要な(超)高圧送電網の整備が急がれている。2011年夏には、エネルギー経済法<sup>1</sup>改正や送電網整備迅速化法<sup>2</sup>(以下「迅速化法」という)の制定をふくむ一連の立法措置によって、特定の路線を対象に、一方で手続全体の透明性を高めつつ、他方で手続にかかる時間の大幅な短縮を目的とする新たな計画法制が実現した<sup>3</sup>。

しかし、エネルギー転換という政策自体に世論の理解が一定程度得られたとしても、送電線路の通過が見込まれる自治体では、やはり巨大な鉄塔群に対する反発は大きく、計画は各地で難航することとなった。そこで、2015年の法改正により打ち出されたのが、国土をほぼ縦断する長距離路線であるSuedLinkをはじめ、代表的な事業のいくつかを原則として地中化するという新たな方針である<sup>4</sup>。当

然、架空送電よりも費用は高むものの、景観の破壊や鳥類の衝突・感電被害をふくむ多くの懸念が解消され、国民の理解が得られることによる整備手続の大幅な加速が期待されたわけである。とはいえ、巨大な鉄塔が視界から消えたからといって、環境負荷が無視できるほどに軽減したというわけでは到底ない。地中化の場合にも、これまでにないスケールでの掘削やケーブルの地中埋設による生態系や地下水への影響など、架空送電の場合とはまた異なった配慮が必要となるのは当然である。

(2) 上述した2011年の立法措置においては、整備が急がれる一部の路線を対象に、事業の実施に至るまでに、連邦需要計画 (Bundesbedarfsplan)―連邦個別計画 (Bundesfachplanung)―計画確定手続 (Planfeststellungsverfahren) を経るという段階的な計画・決定プロセスが構築された。具体的には、まず、法律形式で、今後整備が必要な路線をリストアップした連邦需要計画が策定される。同計画に掲げられた事業のうち、複数の州や国を横断するものには、一般的にエネルギー関連事業の根拠となるエネルギー経済法ではなく、その特別法に当たる迅速化法が適用される。そして、同法に基づき、対象となる個々の事業について、連邦ネット庁 (Bundesnetzagentur) により500~1000mの幅をもった予定路線帯 (Trassenkorridor) が連邦個別計画上で定められ、それに続く計画確定手続では、この予定路線帯がさらに具体化されて、最終的に事業の許可が下されることとなる。

このような多段階の計画プロセスは、ドイツでは道路な

<sup>1</sup> Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621).

<sup>2</sup> Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690).

<sup>3</sup> 拙稿「ドイツの新たな送電線整備法制と計画手法」静岡文化芸術大学研究紀要17巻(2017年)47頁。

<sup>4</sup> 拙稿「ドイツにおける送電線整備法制の展開」静岡文化芸術大学研究紀要18巻(2018年)57頁。

どのインフラ整備において決して珍しいものではないが、連邦個別計画という新たな計画手法に特有なのは、後続の許可手続では、予定路線帯の内側で事業を具体化することができるにとどまり、事業の位置についての再考はもはや認められないという意味での、計画決定がもつ厳格な法的拘束力である（迅速化法15条1項）。計画にあたって最も紛糾するであろう事業の位置の問題を、市民参加も経て早期に決着させてしまうことで、後続手続の負担は軽減し、手続全体にかかる時間が短縮するよう見込まれているのである。こうした手続構造は、事業許可に先立つ連邦個別計画の段階に、事業をめぐる利害調整の場として極めて重要な役割を与えると同時に、計画法上の多くの難題を生じさせている<sup>5</sup>。自然保護利益との折り合いのつけ方についても例外ではなく、手続の迅速化という目下の課題に、いってみればブレーキをかけることになりうる自然保護利益の取り扱いをめぐる、議論が高まっている。本稿では、この連邦個別計画を中心に据えて、送電網整備法制における自然保護制度の位置づけや、論点の所在を明らかにしたい。

(3) 以下ではまず、議論の前提として、事業に最終的な許可が下される計画確定手続の段階に着目し、従来の判例・学説をふまえながら、連邦自然保護法<sup>6</sup>に基づくいくつかの制度の位置づけを確信的に述べる(II.)。そのうえで、それに先立つ連邦個別計画の段階へと視点を移し、上位計画という性質や計画手法の特徴から生ずる、それら諸制度の取り扱いに関する論点を、近年の学説に触れながら素描し(III.)、最後にごく若干の考察を添えて、本稿のむすびにかえる(IV.)。

なお、2006年の第一次連邦制改革により、連邦は自然保護に関する競合的立法権限を有することとなったため（基本法74条1項29号）、当該権限行使の結果である現在の連邦自然保護法は、もはや枠組み法ではなく、完全な規律によって成り立っている。ただ、それと同時に州も、自然保護の一般原則などをのぞき、連邦法と異なる内容の州法を制定することが可能となったことから（同法72条2項3号）<sup>7</sup>、各州の自然保護法制にはそれぞれ特色があるものの、本稿では連邦自然保護法の規律のみを念頭に置いて論ずることとする。

## II. 計画確定手続における自然保護

(1) ドイツには、特定の大規模なインフラ整備事業を対象に、土地利用をめぐる多面的な利害調整を経たうえで、事業の許可を下すための特別な行政手続として、計画確定手続（行政手続法72条以下）の仕組みがある<sup>8</sup>。長距離道路や空港などと同様に、（超）高圧送電線の整備には、エネルギー経済法43条以下の規定、あるいは上述のよう

に、一部の事業については迅速化法18条以下の規定に基づいて、計画確定手続を要する。基本的には、事業者の申請により手続が開始されると、市民の参加手続などを経て、事業の実施により得られる経済的利益や、逆に負荷を受ける環境上の利益など、事業に関連するあらゆる重要な諸利害を衡量（Abwägung）したうえで、最終的には計画確定庁が、行政行為の形式により計画確定決定（Planfeststellungsbeschluss）を下すという流れが予定されている。

周知のとおり、計画確定手続をはじめとする計画手法の本質にあるのが、（事業者・）計画主体に与えられた計画形成自由（planerische Gestaltungsfreiheit）の存在である。土地利用に関する多様な利害を相互に照らし合わせ、事業の実現に向けて調整をはかるといった創造的・形成的な役割ゆえに、計画策定主体には、単なる許可手続の場合よりも格段に広い裁量が認められる。しかし、行政の自由な判断が無制限に認められるわけではなく、究極的には法治国家の要請から、法定手続に則ることが求められるとともに、実体的にもさまざまな制約が課せられる。実体的要請として、計画策定主体に公的・私的利害の適切な衡量を求める衡量要請（Abwägungsgebot）がよく知られているが、そのほかに、衡量判断をいわば外側から制限する法理がいくつかある。表現の仕方や分類は一樣ではないものの、計画の客観的な必要性である計画正当性（Planrechtfertigung）が認められることのほか、先行する行政決定（Vorentscheidung）や実体的強行規定（zwingendes materielles Recht）を遵守すべきことが求められる<sup>9</sup>。

(2) ところで、各種インフラ事業の実施を根拠づける個別法自体には、自然保護に関する規律が体系化されているわけではなく、自然保護利益への配慮を求める規定が点在するにとどまる<sup>10</sup>。とはいえ、明示的な規定が置かれていない場合でも、計画確定手続の一部として実施される環境影響評価手続において、自然保護に対する負荷をふくむあらゆる環境影響が調査・評価されることが予定されている。そのうえで、計画主体は、上述の衡量要請にしたがって、主要な公益のひとつである自然保護に適切に配慮し、環境にできるだけ負荷のない計画を追求しなければならないのであるが、もっとも、そこではほかの諸利害と比較して、衡量の一要素である以上の優先的な価値が、自然保護利益に与えられるわけではない<sup>11</sup>。

それに対して、次にみる連邦自然保護法上のいくつかの規定からは、ほかの諸利害との衡量の余地なしに、計画主体が遵守しなければならない自然保護の諸要請が導かれ、それへの適合については、衡量要請の場合と異なり、司法審査が全面的に及ぶこととなる。この種の規定は、かねて

<sup>5</sup> 拙稿・前掲注3、51頁以下。

<sup>6</sup> Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542).

<sup>7</sup> Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 12, Rn. 81.

<sup>8</sup> 土地利用決定であるとともに、事業許可としての計画確定の性質について、Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 1, Rn. 8 ff.

<sup>9</sup> たとえば、Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 8), § 3, Rn. 3 ff.; BVerwG, Urteil vom 14. Feb. 1975 - 4 C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 (59).

<sup>10</sup> Durner, in: Ziekow (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 7, Rn. 5.

<sup>11</sup> 山田洋「道路環境の計画法理論」(信山社、2004年)12頁。

より計画基本指針 (Plangungsleitsätze) と呼ばれ、あるいは現在では単に、実体的な強行規定として説明されている。計画確定決定の効力として、一度の決定により公法上のほかの許認可が不要となる、いわゆる (形式的) 集中効 (Konzentrationswirkung) (行政手続法75条1項後段) が認められているが、それはあくまでも権限・手続の集約を意味するととどまり、集約された許認可で求められる公法上の実体要件までもが不要となるわけではない<sup>12</sup>。計画策定に際して遵守しなければならない強行規定の存在は、そのことの帰結としても理解されよう。具体的には、連邦自然保護法上の侵害規制 (Eingriffsregelung) (13条以下)、生息地保護 (Gebietsschutz) (34条以下)、そして種の保存 (Artenschutz) (44条以下) の仕組みが、衡量をつうじた行政の自由な計画策定に対するとくに重要な制約として働くという<sup>13</sup>。

(3) この後の内容に必要な範囲で、それぞれの仕組みについて簡単に説明を加えておきたい<sup>14</sup>。まず、侵害規制とは、地域を限定せず、自然や景観への負担を最小化することを目的とする仕組みである<sup>15</sup>。計画確定手続を要する事業のように、自然や景観への侵害 (Eingriff) に当たる行為は、何よりもまず回避 (vermeiden) されなければならない (15条1項)、回避できない場合には、適切な措置を講じることにより、侵害を埋め合わせる (ausgleichen)、あるいは代替する (ersetzen) ことが、原因者に義務付けられる (15条2項)。こうした侵害の回避、埋合せ・代替義務はいずれも、上述のように、計画主体による衡量以前の問題、すなわち、衡量に組み込まれて相対化されることのない厳格な規制である<sup>16</sup>。もっとも、回避・補填が不可能であることによって、ただちに事業の中止が導かれるわけではない。自然保護・景観保全の利益が、相反するほかの利害と衡量され (15条5項)、前者がより重要であると判断されれば、侵害は不許可となる。そうでない場合には、侵害は認容され、金銭による補償がなされる (15条6項)。

また、連邦自然保護法には、地域を指定して特別の保護を与えるタイプの制度もいくつかある。なかでも、EU (EEC) の鳥類保護指令<sup>17</sup>と生息地指令<sup>18</sup>を根拠に国内法化されたヨーロッパ生態系ネットワーク「Natura 2000」の構成地域を保護するために (以下「生息地保護」ということがある)、とくに厳格な法的強制力をもつ仕組みがある<sup>19</sup>。すなわち、行政庁は事業を許可するのに先立ち、Natura 2000地域の保全目的と適合するかどうかを判断するための特別な審査を実施しなければならない、その結果、当該地域の重要な構成部分が著しく害され得ると判断された場合には、衡量を経ることなく、それ以前の問題

として、原則として事業は不許可となる (34条1・2項)。なお、明文の規定はないが、適合性判断の本審査の前に、簡易な予備審査 (Vorprüfung) によるスクリーニングが実施される。審査の結果、適合性が否定された場合には、(社会的・経済的性質のものをふくむ) 優先すべき (überwiegend) 公益によるやむを得ない理由があり (34条3項1号)、かつ、受忍可能な代替案がない (34条3項2号) とときに限って事業は例外的に認められるが、当該地域内で影響を受ける自然生息地や種の重要性によっては、例外要件が厳格化されることがある (34条4項)。

そして、近年、計画確定手続上での重要性が高まっているといわれるのが、同じく生息地指令と鳥類保護指令を基礎に連邦自然保護法上に制度化されている、特別の種の保存 (besonderer Artenschutz) の制度である。野生の動植物種のなかでも、指令に掲げられているものなどの特定保護種 (besonders geschützte Arten) (7条2項13号) が対象とされる。そこでは同じく衡量以前の問題として、動物種の殺傷 (Tötung) や妨害 (Störung) といった類型化された介入行為 (Zugriff) が原則として禁止される (44条1項)。ただし、計画確定手続を要する事業のうち、前述した同法15条1項にいう自然や景観への回避不能な侵害に当たる事業に関しては、侵害規制が優先され、たとえEUレベルで保護が求められる種に影響が及ぶ場合であっても規制が緩和されるなど、介入禁止原則は修正されることがある (44条5項)。そのうえで、優先すべき公益によるやむを得ない理由があり、かつ、受忍可能な代替案がないなどの要件を満たす場合に、規制される事業が例外的に許容されるという基本的な構造は、前述の Natura 2000地域の保護制度と共通している (45条7項)。

### III. 連邦個別計画における自然保護

#### 1. 生息地保護と種の保存

(1) ここまで、計画確定手続一般を念頭に、計画主体の衡量に対する厳格な制約となるいくつかの自然保護利益があることを確認したが、これらの位置づけは、迅速化法の規定に基づく計画確定手続においても基本的にあてはまると理解されているようである。架空・地中送電線による形式を問わず、対象となる送電線整備事業には原則として侵害規制が適用されるし<sup>20</sup>、Natura 2000地域と適合しない、あるいは介入禁止原則に違反すると判断された事業は、例外要件を満たさない限り、計画確定決定が下されることはない<sup>21</sup>。それに対して、計画確定手続に先立つ連邦個別計画の段階では、計画手法であるという点は同じでも、

<sup>12</sup> Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 8), § 3, Rn. 17 f.; Geiger, in: Ziekow (Fn. 10), § 3, Rn. 2.

<sup>13</sup> たとえば、Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 8), § 3, Rn. 32 ff.; Hoppe/Schlammann/Buchner/Deutsch, Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben, 2011, § 20, Rn. 1047 ff.

<sup>14</sup> さしあたり以下を参照、Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 8), § 3, Rn. 33 ff.

<sup>15</sup> 侵害規制について、山田・前掲注12、16頁以下、高橋寿一「地域資源の管理と都市法制」(日本評論社、2010年)100頁以下など。

<sup>16</sup> なお、現行法のもとでは、埋合せ・代替措置の差異に大きな意味はないと理解されている。

<sup>17</sup> Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten.

<sup>18</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen.

<sup>19</sup> 山田・前掲注11、28頁以下。

<sup>20</sup> Nebel/Riese, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2. Aufl. 2017, NABEG, § 18, Rn. 104 ff.

<sup>21</sup> Sangenstedt/Karrenstein, in: Steinbach (Fn. 20), NABEG, § 20, Rn. 27 ff.

未だ上位段階であり、当該計画決定によって具体的な事業の実施が決まるわけではないため、自然保護利益の取り扱いについて、別途の検討が必要である。

子細にみると論者により見解の相違があり得るところではあるが、連邦ネット庁による連邦個別計画の決定は、代替案評価をふくむ包括的な衡量決定である<sup>22</sup>。迅速化法では、連邦ネット庁は予定路線帯を選定するにあたり、「予定路線帯での事業の実施が、優先すべき(überwiegend)公的または私的利害に反するかどうかを審査する」(5条1項2文)こととされている。審査においては、予定路線帯の国土適合性(Raumverträglichkeit)(5条1項3文)とともに<sup>23</sup>、環境影響評価法の規定にしたがって実施される戦略的環境審査(5条4項)で明らかにされる環境影響への適切な配慮が、(ほかの諸利害に対して特別な優位が与えられるわけではないとしても)とりわけ重要な要素である。迅速化法の個々の規定をみるに、予定路線帯の選定プロセスをつうじて戦略的環境審査手続との連動は明らかであるが、その一方で、衡量に対する厳格な制約となり得る連邦自然保護法上の諸制度との関係については言及がない<sup>24</sup>。したがって、それらが予定路線帯の選定に際してどう動くかは、次にみるように法解釈に委ねられる。

(2) まず、侵害規制について、学説では、具体的な送電線路が定まる計画確定手続の段階ではじめて問題になるとされている<sup>25</sup>。一般的に、連邦自然保護法14条にいう自然や景観への侵害とは、土地の形状や利用に対する物理的な変更を前提とし、さらに、それによって生態系のバランス(Naturhaushalt)や景観の性能・機能を著しく害する潜在的可能性がある場合であると理解されているところ、予定路線帯の決定のみでは、そこでいう侵害は生じないからである。それに対して、生息地保護と種の保存の両規律は、次のような理論から、連邦個別計画の策定段階ですでに機能すると理解されている。

連邦自然保護法34条1項には、Natura 2000地域を著しく害する可能性のある「プロジェクト(Projekt)」は、その許可あるいは実施の前に、当該地域の保全目的との適合性が審査されなければならないと規定されている。同法・指令のいずれにも、ここでいうプロジェクトの定義規定は置かれていないものの<sup>26</sup>、当該規定が「行政庁の決定に際して尊重(beachten)または配慮されなければならない諸計画(Pläne)」へも準用される点を手掛かりに(36条1項2号)、連邦個別計画の策定段階における早期の適合性審査の必要性が導かれると考えられている<sup>27</sup>。その際に引き合いに出されるのが、同じく準用の対象となる、道路や水路の路線決定(Linienbestimmung)である(36条1項1号)。路線決定とは、計画確定手続に備え、あらかじめ

め道路などのおおまかな経路や特徴について行政内部的に決めておくための上位計画であり(連邦長距離道路法16条など)、連邦個別計画と近い性質を有する。さらに、連邦個別計画決定の厳格な法的拘束力に鑑みても、この段階ですでにNatura 2000地域との適合性を審査しておくことは望ましいといえよう。

それに対して、種の保存の仕組みに関しては、連邦自然保護法44条に規定された一定の介入行為を禁止するという制度の性質上、せいぜいそうした行為を準備するにすぎない予定路線帯の決定段階では、その制約は問題となり得ないようにも思われる。たしかに直接には、当該規制は介入行為が行われる時点で働くのであるが、のちの事業決定段階で同法44条以下の規定との抵触が生じ、それによって事業の実現が不可能となってしまうことのないように、計画内容が実現するときを見越して(prognostisch)、そうしたリスクの発生をあらかじめ調査・判断しておく必要があるという意味において、連邦個別計画の策定段階ですでに一定の予防効果(Vorwirkung)があると理解されているのである<sup>28</sup>。上位計画段階での種の保存法のこうした間接的な効果は、ゲマインデが策定する建築管理計画(Bauleitplanung)の領域で、計画策定の段階で実現不可能な計画は違法であるという必要性原則(Erforderlichkeitsgebot)(建築法典1条3項)や、より一般的には計画による紛争克服原則(Konfliktbewältigungsgebot)を根拠に、かねてより認識されてきた<sup>29</sup>。次にみるように、どの程度まで詳細な予測が必要かの点は大いに問題になり得るとはいえ、まずは連邦個別計画の段階で、介入禁止原則との抵触可能性をある程度審査しておくことが求められる。

## 2. 審査の範囲や詳細さ

(1) さて、このように、連邦ネット庁が予定路線帯を選定する際には、Natura 2000地域との適合性や、介入禁止原則違反の有無を判断するための審査が必要になるとすれば、今度は、その審査がどのような範囲や詳細さでなされるべきかという問題(Prüfungstiefe)が論じられることとなる。それぞれの審査に課される一般的な要請については、計画確定手続に関するこれまでの裁判例をもとに、概ね次のように理解されている。

まず、Natura 2000適合性審査に関しては、そこで用いられる調査・評価手法の選択について示す法的な規定があるわけではなく、「関連する最良の学術的知見」に合致することという一般的な基準があるにとどまる<sup>30</sup>。そのため行政庁は、当該地域に悪影響が生じないと確信(Gewissheit)を得られる場合でなければ、適合性を肯定する判断を下すことはできない。すなわち、そうした影響が発生しないであろうことに対して、「学術的観点から

<sup>22</sup> *Kment*, NVwZ 2015, 616 (621).

<sup>23</sup> 拙稿・前掲注3、52頁以下。

<sup>24</sup> *Sangenstedt/Salm*, in: Steinbach (Fn. 20), NABEG, § 7, Rn. 65.

<sup>25</sup> *Wahlhäuser*, UPR 2013, 427 (430).

<sup>26</sup> *Ewer*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 34, Rn. 4.

<sup>27</sup> もっとも、その旨が明文化されることが望ましいともいう、*Hennig/Krappel*, UPR 2013, 133 (135 f.); なお、かつて、生息地保護の要請は計画確定手続の段階ではじめて問題になるとの理解が示され、それを拙稿でも引用したことがある。*Dürner*, NuR 2012, 369 (372).

<sup>28</sup> *Wahlhäuser*, UPR 2013, 427 (429 f.).

<sup>29</sup> *Appel/Rietzler*, NuR 2017, 227 (233).

<sup>30</sup> *Ewer*, in: Lütkes/Ewer (Fn. 26), § 34, Rn. 25; BVerwG, Urteil vom 17. Jan. 2007 - 9 A 20.05 -, BVerwGE 128, 1 Rn. 62.

合理的な疑いがない」場合にはじめて、プロジェクトや計画の適合性を主張することが可能であるというように、行政側には比較的厳しい立証責任が課される<sup>31</sup>。

それに対して、介入禁止原則違反の審査に対する要請は、より緩やかである。連邦行政裁判所曰く、行政庁は、違反が生じないとの確信を得ることまでは求められず、それが「高度な蓋然性をもって (mit hoher Wahrscheinlichkeit)」推測できればそれで足りる<sup>32</sup>。この差異は、たとえば、生息地保護の仕組みと比較して、形式化された審査手続が欠けていることや、より本質的には、空間的な限定がなく、調査対象の種もあらかじめ決まっていなため、審査がより広汎にならざるを得ないことなどに求められる<sup>33</sup>。

さらに、介入禁止原則違反の有無を判断するための前提となるべき、計画地域内での保護種の出現頻度や分布が、常に信頼性をもって明らかにされ得るわけではないとか、生態学分野で一般的に承認された基準が未だ確立していない多くの問題があるといった事情もあって、判例や学説では、事後的な司法統制は限定されるという意味での、審査を行う行政庁の判断特権 (Einschätzungsprärogative) が強調されるとともに、現状把握のための調査やそれに基づく審査の広がり・深まりを抑制しようとする方向での検討がなされる。連邦行政裁判所の言葉によれば、「実践的な合理性の基準 (Maßstab praktischer Vernunft)」にしたがって審査が行われる必要があるが、同時にその基準を満せば十分でもあるという<sup>34</sup>。

(2) 基本的には以上のような従来の判例・学説に依拠しつつ、連邦個別計画の策定段階で求められる審査の範囲や詳細さの程度を検討するにあたっては、さらに、事業許可に先立つ上位段階の計画手法たる性質に見合った、ドイツ流に言えば「各段階に適した (ebenengerecht)」審査でなければならぬという視点が加わってくる。インフラ整備事業の実施を目的とする計画プロセスに多くみられるように、対象を同じくする複数の計画が策定され、先行計画から後続計画に対して法的拘束力が働く場合には、どの計画段階で、何を、どのように衡量 (調査検討) すべきかが、ドイツではかねてより重点的に論じられてきた<sup>35</sup>。その根底には、検討の重複や問題の先取りが生じないように留意しつつ、手続全体をつうじて複合的な問題を段階的に処理し、決定を段階的に具体化していこうとする問題の階層化 (Abschichtung) の考え方がある。そうすると、ここで求められるのは、連邦個別計画・計画確定手続の両段階をつうじた、自然保護法上の審査の適切な階層化である。

一般的には、計画上の規定の具体性が高いほど、自然保護法上の審査はより詳細になされなければならないとの

定式が、しばしば挙げられる<sup>36</sup>。通常、多くの詳細が未定である上位計画の段階で、あらゆる環境影響に配慮することが不可能であるのはもちろん、決定を徐々に具体化していく多段階のプロセスを前提とすれば、詳細な審査は最終段階に委ねられ、上位計画段階での審査の程度は、事業決定段階のそれよりも低く抑えられてよいと考えられるのは、不思議ではない<sup>37</sup>。近年、連邦行政裁判所は、イムシオン防止法上の許可に先行する建築管理計画に関してであるが、Natura 2000適合性審査には、各計画手法の枠組みで得られる知見や当該計画手法の機能から当然に限界があるとの旨の判断を示しており、そうした思考と一致する<sup>38</sup>。また、種の保存法違反の審査に際しては、先述のような生息地保護の仕組みとの違いを考慮すれば、連邦行政裁判所のいう知見や機能の限界が、より顕著に働くであろうとの見解が示されている<sup>39</sup>。

その一方で、連邦個別計画の段階での審査に対する法的要請を緩めることに対しては、慎重な立場もある。たとえば、ある論者は、たとえ種の保存に関してであっても、既存のデータや知見に基づくだけの大まかな審査では不十分であると主張する。Natura 2000地域への著しい侵害や、介入禁止原則違反が考えられるのであれば、多くの場合に審査はその範囲・詳細さの程度において、計画確定手続とほぼ同等とならざるを得ず、ほかの上位計画の段階と比べても劣ることはないという<sup>40</sup>。それに対しては、建築管理計画の段階での種の保存法上の審査についてさえ、現地調査は原則的に不要、既存のデータや知見に基づく概算見積もり (Potenzialabschätzung) で足りるとする裁判例があるのだから、況や圧倒的に広い地域を対象とする連邦個別計画については、実践的な合理性の基準に照らしてさらに大まかでよく、ましてや事業決定段階で求められるほどに高い要請は不要かつ現実的にも不可能であるとの反論がなされ、両者は真っ向から対立している<sup>41</sup>。

多くの論者が懸念するのは、計画確定手続の段階になってから、自然保護法の要請に一致するような事業の具体化が、予定路線帯の内側では不可能であると判明してしまうことである。連邦個別計画決定の法的拘束力ゆえに、その後の計画プロセスが行き詰ってしまうという、いわゆる計画トルソ (Planungstorso) と称される事態である。それによって再度の予定路線帯の選定を余儀なくされるという手戻りが生じるよりは、自然環境への影響を十分に配慮できるよう、あらかじめ詳細な審査をしておく方が、結果的には手続全体の迅速化という立法目的にかなうとの主張には、一定の合理性があるといえよう<sup>42</sup>。とはいえ、審査対象地域の広大さももちろん、事業の位置の観点に加え、

<sup>31</sup> Appel/Rietzler, NuR 2017, 227 (229); BVerwG, Urteil vom 17. Jan. 2007 - 9 A 20.05 -, BVerwGE 128, 1 Rn. 62.

<sup>32</sup> Appel/Rietzler, NuR 2017, 227 (229); BVerwG, Urteil vom 25. Jun. 2014 - 9 A 01.13 -, NVwZ 2015, 85 Rn. 40 i. V. m. 32.

<sup>33</sup> Appel/Rietzler, NuR 2017, 227 (229 f.); BVerwG, Urteil vom 9. Jul. 2008 - 9 A 14.07 -, BVerwGE 131, 274 Rn. 57 f.

<sup>34</sup> BVerwG, Urteil vom 9. Jul. 2008 - 9 A 14.07 -, BVerwGE 131, 274 Rn. 56 f.; Heugel, in: Lütkes/Ewer (Fn. 26), § 44, Rn. 64 f.

<sup>35</sup> 参照、拙稿「インフラ事業の立地計画とその展開」一橋法学第17巻第2号(2018年)145頁(150頁)。

<sup>36</sup> Lieber, NuR 2008, 597 (599); Lau, NVwZ 2017.

<sup>37</sup> 例外的に、上位計画でありながら相当に詳細な国土整備計画について、Lieber, NuR 2008, 597 (599 f.).

<sup>38</sup> Lau, NVwZ 2017, 830 (832); BVerwG, Beschluss vom 24. Mär. 2015 - 4 BN 32.13 -, NVwZ 2015, 1452 Rn. 35.

<sup>39</sup> Appel/Rietzler, NuR 2017, 227 (235).

<sup>40</sup> Schlacke, NVwZ 2015, 626 (631).

<sup>41</sup> Appel/Rietzler, NuR 2017, 227 (235).

<sup>42</sup> Schlacke, NVwZ 2015, 626 (631); Lau, NVwZ 2017, 830 (832).

地中化のような技術的な観点からの代替案の検討も問題になり得ることに鑑みれば、審査にかかる時間や手間は、すでに相当なものと予想される。現在、複数の事業で連邦個別計画の決定に向けた手続が進むなか、今後の実務の動向が注目される。

#### IV. むすびにかえて

以上、本稿では、送電網整備法制において主戦場となる、連邦個別計画の策定段階における自然保護利益、なかでも生息地保護・種の保存を目的とする法的利益の取り扱いに関する議論を紹介した。計画確定手続などの従来からある計画手法に関して蓄積されてきた判例・学説をベースに、それらを応用しながら展開される学説を素描し、それによって、送電網の迅速な整備という差し迫った課題を前に、自然保護利益との現実的な折り合いのつけ方が模索される様子を明らかにしようと試みた。計画を徐々に具体化していく途上で、各段階に見合った十分な配慮が自然保護利益に加えらるまで踏みとどまる慎重さを備えつつ、科学的な解明を困難にする生態系システムの不確実性を受け止め<sup>43</sup>、どこかの時点で計画プロセスを前に進めねばならないところで、計画主体には難しい判断が迫られる。そのとき、微妙なバランスのうえに成り立ち、一度失われてしまうと元には戻らないという生態系の特徴を、どの程度まで重視した対応をとり得るかが、その国の環境行政の基本姿勢を自ずと示すことにもなる。縦糸と横糸の関係といえようか、送電網整備法制と連邦自然保護法上の諸制度との交差を対象に、引き続き検討を深めたい。

※本稿は、科学研究費助成事業（若手研究B）「持続可能性に対応する計画法理論の研究—多段階行政過程における計画手法を中心に—」（課題番号17K13609）の成果の一部である。

<sup>43</sup> 生態系システムに内在する不確実性に対応するための法制度のあり方について、畠山武道「生物多様性保護と法理論」環境法政策学会編「生物多様性の保護」（商事法務、2009年）12頁以下、戸部真澄「生物多様性保全と法」大阪経大論集66巻1号（2015年）69頁（85頁以下）。