



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|---|
| Title | 異議申立排除の効力と住民の参加責任 ―西ドイツ原子力発電所許可手続をめぐって― |
| Author(s) | 大西, 有二; OHNISHI, Yuuji |
| Citation | 北大法学論集, 33(2), 135-182 |
| Issue Date | 1982-10-22 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/16398 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 33(2)_p135-182.pdf |



異議申立排除の効力と住民の参加責任

——西ドイツ原子力発電所許可手続をめぐる——

大 西 有 二

目 次

はじめに

第一章 手続排除効説

一 ツツク説

二 ラインラント・プファルツ高等行政裁判所判決

三 手続排除効説からの批判と訴訟排除効説の反論

四 ま と め

第二章 訴訟排除効説

一 行政手続の意義と機能

二 多段階行政手続

(1) 沿 革

(2) 多段階行政手続の目的

(3) 多段階行政手続が機能するための前提

(4) 異議排除の仕組み

三 参加責任もしくは協力責任
おわりに

はじめに

西ドイツでは、一九五九年に制定された、原子力の平和利用とその危険防止に関する法律（原子力法⁽¹⁾）が、原子力に関するいわば基本法としての地位を占めている。一九七七年には、原子力法七条による施設の許可に際しての手続に関する命令（原子力法手続令⁽²⁾）が制定され、この手続令七条一項二文は「特別の私法上の権原にもとづかない異議の申立は、すべて、縦覧期間の満了とともに排除される（Mit Ablauf der Auslegungsfrist werden alle Einwendungen ausgeschlossen, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen）」と定めている。この原子力発電所施設建設計画案の縦覧期間は、異議申立期間でもあって、異議のある第三者・住民はこの期間中に申立をしなければならない。この期間に異議申立をしなかった者は、その後どういふ扱いを受けるのであろうか。

右の問いに対する答えには、以後の許可手続に参加できなくなる

だけであるとする説（以下では手続排除効説と呼ぶ⁽³⁾）と、後日申請者に与えられる許可につき、行政裁判所に出訴することもできなくなるとする説（以下では訴訟排除効説と呼ぶ⁽⁴⁾）とがあり、判例は連邦行政裁判所を含めて訴訟排除効説を採るが、学説は以上のように対立している。

ところで、原子力発電所施設の建設と運転に関する許可手続は多くの段階に分れている。すなわち、原子力法は一九六九年の第二次改正によって、長らく実務で行なわれていた予備決定（Vorbescheid）と部分許可（Teilgenehmigung）のシステムを、七 a 条、七 b 条に制度化している⁽⁵⁾。この多段階手続はその⁽⁶⁾の「科学および技術の水準（Stand von Wissenschaft und Technik）」に適合した原子力発電所の建設をいっそう可能にした⁽⁷⁾。また、予備決定システムの導入は、事業者の投資危険（Investitionsrisiko）に関する予測可能性を高めることになった⁽⁸⁾。しかし、他方で一九七七年の原子力法手続令は、第三者の異議申立権（Einwendungsrecht, Einwendungsbefugnis）

の行使を充実させるために、関連規定を整備しており、行政手続へのいわゆる住民参加がいっそう強化されている⁽¹⁾。

こうした法制度の中にあつて、先の問いはどのように考えられるべきなのだろうか。これが本稿の課題である。

本稿は右の課題を次の順序で論じる。まず、この問題が論じられるべき。かけとな。タラインラント・プファルツ高等行政裁判所第七部一九七八年一〇月四日判決⁽²⁾と、これに対する手続排除効説からの批判を訴訟排除効説の反論をまじえながら検討する。その際、他の法律をも含めた制度の概略を示し、さらに、本件の上告審判決を紹介する。そして、両説の対立が理論的なものではなく、原子力許可手続制度の実態に対する評価の違いにもとづくものであることを示す(第二章)。次に、原子力許可手続の特色である多段階行政手続制度の目的を検討し、同時に原子力許可手続への住民参加が利害者参加ではなく、民衆参加であることなどを指摘し、いくつかの制限を伴いつつも、原則として時期に遅れた異議申立の排除に訴訟排除効の認められるべきことを示す。また、こうした議論の中から唱えられ始めた、住民の参加権に対応する参加責任ないし協力責任なる主張を、資料として紹介する(第三章)⁽³⁾。

(1) Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz), vom 23. Dezember 1959 (BGBl. I S. 813). 現行法は一九七六年に改訂されたものがある (BGBl. I S. 3033)。

(2) Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 des Atomgesetz (Atomrechtliche Verfahrensverordnung), vom 18. Februar 1977 (BGBl. I S. 280)。なお、現行原子力法「原子力法手続令の全訳が齊藤統氏によりなされている。参照、金沢良雄編『日独比較原子力法』(第一法規一九八〇年)一五四頁以下。

(3) Rüdiger Wolfrum, „Der Ausschluß von Einwendungen im Anhörungsverfahren und sein Einfluß auf den Verwaltungsrechtsschutz“, DstV 1979, S. 497 ff.; Bodo-Falk Hoffmann, JA 1979, S. 553; C. H. Ule, „Zur rechtlichen Bedeutung von Ausschlussfristen im Verwaltungsverfahren für den Verwaltungsprozeß“, BB 1979, S. 1009 ff.; H.-J. Papier, „Einwendungen Dritter in Verwaltungsverfahren“, NJW 1980, S. 313 ff.; Siegfried de Wit, DVBl. 1980, S. 1006 ff.

(4) Jörn Ipsen, „Einwendungsbefugnis und Einwendungsausschluß im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren“, DVBl. 1980, S. 146 ff.; Ulrich Mutschler, „Zur Präklusion im atomrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren“, ET 1980, S. 164 ff.; K. Redeker,

- „Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe“, NJW 1980, S. 1593 ff (1597 ff); Rolf Stober, „Zur Bedeutung des Einwendungsausschlusses im atom- und immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren“, AöR Bd. 106 (1981), S. 41 ff.
- (5) BVerwG, Urt. v. 17.7. 1980, BVerwGE 60, S. 297 ff, DVBl. 1980, S. 1001 ff mit Anm. von S. de Witt = NJW 1981, S. 359 ff; BVerwG, Urt. v. 17.7. 1980, DVBl. 1980, S. 1009 = NJW 1981, S. 363 ffの二つの判決により訴訟排除効説が確認された。しかし、異議申立排除の効果が訴えを不適法却不とするのか、理由なしとして棄却するのかが不明である (Vgl. R. Stober, a.a.O., S. 65 ff)。原告適格に関する重要な問題ではあるが、本稿では立ち入りなす。
- (6) Vgl. Albrecht Weber, „Vorbescheid und Teilgenehmigung im Atomrecht“, DöV 1980, S. 397; P. Selmer, L. S. = Osterloh, „Der Vorbescheid im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren“, Jus 1981, S. 393.
- (7) 原子力法七条二項三号は、施設の許可要件のひとつとして「施設の設置および運転による災害に対し、科学および技術の水準から必要とされる対策が行われているとき」をあげている。この規定が「原子力法一条二号の保護目的をそのつど最も良く実現することに寄与する」ことを、一九七八年八月八日連邦憲法裁判所は確認している (Vgl. BVerfGE 49, 89 ff [137])。
- (8) Vgl. F. Ossenhühl, „Kernenergie im Spiegel des Verfassungssrechts“, DöV 1981, S. 8.
- (9) Vgl. Bf-Dr. V/4071, S. 6 zu § 7 b; U. Mutschler, a.a.O., S. 172; BVerwG, Urt. v. 17.7. 1980, NJW 1981, S. 360; P. Selmer, L.S. = Osterloh, a.a.O., S. 400, 402.
- (10) Vgl. Axel Schulz, „Neue Atomrechtliche Verfahrensverordnung“, DVBl. 1977, S. 326.
- (11) OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 4. 10. 1978, DöV 1979, S. 525 ff.
- (12) 注5に引用した連邦行政裁判所判決 (BVerwGE 60, S. 297 ff) は、訴訟排除効を認めてはならない場合として次のものを指摘する。①許可の内容が、その基礎となり、第三者の閲覧に供された資料と一致しなくなった場合 ②行政庁による法定の許可の取消、撤回もしくは負担を住民が求める場合 ③許可の無効確認請求 ④異議申立期間の経過後に生じた事実もしくは経過後認識されるに至った事実にもとづく異議申立の場合 ⑤申立人の責に帰すことのできない事由により期間を遵守できなかった場合である (S. 307 ff)。
- (13) シドイッソにおける原子力施設の許可手続全体に関する示唆に富んだ論文が最近発表された。保木本一郎「西ドイツ原子力施設許可手続における住民参加」『社会科学科学研究』三三巻三号一九八一年)一五一頁以下がそれである。許可手続の詳細はこの論文を参照されたい。
- (14) 本稿作成にあたり、電力中央研究所の齊藤統氏より多数の資料を頂くことができた。なかでも Mülheim-Kärlich 原子力

発電所に関する連邦憲法裁判所決定 (BVerfGE 53, S. 30 ff.) の反対意見を除いた部分の翻訳は、第二章の参加責任を論じた箇所でも参照させて頂いた。また、同研究所の三辺夏雄氏は昨年夏、気軽に筆者にお会いして下さり、さらに年末のお忙しい中、文献収集に御協力下さった。両氏に対し、心からの感謝を申し上げます。

第一章 手続排除効説

一 ツック説

(1) 原子力法手続令七条一項二文は、営業法一七条二項二文後段にならったものであり、異議排除の効力をめぐる判例、学説において、営業法のこの規定に関する次の判例が参照されるのが通例である。すなわち、連邦行政裁判所第一部一九七二年九月二十九日の決定が、この規定につき既に訴訟排除効をみとめる判断を示していたのである。事案は、ポイラー設置計画案の公示 (Öffentliche Bekanntmachung) 前に異議を提出してしまつた者が、設置許可の取消を求めたという風変わりなものであった。決定は、二週間という施設建設案の公示期間内に主張されなかつた異議は、もはや行政訴訟に提出しえず、民事訴訟においても施設の建設に対抗し得ない、という内容であった。

(2) もっぱら、公法上の視点からこの決定を批判する評釈を書いたツック (R. Zuck) は、一九六三年の自説をくり返した。そこでは、それを遵守することが訴訟要件ともされている不服申立期間 (行政裁判所法七〇条) を徒過した場合と、営業法一七条二項という異議申立期間の徒過とを同一視して、「異議排除の制度にあって出訴の途 (Rechtsweg) が取り去られるのではなく、負担的行政行為に先行する行政手続の中で異議を主張することを訴訟要件にしているにすぎず、このことが基本法違反でないことは法律上の救済手段期間 (Rechtsmittelfrist) 徒過のゆえに権利救済を得られなくなることと同じである」とする論者に対し、大略次のように反論していた。「ここでは、公権力の行為に対する権利救済期間が問題なのではなく、公権力の行為がなされる以前の期間が問題なのだ。行為がなされた後であれば、被侵益者 (Betroffene) は権利保護を請求する可能性をもっている。しかし、異議排除においては、行為がなされる以前の段階で彼はこの可能性を奪われてしまうのだ。基本法一九条四項は、なされた公権力の行為に対する出訴の可能性を保障しているであり、したがって、営業法一七条二項の排除は基本法に反している。」

なるほど、公権力による行為の存否を基準にするならば、ツックの右の指摘はあたっているであろう。しかし、ここで何よりも重視

されなければならないのは、国民の権利保護の実効性⁽¹⁰⁾であるはずであって、この視点から営業法一七条二項の合憲性を考えるならば、公権力による行為がなされる前か後かは必ずしも決め手にはならないものと思われる。異議排除制度の置かれている法分野の特色、排除によって制限される国民の権利保護に対する理め合せの有無程度などを取り込むことが必要であると考える。

(3)さて、右に見たようなツツクの批判があったにもかかわらず、判例は原子力施設令⁽¹¹⁾(原子力法手続令の前身)三条一項が定める、営業法一七条二項と同種の、時期に遅れた異議の排除の効力につき、ほぼ一貫して訴訟排除効をみとめてきた⁽¹²⁾。具体例を示す意味も含めて、次には学説からの批判が陸続と提出された。ラインラント・プファルツ高等行政裁判所の判決を紹介することにしよう。批判の背景には、一九七〇年前後になって活発に展開されるに至った環境保護を求める住民運動があることを忘れてはなるまい⁽¹³⁾。

(1) 現行許可手続の概要は次のようである。①許可行政庁への申請、②予備決定(主に立地点に関するもので、申請にもとづくため、なされない場合もある)、③事業計画公示、④第三者の異議申立(法定期間は二カ月)、⑤討論期日(許可行政庁、申請人、異議申立人)、⑥第一分許可(予備決定がない場合には立地点の決定をも含む。計画に本質的変更がない限り部分許

可がこれに続く)、⑦継続運転許可。なお、最近、予備決定制度には批判が提出されており(Vgl. A. Weber, D&V 1980, S. 397 ff. [405])。また異議申立期間の延長も実務ではなされ、産業界からの批判(Vgl. Werner Rinke, „Notwendige Verbesserungen für das Genehmigungsverfahren zur Errichtung neuer Kraftwerke“, ET 1980, S. 836 ff.)がある。その他許可手続全体につき保木本掲掲論文(『社会科学研究』三三卷三号)一五一頁以下参照。

(2) Vgl. R. Wolfrum, D&V 1979, S. 498 ff.; C. H. Ule, BB 1979, S. 1009 など。なお、営業法一七条二項二文は「この期間内は……私法上の権原にもとづかない全ての異議に対して排除的である(Die Frist...ist für alle Einwendungen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, präklusivisch)」というものである。

(3) BVerwG, Beschl. v. 29.9.1972, DVBl. 1973, S. 645 mit Anmerkung von R. Zuck.

(4) 相隣権(例、民法九〇六条)にもとづく請求権などが施設の建設に対して主張できなくなる。期間に遅れ排除された隣人は、民法一〇〇四条、営業法二六条により、被害を取除く施設の設置を求めたり、損害賠償を請求できるともできる。しかし、特別な私法上の権原(例、地役権、契約)にもとづく異議を申立てる者は、期間に遅れた場合でも通常裁判所に、施設の建設を妨げる(hindern)訴えを起こすことができるし、施設完成後はその除去(Beseitigung)を求めることもできる。けれども、

施設許可は、通常裁判所での異議の処理には影響されない(以上 Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 12. Aufl., (München, Berlin, 1970) Rdnr. 8 zu § 17 und Rdnr. 4 zu § 19)。以上の営業法上の規律については、加藤一郎編『外国の公営法下』(岩波書店一九七八年)所収の、沢井裕「イミシヨンの法理と判例」、保木本一郎「ドイツにおける営業警察作用としての公営法規制」が参考になる。なお、以上の営業法の規律は、現行連邦イミシヨンの防止法一〇条、一四条に引き継がれている。

- (5) DVBl. 1973, S. 646.
- (6) R. Zuck, „Unwirksamkeit der gewerberechlichen Ausschlussfrist für Einwendungen gegen „genehmigungspflichtige Anlagen“, BB 1963, S. 672 ff.
- (7) Vgl. F. O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. (München, 1979) Rdnr. 1 zu § 70.
- (8) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 13 zu § 17 (von Ludwig Fröhler).
- (9) 「何人も、公権力によつてその権利を侵害されたときは、出訴の途があたえられる」(宮沢俊義編『世界憲法集』第三版山田晟訳)
- (10) 連邦憲法裁判所は裁判所がなす土地の強制競売手続(Zwangsversteigerungsverfahren)に対してなされた憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)に関する決定の中で、有効な(wirksam, effektiv)権利保護の必要を強調している。Vgl. BVerfGE 49

220 [225]; 49, 252 [257] しかし、これらの判例が主眼とするのは裁判所による権利保護である。なお、憲法訴願制度につき、参照、阿部昭哉「憲法訴願制度の一考察」(『法学論叢』一〇六巻三号)一頁以下。

- (11) Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 des Atomgesetzes (Atomanlagen-Verordnung) vom 29. Oktober 1970 (BGBl. I S. 1518) なお、三条一項は「……期間の経過により、特別な私法上の権原にもとづかない全ての異議は排除される」としており、原子力法手続令七条一項二文と同旨である。
- (12) 筆者が参照し得た原子力法七条(後述四六九頁註12参照)および原子力施設令三条一項に関する判決例は本文で紹介するもののほかに次のものがある。① VG Oldenburg, Beschl. v. 4. 10. 1973, ET 1973, S. 614 f; ② OVG Lüneburg, Beschl. v. 19./20. 6. 1974, DVBl. 1975, S. 190 ff (①の抗告審); ③ VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 18. 12. 1975, DöV 1976, S. 679 f; ④ VG Freiburg, Urt. v. 8.4. 1976, DVBl. 1976, S. 804 ff; ⑤ VG Freiburg, Urt. v. 8.4. 1976, DVBl. 1976, S. 807 ff; ⑥ VG Schleswig, Beschl. v. 24.6. 1976, ET 1976, S. 465 f; ⑦ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 19.1. 1977, ET 1977, S. 163 ff mit Anmerkung von H. Fischerhof = DVBl. 1977, S. 345 ff; ⑧ VG Würzburg, Urt. 25.3. 1977, S. 528 ff; ⑨ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 17.10. 1978, ET 1978, S. 775 f; ⑩ Bay. VGH, Urt. v. 9.4. 1979, ET 1979, S.

- 490 ff = D&V 1979, S. 801 [LSJ]; ⑨ Bay. VGH, Urt. v. 9.4. 1979, FT 1979, S. 583 ff = D&V 1979, S. 801 [LSJ] = DVBl. 1979, S. 673 ff. 以上の中で訴訟排除効を否定するのは⑤⑥のみである。なお、①②③④は停止効回復の申立に関するもの、①②③④⑩は個人によるものでその他はゲマインデ(⑩は市)による。①②⑩を除いて原子力発電所からの原告の距離は不明である。①③⑥において、訴え提起の時には二五キロであり決定時には一〇〇キロ離れていた。⑩の原告は二五〇キロ離れていた。原子力発電所から何キロまでの者に原告適格をみとめるかにつき、金沢編『日独比較原子力法』(第一法規一九八〇年)五七頁以下によると、理論的には三〇〇キロ離れていても放射線の危険な影響を事故時には受けうるようであり、判決例として四〇〇キロ以上離れた者に原告適格を承認したものの(VG Olenburg' Urt. v. 10.11. 1978)「三〇〇キロ離れていることから、原告がなぜ権利侵害が可能であると考えるのかを十分実質的に主張していないという理由で、原告適格を否定したものの(VG Würzburg, Urt. v. 10.3. 1976)があるようである(⑩も同旨)。
- (13) 金沢編前掲書五九頁以下には、原子力に対する一般の関心の高まりが原子力訴訟の増加を引き起こした旨が示されている。

二 ラインラント・プファルツ高等行政裁判所判決⁽¹⁾

(1) 事案の概要

原告は、原子力発電所 Mülheim-Karlrich に与えられた原子力法上の第一分許可を争っている⁽²⁾。許可の賦与に先立って実施された行政手続において、原告はなんらの異議も事業計画案に対して提出しなかった。原告は許可の無効確認を求めている。その理由は、第一分許可の賦与にあたって考えられていた、いわゆるコンパクト建築方法⁽³⁾は実際のな理由によって放棄されることになったけれども、こうした変更は第一分許可に反している、というのである。

(2) 判旨の概要

「原告は、本件でなお適用される原子力施設令三条一項(現行原子力法手続令七条一項)によって排除されている。」「原告は、秩序正しく(Ordnungsgemäß)実行された行政手続において、計画案に示された事業に対して異議を申立てることさえ怠ったのであるから、原告は、自分の権利が侵害されていることを裁判において主張するという可能性を放棄したのである。」

冒頭で右のような結論を示したのち、判決はその理由を、排除の効力は行政裁判手続にまでも及ぶとする通説⁽⁴⁾を紹介してから次のように言う。「すでに規定の文言が無制限の排除をのべている。排除の効力を行政手続にのみ制限するなどとはひとつこともいっていない。異議申立期間のみを定める遠距離道路法一八条四項や、行政手続法七三条四項⁽⁵⁾とは異なり、原子力施設令三条一項は期間の規定以

外に、異議申立期間の徒過はすべての異議を排除するとはっきり定めていない。原子力法上の許可手続にとって不可欠な集中と促進とに役立つこの規定は、他の法律にも見られる一般的な法思想の現われである。」

判決はつづいて原子力施設令三条一項の成立史に言及し、その中でこの規定が営業法一七条（連邦インミッショ⁽⁷⁾ン防止法六八条により一九七四年に廃止され、改めてインミッショ⁽⁸⁾ン防止法一〇条に引き継がれた）二項二文を、文言上も内容上も手本にしていることを述べてから、この営業法の規定する異議排除の効力が「ずっと以前から行政裁判手続に対しても承認されてきた」とする。

次に、そういう訴訟排除効は基本法に反しているという主張に対し、⁽⁹⁾ 詳論はしていなくても、以下のように違憲性なしと明言している。すなわち「包括的で、異議申立人になりえたかもしれない人の範囲にまで拡大する、原子力施設令三条一項の排除効に対し、基本法一九条四項が保障する個人の権利保護との関係においても疑いはなんら存在しない。」

さらに、過失なく (unverschuldet) 申立期間を守ることでできなかった者には、原状回復 (Wiedereinstellung in den vorigen Stand) が与えられるべきであるという主張⁽¹⁰⁾ に対しては、次のように取り組むことを避けている。すなわち「本件にあっては、原告が

原子力施設令二条二項二号の定める期間（一ヶ月）筆者注）を、過失なく逸したことにについてなんの理由もないことがはっきりしている。」

結局、判決は「さもないと、異議排除が無効訴訟の提起によって回避されてしまう」ことから、許可の無効が推論されるような異議にも包括的排除効は及ぶとして、本件無効確認の訴えを却下したのである。⁽¹¹⁾

(3) 本件の上告審判決である連邦行政裁判所第七部一九八〇年七月一七日判決は、次のようにのべて原告からの上告を棄却した。まず、「原審は…原子力施設令三条一項に規律されている排除は、行政裁判手続において守られるべきである」ことから始めている。原審の考えに、出発点においてのみ賛成する」として、訴訟排除効説を承認した。つづけて、原子力施設令三条一項は「ひとたび与えられた原子力法上の許可に、存続効のままも発生を保障すると同時に、許可施設の建設者／運転者に対し、この許可を利用する時に彼が引き受ける危険を計算可能にもする。しかし、許可が瑕疵をはつきりと帯びており、なんらの法的効果も、それゆえ存続効も持たない時にはこの目的を達成することができない。」「許可受取人は、無効の行政行為により作り出された法的外観が保持されるのか、もしくは彼が行政行為に与えた信頼は損害の調整 (Schadensausgleich)

と引き換えによつてのみ破壊されるというような保護を享受してはいない。それゆゑ、正しいと認められる理由をもつた無効の訴えをも排除する必要はない。「この理解に対し、そうすると排除により求められる手続の集中と促進とが達成されない、ということは対立しない。」なぜなら「決定が重大かつ明白な瑕疵を有する時には、原予力法上の許可に対してなされた無効の訴えは成功するしかないから」である。また、「そうした無効の許可の相手方にも、この許可が彼には実際のところ、なにも許してはいないし、それゆゑ彼は許可を理由にして投資を決心することはできないということが求められる。」「たんなる権利の外観のほか、なにももの手にしていない者からは、なにもものもまた取り去り得ない。」「なるほど連邦行政裁判所の判例において、手続法上の権限、とりわけ訴権 (Klagerecht) も失なわれうるといふことがみとめられている。失権 (Verwirkung) は無効の訴えにとつても妨害となりうる。しかし、本件では事情が異なる。失権は法的地位の主張の不誠実な遅れであり、それゆゑ信頼保護原則の結果である。けれども、ある無効な行政行為から生じる法的外観に対する信頼は、原則として、そうした保護に値する地位をなんら基礎づけないのであるから、無効の訴えが不誠実であり、失権したと見なすことを許すためには、まったく特別な、本件では存在していないことがはつきりしている事情がなくてはならない。

それゆゑ、控訴審の判決は連邦法に反している」として、無効確認の訴えには原則として、排除効は及ばないとした。「けれども、結論においてその判決は正しいことがわかる。なぜなら、争われている第一部分許可は無効ではないからである」という理由で結局、上告を棄却したのである。

(4) 異議排除は無効確認の訴えをも含めて全ての訴えを排除するという、ラインラント・プファルツ高等行政裁判所の見解は、上告審によつて否定されたわけであるが、高等行政裁判所の異議排除制度に関する分析は、規定の由来、他の類似規定との比較を含む文言解釈にとどまっております。「集中と促進」を語るのみで、原子力許可手続全体の中でその制度目的を検討することをしない、底の浅い議論であるように思われる。したがって、高等行政裁判所の判決に批判が向けられたのも、いわば当然であつた。

本件上告審判決は次の点を確認した。まず、異議排除が訴訟排除効をもつこと、次に、排除は許可の存続効を保障し、許可受取人に対し、彼が許可を利用する時に覚悟すべき危険を計算可能にする働きをもつという意味での信頼を与えるものであること、そして、無効の訴えには特別な事情のない限り排除効は及ばないこと、である。

- (1) D&V 1979, S. 525 ff.
- (2) 現在西ドイツでは原子力発電所の建設許可に対しては取消訴訟が起こされるのが常態となっている(参照「金沢編」『日独比較原子力法』六〇頁)。Mülheim-Karlich 原発も例外ではなく、たとえば即時執行命令に関する決定であるが次のものがある。VG Koblenz, Beschl. v. 4.2. 1977, DVBl. 1977, S. 360; OVG Koblenz, Beschl. v. 3.5. 1977, DVBl. 1977, S. 730 後者の決定に対し憲法訴訟願がなされ、連邦憲法裁判所は一九七九年一月二〇日に棄却の判断を示した。(NJW 1980, S. 759 ff = D&V 1980, S. 299 ff mit Anmerkung von Karl-Peter Winters) これには多数の論稿が発表され、行政手続の現狀論と行政手続への参加とに多大の影響を与えるものであり、本稿でも最後に触れる。後述二章三(2)参照。
- (3) 詳細は不知。NJW 1980, S. 759 によれば、飛行機の墜落や爆風圧による外的な作用からのより良い防護にとって重要な方法であるという。
- (4) 判決引用の VG Freiburg, DVBl. 1976, S. 804; VGH Baden Württemberg, D&V 1976, S. 679 = DVBl. 1977, S. 345; W. Blümel, BB 1963, S. 882; K.-P. Winters, Atom- und Strahlenschutzrecht, (München, 1978) S. 87 (未見); D. Selner, Immissionschutzrecht und Industrieanlagen, (München, 1978) Rdnr. 370 など。Vintner たちは D&V 1980, S. 306 において右の著書の見解に固執しないとしている。
- (5) 一八条四項「事業 (Vorhaben) によりその利益 (Belange) に影響を受ける者は何人も、縦覧期間満了後二週間以内に聴聞行政庁 (Anhörungsbehörde) もしくはゲマインデに、書面もしくは調書に記載することによって、計画に対し異議を申立てることができる」とし、並びに六項は「聴聞行政庁は遅れて申立てられた (verspätet erhoben) 異議をも討論する (erörtern) ことができる」とする。
- (6) 「事業により利害を左右される者は何人も、縦覧期間の経過後二週間以内に、書面により、または調書に記載することにより、聴聞行政庁または市町村に計画に対する異議を申立てることができる」。並びに六項には「聴聞行政庁は、時期に遅れて申立てられた異議をも討論することができる」とある。
- (7) したがって、インミッシオン防止法にも本稿が扱うものと同じ問題がある。参照インミッシオン防止法八条以下。
- (8) 判決が例として引用するも BVerwGE 9, 9; BVerwG, Beschl. v. 29.9. 1972, DVBl. 1973, S. 645; W. Blümel, BB 1963, S. 882; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 12. Aufl, 1970, § 17, Rdnrn. 12 ff.
- (9) R. Zuck, DVBl. 1973, S. 646; ders., BB 1963, S. 672.
- (10) 判決引用の Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 13; W. Blümel, a.a.O., S. 883 f (記述上の詳細な) VG Freiburg, Urt. v. 8.4. 1976, DVBl. 1976, S. 804 ff. [806] (この判決は「原子力施設令による行政手続が、前置された不服申立手続としての性質をもつとして」行政裁判所法六〇条が定める原状回復を適用すべきであるとしたが、過失が

なかつたことにつき証明がないとして、結局原状回復を認めなかつたという事例である。) 原状回復をめぐる議論については、U. Mutschler, *ET* 1980, S. 164 ff は次のように言う。「行政手続法施行前は行政裁判所法六〇条の、異議申立期間へのアナロジーは争われていた。なぜなら、異議申立期間が実体的排除効をもつ期間と理解され、連邦行政裁判所の判例(BverwGE 13, 209; 17, 199; 21, 258; 24, 154 を引用)において、こういう実体的期間にはその徒過にあたり、原状回復が与えられるのは法律が規律する時のみである、ということがみとめられていたからである。しかし、行政手続法の下では、法律により排除されていない限り、つねに原状回復はみとめられる。」(S. 169) そして、異議申立期間後、許可決定前では行政手続法三二条により原状回復がみとめられるけれども、決定後では許可の職権取消(Widerruf; 原子力法一七条参照)の義務づけを求めることができないとどまるとする(S. 170)。(右の職権取消、負担を求める請求権に排除効の及ばないことを連邦行政裁判所が確認した(BverwG, *Urt. v. 17.7. 1980*, NJW 1981, S. 359 ff [361])。しかし、行政手続法施行前においてはどうかについては十分論じられていないように思う。ムッチェラーは「排除期間の本質にもとづいて、回復を排除する見解は行政裁判所により憲法上の理由から拒否されてきている。」(aaO., S. 169) 連邦行政裁判所は「しかし、行政手続法の発効以前においても原状回復は保障された。なぜなら、原子力施設令二条二項一号の異議申立期間は——その徒過に結びつけられていない実体的効

果にもかかわらず——とにかくなお手続法上の期間だからである。それゆえ、原状回復可能性につき実体法上の期間にあっては存在する疑いは、「ここでは問題にならなう」(aaO., S. 361) というにとどまる。

(11) 本判決は、異議申立期間を徒過したにもかかわらず、行政庁に与えられた裁量の瑕疵のない行使を求める請求権が存在するか、という問題にも触れ、異議を提出したことがそうした請求権の前提であるとしている。

(12) BverwG, *Urt. v. 17.7. 1980*, NJW 1981, S. 363 f = DVBl. 1980, S. 1009.

(13) 詳述は雑誌では省略されている。

三 手続排除効説からの批判と訴訟排除効説の反論

(1) ラインラント・プファルツ高等行政裁判所の判決に対して、ヴォルフラム(R. Wolfrum)⁽¹⁾、ホフマン(B.-F. Hoffmann)⁽²⁾、ウン(C. H. Uje)⁽³⁾、ハヨール(H.-J. Papier)⁽⁴⁾が、反対の論文評釈をあいだいで発表した。彼らは、行政訴訟にまで異議排除の効力を及ぼすことに例外なく基本法一九条四項違反をみとめており、時期に遅れた異議は行政手続からのみ排除されるにすぎないとしている(手続排除効説)。

これに対し、イプセン(J. Ipsen)⁽⁵⁾、ムッチェラー(U. Mutschler)⁽⁶⁾、レーデカー(K. Redeker)⁽⁷⁾、シュトローバー(R. Stöber)⁽⁸⁾が、訴訟排

除効説を擁護する論文を発表している。イブセンのようにもっぱら条文中心の解釈から答えを導くものもあるとはいえず、⁽⁹⁾ 彼らは原子力許可手続の特殊性と異議排除の制度目的に立ち入り、許可受取人の法的地位をも取り込んだ議論をしている。⁽¹⁰⁾

訴訟排除効説の根拠・主張などは第二章の検討に譲り、以下では手続排除効説の主張とかみ合っていると思われる論点を中心に進めることにする。

(2) 手続排除効説の論拠には大きく三つのものがある。まず、法律と、法律の授權にもとづく命令との関係にかかわるものである。⁽¹¹⁾ つまり、行政手続と行政裁判手続とをそれぞれ規律する規範はそれぞれの領域にのみ適用されるとか、原子力法がする命令への授權は許可手続についてのものであって、裁判手続にまで行政手続上の規律効果を及ぼすことは権限を超えるものである、と主張されている。⁽¹²⁾

反論として、許可手続につき原子力施設令(現行原子力法手続令)に授權する旧原子力法七条三項三文は、営業法一七条ないし一九条(これらの規定は一九七四年にインミッション防止法により廃止された)の原則に従うべきことを規定しており、営業法一七条二項の排除効は訴訟排除効を有することで判例・学説は一致していたのであるから、原子力施設令三条一項に訴訟排除効をみとめないならば営業法上の許可手続の本質的要素がぬげ落ちてしまう、⁽¹⁴⁾ という主張

がある。さらに、許可手続における第三者の異議申立制度を予防的もしくは事前の権利保護制度であるとし、もし、ある行政手続が権利救済手続をも意味するのであれば、権利救済手続に通用する原則がそこにも通用するはずであるから、不服申立手続(Widerspruchsverfahren)において不服申立期間の徒過が行政行為の取消不能を招くのと同じく、異議申立期間の徒過にも同様の効果がみとめられるであろう、という見解もありうることを指摘する論者がある。⁽¹⁵⁾

また、「異議申立(Binwendung)」は「実体的防禦地位(materielle Abwehrpositionen)」ではなく「事実の申立(Sachvortrag, Tatsachenvortrag)」⁽¹⁷⁾であり、防禦権の排除が許可手続終了後、訴訟の場合で問題となるのに対し、事実の排除は時期に遅れた異議申立人につき、異議申立期間の経過により許可手続においてすでに生じるのであるから、行政手続上の規律の効果が訴訟手続に及ぶのはおかしいという見解はあたらない、とするものもある。⁽¹⁸⁾

この論点につき私見としては、原子力施設令に授權する旧原子力法が営業法の原則に従うべきことを規律していたのであるから、施設令の規律に訴訟排除効をみとめるべきである、とする見解に賛成である。

(3) 手続排除効説のふたつめの論拠は、原子力施設令三条一項の文理、体系、目的解釈および規定の由来にかかわっている。

①まず、「特別の私法上の権原にもとづかない異議の申立は、すべて、縦覧期間の満了とともに排除される」という施設令の規定のみから、「もし、立法者が行政手続のみ制限された排除効を考慮していたとするならば、彼はある期間の自明の結論として、特に異議の排除を規定することはなかったであろう」ということはできない、という批判がある。なぜなら、ある手続上の期間を守らなかつたことの法効果はなにも訴訟排除効だけではないからである⁽²⁰⁾。たとえは、航空交通法 (Luftverkehrsgesetz vom 4. November, 1968; BGBl. I S. 1113) 一〇条四項は、「縦覧終了後、遅くとも二週間以内に…計画に対する異議は文書で提出されるべきである。(Einwendungen gegen den Plan sind… spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Beendigung der Auslegung Schriftlich zu erheben.)」とするが、五項は「四項の期間満了後、計画に対する異議は…討論される (Nach Ablauf der Frist des Absatzes 4 sind die Einwendungen gegen den Plan… zu erörtern.)」と定めるのみであつて、期間内に異議を提出しなかつたことの法効果につき特に定めてはいないのである。また、ラインラント・プファルツ高等行政裁判所判決も引用する遠距離道路法一八条四項は、二週間の異議申立期間を定めているけれども、六項によると聽聞行政庁は期間満了後に申立てられた異議もまた討論することができる、とし

ている⁽²¹⁾。その外、国防用土地調達法 (Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23. Februar 1957; BGBl. I S. 134) 三四条によると、計画に対する異議は遅くとも計画審査期間 (Planprüfungsfrist) 中に申立てられるべきであり、以後申立てられた異議は行政裁判所においても考慮されない⁽²²⁾と明文で規定している、というのである。

手続排除効説からの右のような批判に対し、連邦行政裁判所判決はラインラント・プファルツ高等行政裁判所と同じ見解を基本的に繰り返すのみであり、国防用土地調達法が訴訟排除効を明文で規律していることに触れていない⁽²³⁾。この点を指摘する者があるけれども、私自身はこの議論について、原子力施設令の文言と他の法律の文言との比較からのみ訴訟排除効を導き出すのは無理であろうと考え⁽²³⁾。しかし他方で、国防用土地調達法を引き合いに出して訴訟排除効を批判するのは、この法律の特質からして慎重な検討が必要であるように思われる。

②次に、訴訟排除効が手続の「集中と促進」に役立つという見解に対する批判として、申立期間に遅れた異議については行政手続からの排除がみとめられるのであるから、行政決定に至るまでの手続の「集中と促進」にとつては、それで十分であり、その証拠として利害状況の似かよつた計画確定諸法に訴訟排除効はみとめられてい

ない、という主張がある。⁽²⁶⁾「遅れた異議は行政手続において取り上げられず、行政庁はこうした異議と取り組む必要もないから、行政手続はスラスラと進行するであろう。もっとも、行政訴訟には負担となるかもしれないが、行政手続と行政訴訟全体の時間はほとんど長くなりはないであろう」とする者もある。⁽²⁷⁾

右の二つの主張のうち後者は「見込み」にもとづく政策論であり、ここで検討することはできないが、前者の見解については次のことを指摘できるように思う。まず、手続排除効説をとるパピールがのべるように、計画確定にかかる事業は「一般に公益的計画と事業にかかわっており、おそらく私益と同程度には保護を必要としない」公の手 (öffentlichen Hand)」、自体によって引き受けられることがほとんどである」のに対し、「インミッション防止法と原子力法による許可は「私人が利用する事業許可 (privatrechtliche Unternehmungen)」である」⁽²⁸⁾。次に、「インミッション防止法と原子力法の許可手続は、だれもが参加できる民衆参加 (Popularbeteiligung) 手続であるのに対して、計画確定の手続は利害者参加 (Interessenbeteiligung) 手続である」という点に両者の違いがみとめられる。しかしながら、原子力施設令において、異議の排除を目指すものは何であるかが詳細に検討されなければ異議申立排除の効力に関し、答えを見出すことは不可能である⁽²⁹⁾と考えるので、

この点については第二章全体を通して考察したい。

③さらに、原子力施設令三条一項がその効果として、訴訟排除効をみとめられていた営業法一七条二項の異議排除を引き継いでいるという主張に対し、行政訴訟にまで排除の効力を及ぼすには国防用土地調達法三四条のような明文の規定が必要であるとすウレは、基本法制定以前につくられた営業法には、二〇条、二一条の訴願手続 (Rekursverfahren) に関する定めしかなかったのであるから、異議排除の効力は許可手続とそれにつづく訴願手続にしか及びようがなく、基本法制定後に導入された行政裁判手続にまで排除効の及ぼはすがない、という批判を加えている。⁽³¹⁾

しかし、この批判にもまた反論がなされている。つまり、訴願手続は許可手続ではないのであって、このことからすでに異議排除の効力が許可手続を超えていることが示されるのである、というものである。連邦行政裁判所の見解であるが、これはウレの批判に答えているといえるか疑問である。なぜなら、排除効が許可手続を超えているとしても、訴訟にまでその効力が及ぶかこそが問題であるはずだからである。この点につきウレの見解を「結局、営業法一七条二項の排除は不服申立手続には及ぶけれども、裁判手続には及ばないということである」と理解するムッチュラーはウレに対し次のように反論している。「(不服申立手続)のすぐ後につづく裁判手続に

において、争い(Streit)が広い範囲にわたってむしろ返されることがありうるのであれば、裁判所の合理性(Rationalität)、紛争解決機能(Befriedungsfunktion)、負担軽減(Entlastung)との関連で、不服申立手続に属しうるであろうものが何であるのか、よくわからない(unerfindlich)ことになる。すなわち、最も広く目的適合性にもとづいたコントロールがなされる不服申立手続の中で、まことに具合悪く審査素材(Prüfungstoff)がカットされてしまうことになる(33)ウレの見解は、行政法上の権利救済の機能的構造に反している。」

(4)手続排除効説の三つめの論拠は、基本法一九条四項に関するものである。この説をとる者は、異議排除の効力に訴訟排除効をみとめることは基本法一九条四項が保障する裁判を受ける権利を侵害する、と考えている。たとえばツックの主張を受け継ぐウレは、ツックの見解をまとめて、基本法はなされた公権力の行為に対し裁判所の保護を利用する可能性を国民に保障しているのであって、行政決定がなされる前にこの可能性を奪うことになる訴訟排除効説は許されない、とする(35)。その実質的根拠は、異議申立期間にあっては不服申立期間や出訴期間におけるのちがい、行政決定の内容、範囲、程度などが十分国民に理解されているのではない、ということであり、原子力発電所から具体的にどういう影響が生じるかは、実際に施設が建設され原子炉が運転を開始してはじめて住民にわかるよう

になる(36)、ということであるように思われる。

これに対し判例は、公表された諸々の報告書、説明書により計画の全容を住民は知っていたとか、第三者はどんな危険が予想されるかについて十分確かなイメージを獲得することができた(38)と考えている。

手続排除効説の主張を文字通り受けとるならば、多くの段階を経て実施される原子力許可手続などにおいて、住民は最終処分を争うべきなのか、少なくとも手続の早い段階での訴えをみとめないことになりはしないか、という疑問が生じるが、それは措くとしても、右の対立から示されるように、手続排除効説と訴訟排除効説との対立はつまるところ制度の実態に対する評価のちがいにもとづいているものと考えられる。

ツック(40)とは異なり最近の手続排除効説論者は、行政決定が下される以前に訴訟排除効が生じることのみで違憲性を基礎づけるのではなく、旧原子力法による旧原子力施設令の許可手続にあっては、計画案の公告だけで個人への通知がないこと、申請資料閲覧請求権がないこと、異議申立期間たる縦覧期間が一ヶ月であること(41)などから、訴訟排除効をみとめるには住民の情報量が少なすぎる、と考えられているようである。たとえば、ウレは右の諸条件が満たされる場合について態度を留保するとしており、したがってウレは訴訟排除効

説合憲論に傾いているというムッチェラーの指摘⁽⁴¹⁾はあたっているように思う。さらに、連邦行政裁判所判決に痛烈な批判を浴びせる評釈を書いたデ・ウィット(S. de Witte)もまた、訴訟排除効を承認する条件として幾つかのものをあげながら、次のようにのべている。すなわち、「行政手続において国民に「閲覧請求権(Akteneinsicht)」、証拠申出権(Beweisantragsrecht)」、独自の専門家召喚権(Recht der Zuziehung eigener Sachverständiger)が与えられる場合のみ、実体法上の排除(materielle rechtliche Präklusion)＝訴訟排除効のこと＝筆者注)によって、紛争素材の行政手続への集中と、それによる裁判所の負担軽減(Entlastung der Gerichte)が達成されるであろう。しかしながら、行政手続のそうした根本的改革がない以上、実体法上の排除をみとめる十分実質的な正当化理由は存在しない。連邦行政裁判所の判決から、そういう改革の不可避であることが導かれるのだ。」⁽⁴²⁾そして、行政手続法の注釈書の中でコップ(F. O. Kopp)もまた、時期に遅れた異議の排除がはっきりと規律されている場合⁽⁴³⁾につき、訴訟排除効が適切な方法で被侵益者に(Betroffenen in geeigneter Form)知らされることと、過失なく異議申立期間を徒過した場合に原状回復の可能性がみとめられていることとを条件として、訴訟排除効を承認している⁽⁴⁴⁾のである。

- (1) Rüdiger Wolfrum, DStV 1979, S. 497 ff.
- (2) Bodo-Falk Hoffmann, JA 1979, S. 553.
- (3) Carl Hermann Ule, BB 1979, S. 1009 ff.
- (4) Hans-Jürgen Papier, NJW 1980, S. 313 ff.
- (5) Jörn Ipsen, DVBl. 1980, S. 146 ff.
- (6) Ulrich Mutschler, ET 1980, S. 164 ff.
- (7) Konrad Redeker, NJW 1980, S. 1593 ff.
- (8) Rolf Stober, AöR Bd. 106 (1981), S. 41 ff.
- (9) もともと「イプセンは原子力許可手続の特色である多段階手続(第二章の二参照)に言及している(a.a.O., S. 152)」。手続排除効説の「モデル」とヴォルフラムも許可受取人の地位を考慮に入れている(H.-J. Papier, a.a.O., S. 319 ff.; R. Wolfrum, a.a.O., S. 498 ff.)が、「原子力許可手続の特殊性と異議排除の目的に対する検討が不十分であるように思う」。
- (10) 以下の論述では原子力施設令三条一項の排除を中心とする。
- (11) B.-F. Hoffmann, a.a.O., S. 553 異議排除に訴訟排除効をみとめることは「訴えの許容性(Zulässigkeit)」を規律する行政裁判所法四二条二項を無視することを意味する、という。
- (12) C. H. Ule, a.a.O., S. 1010.
- (13) BVerwG, Urt. v. 17.7. 1980, NJW 1981, S. 359 f (ライントント・コンファルトとは別の事件)判決が引用する判例は次の二つである。BVerwGE 9, 9 [12] = NJW 1959, S. 2180; BVerwG, DVBl. 1973, S. 645 準拠は Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, 3. Aufl., [1897], § 17 Anm. 5 (未記)。なおライン

- ランマン・フアルンの事件では、縦覧期間は一九七三年六月二十八日終了であった (D6V 1979, S. 525)°
- (15) R. Stober, aa.O., S. 47 f.; sa. R. Wolfrum, aa.O., S. 501
なおミューラー自身は異議申立手続が不服申立手続 (Wiederspruchsverfahren) の代用であるとは、不服申立がインミッション防止法ではできる一方で、原子力法ではできないといつた不統一があることから、実定制度上は言えなく、と考えてくるようである (Vgl. R. Stober, aa.O., S. 48)° 異議申立は不服申立などの法律上の救済手段 (Rechtsbehelfe) ではなく、明言するものは C. H. Ule/H.-W. Laubinger, Verwaltungsver-fahrensrecht, 1977, S. 159 がある。そこでは、決定の有無によつて両者を区別すべきことが主張されてくる。先に紹介したメンツの见解に通じるものである。なお J. Ipsen, aa.O., S. 147, Anm. 14, 15.
- (16) J. Ipsen, aa.O., S. 151 の理解が、ついで原子力法手続令七条一項二文 (旧原子力施設令三条一項) が原告適格の陳述に必要な事実の申立を取り去るため、異議を申立てなかった者の取消訴訟は許されない、とインマンは考えようである。
- (17) U. Mutschler, aa.O., S. 170.
- (18) ウレのように行政手続法と行政訴訟法の規律分野を分離することは、ある期間の経過により異議申立をしなかった特定の者を排除するという方式を正しく理解して、ないと批判する者が多い (J. Ipsen, aa.O., S. 151)°
- (19) J. Ipsen, aa.O., S. 150; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 4.10. 1978, D6V 1979, S. 526; BVerwG, aa.O., S. 359.
- (20) H.-J. Papier, aa.O., S. 314; R. Stober, aa.O., S. 44.
- (21) 前掲に参照。
- (22) C. H. Ule, aa.O., S. 1010; H.-J. Papier, aa.O., S. 314.
- (23) BVerwG, aa.O., S. 359 ff. (インマン・フアルンとは別の事件)
- (24) Siegfried de Wit, DVBl. 1980, S. 1007 (2).
- (25) 一章三(四)で述べたように、訴訟排除効と手続排除効との対立の原因は、行った文言解釈にもよるものでなく、許世手続制度全体に対する評価にもよる認識なのである。
- (26) R. Wolfrum, aa.O., S. 501 f.; H.-J. Papier, aa.O., S. 319
なお U. Mutschler, aa.O., S. 171, Anm. 53 ではサキマンラの持論の一端を異議申立の必要を示している。
- (27) C. H. Ule, aa.O., S. 1011.
- (28) H.-J. Papier, aa.O., S. 320.
- (29) Rüdiger Breuer, „Wirksamer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts“, NJW 1978, S. 1558 ff. [1564 ff.]; J. Ipsen, aa.O., S. 147; sa. F. O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (München, 1980), Rdnr. 22 zu § 73.
- (30) R. Stober, aa.O., S. 51.
- (31) C. H. Ule, aa.O., S. 1010.
- (32) BVerwG, aa.O., S. 359 f.
- (33) U. Mutschler, aa.O., S. 169 f. 私見のみの考えに賛成である。

(34) R. Wolfrum, aa.O., S. 497 f.; H.-J. Papier, aa.O., S. 314, 318.

(35) C. H. Ule, aa.O., S. 1011.

(36) R. Wolfrum, aa.O., S. 500; S. de Wilt, aa.O., S. 1007

なお、ヴォルフラムは都市建設計画の策定手続を扱う別の論文において「建設法二二条二項の）聴聞は、地区詳細計画がいまだ具体化していない段階でなされる。その点で聴聞につき前置された権利保護を語ることはもとよりできない」としている(DaV 1981, S. 606 ff. [610]).

(37) OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 4.10. 1978, DaV 1979, S. 526.

(38) BVerwG, aa.O., S. 361 d, aa.

(39) 後述(四六二頁上段)するように、連邦行政裁判所は一九七二年にすでに、原子力発電所の許可をめぐる争いにおいて早期の権利保護をみとめている。

(40) R. Zuck, DVBl. 1973, S. 646 ツックは排除が行政決定のいまだなされていない段階で生じることを違憲の理由とするため、原状回復がみとめられ、(営業法一七条二項の法効果―訴訟排除効について)個人への通知がなされる場合にも合憲とは考えない。

(41) 現行法は二カ月。なお、行政実務は異議申立期間を現在延長しているようである。参照、金沢編『日独比較原子力法』(第一法規一九八〇年)三五頁。

(42) R. Wolfrum, aa.O., S. 500 f.; C. H. Ule, aa.O., S. 1013.

(43) C. H. Ule, aa.O., S. 1013.

(44) U. Mutschler, aa.O., S. 171. Anm. 54.

(45) S. de Wilt, aa.O., S. 1009.

(46) F. O. Kopp, aa.O., Rdnr. 84 zu § 73.

(47) Aa.O., Rdnr. 86 zu § 73.

四 き と め

(1) ラインラント・プファルツ高等行政裁判所の判決がとる訴訟排除効説は、その議論の底の浅さのゆえに批判されて然るべきである。また、手続排除効説は全体として、理論的に訴訟排除効説に反対するといふよりも、制度運営の実態にその根拠を有するものであるように思われる。

(2) 日本の制度運営に対する実態評価すらままならぬ現在の筆者にとって、外国法制度の実態評価は、不可能である。基本法一九条四項をめぐる議論から示されたように、「訴訟排除効をみとめるに十分な実質的根拠」があるかをこそ問うべきであり、この点で西ドイツの議論をフォローする意味があるものと思う。

(3) 議論は本来であれば、訴訟排除効が有する、裁判による権利保護の困難化の程度を問うことから始め、その程度が許容されるものと判断されたときに初めて、そうした制限を正当とする実質的理由は何かを問う、という順序で行なわれるべきであるのかもしれない。

しかし、以上に紹介した基本法をめぐる議論からもわかるように、困難化の程度をどう評価するかは意見の分れるところであると思われるため、本稿の以下の論述はもっぱら、訴訟排除効をみとめる実質的理由は何かに焦点を合わせることにする。それにより実態の評価に影響を与えることがあるかもしれない、と考えるからでもある。

(4)さて、今まで検討の対象としてきたのは、一九七〇年制定の原子力施設令が中心であった。現行の原子力法手続令は一九七七年制定のものであり、政策的理由から第三者の資料閲覧請求などを制度化した、住民参加の制度を拡充、整備している⁽²⁾。

こうした制度改革をも考慮しながら、訴訟排除効説の実質的、理論的根拠を次章で検討することにする。

(1) U. Mutschler, ET 1980, S. 164 ff [171]。なお、パピールは、異議排除によって生じる権利保護の制限と、異議排除から得られる手続の集中、促進、決定相手方の保護とを比較衡量している (H.-J. Papier, NJW 1980, S. 313 ff [321])。

(2) Vgl. Axel Schulz, „Neue Atomrechtliche Verfahrensverordnug“, DVBl. 1977, S. 336 保木本一郎「西ドイツ原子力施設許可手続における住民参加」(『社会科学研究』三三三巻三号一九八一年)一五五頁以下参照。

第二章 訴訟排除効説

一 行政手続の意義と機能

(1)手続排除効説と訴訟排除効説との対立が行政手続の実態に対する評価の違いにもとづくものであり、手続排除効説も必ずしも最終行政決定前の段階での訴訟排除を理論的に許されないものとするのではないとすれば、異議申立期間の徒過に對しそうした重大な効果を承認することの実質的理論的根拠こそが問われるべきであろう。

そうであるならば、ここで最も重要な手続排除効説はツック⁽¹⁾のそれであろう。しかし、彼はたんに行政決定の存否のみを基準とするにすぎず、説得力ある根拠を展開してくれていない。ツックにとつては、行政裁判所による権利保護がおそらく最も信頼すべき救済手段であったものと思われる。そういう思考からはしかし、事前手続の整備、拡充といった発想は生まれてこないであろう。

(2)行政手続と行政裁判との関係については異なった見解がありうるものの⁽²⁾、現在、行政手続の存在意義を疑う者はなく、何を規律するのにかにつき争いがあったようであるが、一九七六年には行政手続法も制定されるに至っている。こうした動向の背景には比較法研究の影響を受けた次のような見解があったようである。すなわち、行

政活動のコントロールと個人の権利保護とにとって、裁判所による保護だけが有効、適切な手段なのではない、という見解である。⁽⁵⁾ さらに、道路等の交通施設の計画に関する事件で、計画たる最終決定は行政庁の広汎な裁量に含まれ、裁判所による事後審査が制限されるからこそ、計画決定により侵益される者の聴聞は厳格に命じられるべきである、とした連邦行政裁判所の判決の傾向がこれに加わるのである。⁽⁶⁾

(3) 事前行政手続を重視する傾向の中で、手続が有する機能につき最近の論者はおもに次の三点を指摘している。すなわち、

① 情報収集機能⁽⁷⁾

② 早期の権利保護機能

③ 利害調整機能

の三点である。以上を本稿が扱う第三者の異議申立、すなわち参加をともなう許可手続に即して説明するならば、以下のようになるだろう。

① 決定にとって重要な意味をもつものでありながら、行政庁と許可申請人とのよっては収集できなかった事実・価値を異議申立人が補充することができる。また、「大量手続(Massenverfahren)」において、ここで規範化されている参加手続と同じくらの費用により同様の効果を持ちうる調査を自分ですすことは、行政庁には絶対に

無理である。⁽⁸⁾

② 即時執行命令に対する停止効回復の申立⁽¹⁰⁾においては、許可行政庁が執行につき存在する特別な公共の利益を正当に評価したかどうかが問題となり、勝訴の見通し(Hilfswahrscheinlich)がその判断基準となるけれども、原子力法にあっては許可の基礎にある問題が複雑多様であるため、裁判所は普通、停止手続というたんなる暫定手続で本案の見通しを得ることはできない⁽¹¹⁾。また、将来の施設の運転より生ずるかもしれない危険はまさしく本案においてのみ十分判断されうることであるから、暫定手続に含めるべきではない、とされる⁽¹²⁾。したがって、裁判所は「勝訴の見通し」という基準にかわって、施設設置の作業より原告に対して生ずる侵害と、工事を停止することの結果とを比較衡量する。その場合、設置許可が問題となる限りにおいて、常に工事停止の帰結であるところのエネルギー供給の確保と資金面への影響の重大さがみとめられるために、申立は却下される。停止手続の第二審で、これまで即時執行命令が取消されたことは一度もない⁽¹³⁾ようである。

以上のように実際に勝訴の見込みのない即時執行命令に対する停止効回復の申立によつては、第一部分許可により開始される原子力発電所の建設工事に生ずる環境への悪影響、個人への侵害を防止することはできない。したがって、予想される被害の対策を立てさ

せるためにも、事前の異議申立が必要となる。すなわち、危険にさらされる国民は、許可決定に対する取消訴訟と裁判上の仮の権利保護とを求めうることにのみ制限されるのではなく、計画された事業に対し異議を予め申立てらうということによって、その権利保護を事前に移転させることができるのである⁽¹⁴⁾。

③ 第三者の異議が理由のあるものであれば、申請人は将来の訴訟を避けるためにそれに見合った対応をとらざるを得ず、それは住民らの利益にとってプラスである。逆に、申請人としては将来許可が取消されるような違法事由の存在を予め知ることができ、計画の本質を損わない程度の微調整で対処するだけの時間的余裕を持ちうることになる。したがって企業のリスクが減少する。すなわち「参加手続は、潜在的被受益者の範囲から、さらなる手続全体にとって法的に重要なかわりをもつものとして考慮されるべき人々を選び出すこと、同時に、決定にあたって第三者のためにとくに考慮されるべきザッハリッヒな妨害事由 (sachliche Hinderungsgründe) を具体化する」という機能をもつ⁽¹⁷⁾」のであり、それは「大量手続においてとりわけ重要な意味をもつ法的価値、つまり法的安定性と取引の安全 (Rechts- und Verkehrssicherheit)」に役立つのである。それは結局のところ、「決定上重要な事実がこの手続の段階で早くも包括的に明るみに出され、被受益者と討論されることによって訴訟

を回避することに寄与する⁽¹⁹⁾」のである。

以上指摘した諸機能のほかに、第三者の異議申立を行政手続への「参加 (Beteiligung, Partizipation, Teilhabe)」⁽²⁰⁾ととらえ、「国家に対する国民の無力感 (Gefühl der Ohnmacht des Bürgers dem Staat gegenüber)」を取り除く機能や、「広い範囲にわたって公共のための国家決定にも責任をもって (verantwortlich) 協力する可能性を国民に保障する」という機能を、第三者の参加をともなう行政手続に積極的にみとめる見解もある。

(4) 本稿が取り上げている原子力法上の許可手続はいうまでもなく環境問題にかかわっている。この分野の特殊性は被害が生じてからでは遅すぎることであり、したがって、裁判所で事後的に解決してもらうことが多くの場合、無意味であると感じられることである。しかも原子力発電所の事故から生じる被害は、最悪の場合、想像を絶するものがありうる。まさに、あり得べき損害の程度・質のゆえに、法益侵害 (Rechtsgutverletzung) の損害調整 (Schadensausgleich) ではなく、侵害に対する損害対策 (Schadensvorsorge) が中心に位置することになるのである⁽²¹⁾。さらに、原子力という現代文明の最先端にある高度で複雑な科学技術が問題となるため、いっそう裁判所による完全なコントロールになじみづらいのである⁽²⁴⁾。

右のような事情から、原子力発電所の設置・運転許可における事

前行政手続がその重要性をますます高めているのである。影響の巨大さのゆえに通常以上の人的、財政的、時間的資源を投下してもなお、行政庁は全てを説明し得ず、裁判所の統制では遅すぎ、その統制密度にも制限があるからこそ、許可決定に至る行政手続に全員が参加し、討論 (erörtern) することによって全ての疑いをできる限り解明することが要求されるのである⁽²⁵⁾。

(5) 訴訟排除効を論じる意義・目的もまた、以上にのべたような機能を有する行政手続の中で、そしてさらに環境問題の特殊性の中でとらえるのでなければ、正確な理解をなすことはできない、と考えるのである。また、その実質的、理論的根拠がどんなものであるかも知れないように思われるのである。

しかし、これまでに見てきた行政手続の特色は、必ずしも原子力許可手続に固有なものではなく一般的なものである、とも言える。原子力許可手続をいっそう特色あるものとしているのは、予備決定・部分許可といった制度を有するいわゆる多段階手続 (mehrstufiges Verwaltungsverfahren)⁽²⁷⁾ である。節を改めて論じておくことにする。

- (1) R. Zaack, BB 1963, S. 671 ff.; ders., DVBl. 1973, S. 646.
- (2) F. O. Kopp, „Beteiligung, Rechts- und Rechtsschutzpositionen im Verwaltungsverfahren“, in: O. Bachof, L. Heigl, K. Redeker, (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen

Freiheit, Teilhabe und Bindung: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerwG, (München, 1978) S. 387 ff. [389] (以下では本書を BVerwG-FS と略す)

- (3) Vgl. Jürgen Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgesellschaftlichen Rechtsschutz, (Berlin, 1974) S. 13 ff.

(4) 成田頼明「行政手続の法典化の進展」(『公法の理論下工』有斐閣一九七七年)一六四五頁以下。一六六九頁以下に行政手続の意義・範囲、行政行為の存続効、公法上の契約に関する実体法的規定を設けるか否かについて論争があった旨記されている。

- (5) J. Schwarze, aa.O., S. 32 f.

(6) BVerwG, Urt. v. 14.2. 1969, D&V 1969, S. 428 [429] 事案は原告である二つのゲマインデの意見を聴かずになされた航空交通法上の飛行場設置許可が、原告ゲマインデの計画高権 (Planungshoheit) 基本法二八条二項がゲマインデに与える自治権 (Selbstverwaltungsrecht) を侵害すると同時に、Raumordnung, Landesplanung, Städtebau といった事項に許可が一致しているかの審査を許可行政庁に義務づけている航空交通法六条の許可要件に反する、として取消されたというものである。判決の中で、裁判所は、もしゲマインデの意見が広域的作用をもつ計画化に際して十分取り上げられない時には「地域全体が上から (von oben her) 誤まって計画され、健全な自治の発展がもはや十分に考慮されない」危険があり、それゆえゲマインデの同意が得られない場合にはなおのこと「ゲマインデの

協力権、とりわけ反対理由の表明、主張の権利が厳格に取り扱われなければならない」というショルティセック (Herbert Scholtissek, DVBl. 1968, S. 825 ff) らの学説を取り入れた本文のようにのべている。なお、計画決定に対する裁判所の事後審査が制限されるものとして、どういふ審査方法を裁判所はとるべきであるかを説く判決に、BVerwGE 34, S. 301 ff [304] があり、この詳しい紹介として、青藤博也『計画行政法』(学陽書房一九七六年)八八頁、九六頁、九九頁、一四七頁、一五四頁がある。裁判所による事後審査が制限される例については、Vgl. K. Redeker, „Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe“, NJW 1980, S. 1593 ff, 1594 Anm. 18.

- (7) Christoph Degenhart, „Zum Aufhebungsanspruch des Drittbetroffenen beim verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt“, DVBl. 1981, S. 201; s.a. Klaus Lange, „Zur Anhörung in verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren“, DVBl. 1975, S. 130 ff.
- (8) 従来行政裁判所は、もっぱらこの機能を第三者の参加をともなう行政手続にみとめてきたが、最近少し変化が良えてきたようである。Vgl. K. Redeker, „Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung“, in: BVerwG-FS, S. 511 ff [519 ff]; ders., NJW 1980, S. 1593 ff [1594].
- (9) U. Mutschler, ET 1980, S. 164 ff [167 ff].
- (10) 行政裁判所法八〇条一項により取消訴訟の提起は停止効をも

つ。二項四号により処分行は即時執行命令を発することができ。五項は、申立により本案の裁判所は停止効を回復できる旨定めている。

- (11) 金沢良雄編『日独比較原字力法』(第一法規一九八〇年)六一頁。
- (12) A. Weber, DöV 1980, S. 397 ff [404].
- (13) 金沢編前掲書六一頁。
- (14) BVerfG, Beschl. v. 20.12. 1979, NJW 1980, S. 759 ff [762].
- (15) R. Stober, AöR Bd. 106 (1981), S. 52.
- (16) U. Mutschler, a.a.O., S. 172; R. Stober, a.a.O., S. 61.
- (17) U. Mutschler, a.a.O., S. 167.
- (18) R. Stober, a.a.O., S. 52.
- (19) A.a.O., S. 53 以下した作用をフィルター作用と呼んでいる。
- (20) Beteiligung, Partizipation を参加と訳すことに異論はないものと思われる。Vgl. F. O. Kopp, a.a.O., S. 387 Anm. 1 手続への Teilhabe を参加の意味で用いるものに次のものがある。K. Redeker, „Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung“, in: BVerwG-FS, S. 511 ff; ders., NJW 1980, S. 1593 ff; F. Ossenbühl, „Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts“, DöV 1981, S. 1 ff [6].
- (21) F. O. Kopp, a.a.O., S. 403; K. Redeker, a.a.O., S. 1598.
- (22) K. Redeker, „Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung“, in: BVerwG-FS, S. 525.

- (23) Hellmut Wagner, „Schadensvorsorge bei der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen“, DöV 1980, S. 269.
- (24) A.a.O., S. 271 f.; F. Ossenbühl, „Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung“, DöV 1980, S. 545 ff. [551].
- (25) U. Mutschler, a.a.O., S. 167.
- (26) R. Stober, a.a.O., S. 55, 59 f. 本文のようこのへるからといって手続への参加を住民と行政との共同決定と考えているのではない (a.a.O., S. 60)。なお「基本権は国家的意思形成における (部分的) 共同決定権を意味するような手続的 Teilhabeを生んだり正統化したりしない」「原子力法上の許可手続は…合意獲得 (Konsensbeschaffung) のための手続ではない。それどころか合意生産 (Konsensherstellung) は政治の仕事である」と断言するものに F. Ossenbühl, DöV 1981, S. 6 がある。しかし、オッセンブühlは「結局個人の地位は国民投票的協力権 (plebiszitäres Mitwirkungsrecht) に変化している。それは; 原子力許可手続を実際上、行政庁と被侵害者間の準共同管理 (Quasi-Kondominium) に服がしめている」ことを認めている (a.a.O., S. 7)。
- (27) E. Schmidt-Altmann, „Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung“, in: BVerwG-FS, S. 569 ff. など多数の文献が最近発表されている (第二節参照)。なお、最終確定決定があるまでは出訴をみとめない傾向をもつ抑制的権利保護 (repressive Rechtsschutz) としての裁判は、こうした多段階手続にはふさわしくないとする文

献 von F. Ossenbühl, „Regelungsgehalt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im Atomrecht“, NJW 1980, S. 1353 ff. [356] がある。

二 多段階行政手続

(1) 沿革

予備決定 (Vorbescheid) 部分許可 (Teilgenehmigung) は、建築許可に関するプロイセン高等行政裁判所の判決に始まり、ラントの建築令 (Baordnung) に組み込まれた。また、営業法の分野においても長らく実務では行なわれていた⁽⁴⁾。

一九五九年一月二三日制定の原子力法七条三項は、施設の許可につき営業法の許可手続にならうべきことを規定した。これをうけて一九六〇年五月二〇日に制定された原子力施設令は、その一条三項に部分許可を取り入れた⁽⁵⁾。

予備決定を採用する営業法上の許可実務が許されることを、紙バ Lup工場 (Sulfazellstoffabrik) の立地点に関する予備決定が争われた事件において、一九六六年三月二十九日連邦行政裁判所第一部の判決が確認している⁽⁶⁾。すなわち「許可行政庁は呼出人 (許可申請人のこと) 筆者注) の求めに応じて予備決定により、こうした種類の施設が予定された工場敷地上に建設されてもよいものかどうか、あるいは、重大な危険から公衆を保護するために建設に必要な許可は

拒絶されるべきか否か、ということのみを決定するのを法律上禁止されていない⁽⁷⁾とした。さらに判決は、行政庁は目的に応じた手続を形成できること、予備決定は一定の事項に関し後続の許可を先取りしていること、状況が変わらなかり後続の決定に際し、申請にかかる点につき自らなした肯定的予備決定(positiver Vorbescheid)に行政庁が拘束されること、などをのべた⁽⁸⁾のち、予備決定の要件として施設の建設と運転にあたって周囲に対して生じる有害な影響が、一定の措置によって十分確実に取り除かれることをあげている⁽⁹⁾。この要件が満たされているかぎり、許可の前提にあるいくつかの問題について予備決定をなすことには、何の疑いもないことを判決は確認しているのである。

右の判決にしたがって第二次原子力法改正が一九六九年になされ、予備決定が正式に七a条に制度化されたのである⁽¹⁰⁾。

こうした経緯ののち、現行原子力法は予備決定をそのまま七a条に、部分許可・予備決定に不可争性(Uanfechbarkeit)が生じた場合の異議排除を七b条にそれぞれ規定し、また、現行原子力法手続令は部分許可に関し一八条を、予備決定に関しては一九条をそれぞれ設けており、さらに、時期に遅れた異議の排除を七条一項に定めている。こうした多段階行政手続と、その合い間には含まれた異議排除とは、いったい何を目的としているのだろうか。

(2) 多段階行政手続の目的

営業法上の許可に関する実務が許可手続を分節化した要因を、先に引用した一九六六年の連邦行政裁判所判決やそれ以後の資料、学説⁽¹¹⁾から拾い上げるならば、大体次の三つに要約できるように思われる。第一は、巨大施設への投資を、許可の拒否や取消しによって生じる損失から保護すべし、とするものである(資本的要因)。第二は、施設建設中にも日進月歩の発展をとげる科学技術に迅速に対応すべし、とするものである(時間的要因)。第三は、手続の対象が、行政庁と相手方のみという単純な二面構造を許さない環境問題にかかわるものであるばかりか、科学技術上の問題、国家の基本的政策問題にまでかわるものであるため、手続全体が複雑で見通すことの困難なものとなっており、適切な行政決定をなし、また、国民の権利を有効に保護するためには、決定手続全体を適確・迅速に処理することが特に要請されることになる(実体的要因)。

以上の要因を順に確認、検討することにする。

① 資本的要因(予備決定の立法目的)

立法資料によれば「予備決定は、許可手続をたんに一部分許可におけるように一節化するだけでなく、それ以上に手続上の二・三の問題を本質的に先取りして拘束力をもって決定し、それによって原子力施設の計画化(Planung)に際しての投資の危険(Investi-

tonsrisiko)を少なくすることを可能にする」というふうに、一九六六年三月二十九日連邦行政裁判所判決を引用しつつ、予備決定の投資保護という目的と、その拘束力についてはっきりとした見解が示されている。

右の判決は、立地点に関する予備決定と施設の許可とに分けて、行政庁に判断してもらうことにつき許可申請人が有する利益として、施設に関する申請内容の不備を理由に予備決定申請をやり直し、余計な費用をかける必要がなくなることで、施設建設の許可申請を予備決定の申請よりも先にのぼすことによって施設の建設をより新しい技術に適合させることができることをあげている。⁽¹⁸⁾ 時間的要因についても判決は触れているのである。

けれども、こうした取扱いによって施設計画に関する申請内容がおおまかなものになるため、申請に応じたなされる公告(Bekanntmachung)からは不十分な情報しか得られず、公告の名宛人である第三者・住民が不利になるのではないか、という疑いが生じることになる。実際に本件の控訴審裁判所は、公告に記載されていた「紙バルブ工場」という言葉から、紙バルブ生産に不可欠な化学工場と石灰焼がま(Kalkofen)が設置されることも理解できるのは専門家だけである、として、第一審判決と予備決定を取消したのであった。⁽¹⁹⁾ この点につき連邦行政裁判所は、本件の原告は工場操業により生じ

るさまざまな影響を十分承知しており、原告に対する関係では控訴審の立場を採用することはできないとした。⁽²⁰⁾ しかし、予定地上に、周囲への危険のない工場をつくることは技術的に可能かという根本的問いに、本件予備決定の中にとり込まれた諸条件(Bedingungen)が十分答えているといえるかにつき審理を尽くさせるため、原審に事件を差し戻したのである。⁽²¹⁾ なお、予備決定の段階で早くも第三者に異議申立をする機会が生じる点を判決が指摘していることに注意すべきである。

以上のように本件連邦行政裁判所は、予備決定の許容性を原則的に肯定したものと見えるが、その際、第三者との関係をも配慮した慎重な態度をとったと評することができるように思われる。そして、本件判決内容は一九七二年三月一日連邦行政裁判所第一部判決⁽²²⁾に受け継がれたのである。

② 時間的要因

一九六六年の連邦行政裁判所判決も、技術の進歩に施設の建設を対応させることが許可申請人にとってプラスであることをすでに指摘していたけれども、科学技術の発展を施設建設の中に取り込むことは公害防止設備などの質的向上をも意味するから、第三者住民にとっても有利に作用することになる。⁽²⁵⁾

③ 実体的要因

現在、原子力施設の設置、運転にあたっては原子力法上の許可のほか、水法上の許可、建設法上の許可などが必要とされており、その数は二〇〜三〇に及んでいる⁽²⁶⁾。設置、運転の許可を出すのはラントの所管庁であるが、許可手続全体では実に多くの連邦とランドの関係行政庁が関与しているのであり、科学技術上の問題が不可避に生ずるため、勧告・鑑定を発する専門家グループがこれに加わるのである⁽²⁷⁾。したがって、手続全体が質的、量的に極めて高度かつ複雑なものとなるのであって、一回きりの全体許可 (Vollgenehmigung) をもってしては律し切れないのである。すなわち、全体をいくつもの段階に分離することにより、巨大な対象を制御可能なものとし、ひとつひとつの段階の明確さを保障しようというのが、多段階手続の実体的要因であり目的そのものでもあるといえよう⁽²⁸⁾。

しかし、ひとつの段階の明確さが保障されることと、それ以後の最終段階に至る手続までもが明確になることとは、同時に実現することの困難なものである。それを望むことは多段階手続の諸要因を無視することを意味するように思う。なるほど、施設の建設・運転に関する申請内容が不明確であれば、事業計画に対して考えられる反対・異議がそれだけ程度の低いものになり、第三者・住民の参加 (異議申立) は空虚なものになってしまいう危険がある⁽²⁹⁾。けれども、立法者は原子力法七条二項三号に「科学および技術の水準」に照応

した安全対策を要求しているのであり、この許可要件は開発促進目的に優先する保護目的⁽³⁰⁾を、そのつど (jeweis) できるかぎり実現することに手を貸してくれる動態的基本権保護 (dynamischer Grundrechtsschutz) に役立ってもいるのである⁽³¹⁾。

したがって、ここで重要なことは異議申立 (参加) の有効性に直接関係する「明確さ」の程度と、そのつどの科学技術の水準に安全対策を照応させるといふ意味での動態的基本権保護に役立つ「そのつど、性」の程度との、つり合いのとれた結びつきであって、全体許可への回帰——それは「明確さ」を完全に保障する——といった、どちらか一方への退行ではない、といわなければならない。住民参加の過度の強調はかえって、基本権にとって不利益を招くことになりかねないのである⁽³²⁾。

(3) 多段階行政手続が機能するための前提

① 複雑な手続全体を分節化することにより、巨大な対象を行政にとって制御可能なものとし、第三者住民の異議申立 (参加) と資本の側の投資とを保護するために、そのつどの段階の明確さを確保することが多段階行政手続の目的であるとしても、そのためには後段に対する前段の「拘束力」と、そのつどの段階の「確定性」とが前提されなければならないであろう⁽³³⁾。このふたつが前提されてはじめて前段という基礎のうえに後段を着実に積み上げてゆくことができ

る。たとえば、前段が立地点に関する予備決定である場合、後段の部分許可によって予定立地点を変更することは手続全体の空中分解を招くであろうし、段階ごとの確定性の要請にも反するであろう。そういう部分許可は違法であり取消されるのでなければならぬ。逆に、立地点の取消しを求める場合には立地点を決定した予備決定のみが攻撃されうるのであって、後続する部分許可ではない。

以下では多段階手続が機能するためのかなめともいべき「拘束力」の問題をとりあげることとし、異議排除およびその効力としての訴訟排除効が「確定性」の獲得を目的としていることと、原子力法におけるその仕組みとを項を改めて検討することにする。⁽³⁵⁾

②許可行政庁との関係において、予備決定や先行する部分許可に後続の部分許可に対する拘束力をみとめることには次のような目的がある。⁽³⁷⁾

まずなによりも、多段階行政手続がバラバラにならないようにすることである。すなわち、多段階行政手続は、全体決定(Gesamtentscheidung)が段階的な具体化のプロセスの中に収まるときにのみ十分な意味をもち、体系斉合的(systemgerecht)なのであり、⁽³⁸⁾部分決定(許可)は全体の手続を合理化する手段として、枠にそった(Vahmenartig)拘束力を手にすることができるときにのみ、その意味を獲得するのである。⁽³⁹⁾

また、拘束力をみとめることは第三者住民に訴訟・異議申立による早期の権利保護を保障する意味をも持つのである。⁽⁴⁰⁾ たとえば、一九六六年の連邦行政裁判所が確認したように、予備決定は二・三の許可要件もしくは立地点に関する最終的決定(definitive Entscheidung)を含む一方で、全体施設の許可に関し原則的承諾(Grundsätzliche Zusage)をも含んでいる。⁽⁴¹⁾ この承諾は施設の運転から生ずる危険に対する対策がその時点で十分な申請に予備決定を与えてを前提としている。危険対策の不十分な申請に予備決定を与えてはならない(原子力法手続令一九条五項)。⁽⁴²⁾

右の場合において、もし前者の最終的決定にのみ拘束力をみとめ、後者の原則的承諾にはみとめないとすると、第三者住民は最も関心の深い事項すなわち施設の運転から生ずるかもしれない危険に対して十分な対策がなされていないということを違法事由にして、予備決定の取消しを求めることはできないであろう。なぜなら、危険対策につき拘束力のある決定を下すのは将来の運転許可だからである、ということになってしまう。⁽⁴³⁾ また、立地点上に予定されている施設の運転は安全について十分な対策がなされていない、という理由で施設完成後になって運転許可を許可行政庁が拒否できるとしたら、莫大な費用をかけて建設した原子力発電所施設が無駄になってしまうであろう。⁽⁴⁴⁾

原則的承諾に許可行政庁との関係で拘束力を認めないことから成立した以上の考えは、右のように批判されるほか、「施設は運転されるためにのみ建設される。」「許可行政庁は施設建設の許可に関する決定において、施設の運転から生ずる影響を審査しなければならぬ。同じことは予備決定にもあてはまる。」「運転により生ずる危険を考慮しないような予備決定は許可申請人にとって無意味である」として、運転許可ではなく建設許可（立地点を含む。予備決定は利用されず。）の段階で早くも訴えの提起をみとめた、一九七二年の連邦行政裁判所判決にも反している。

したがって、予備決定に含まれる、全体施設の運転から危険は生じない、という原則的承諾にも拘束力はみとめられるべきなのである⁽⁴⁶⁾。同じことは予備決定の申請がない場合の第一分許可にもあてはまる⁽⁴⁷⁾。こうした拘束力の承認が多段階行政手続の目的を表現させてくれるのである。けれども、拘束力を問う意味があるのは予備決定や第一分許可の内容が公衆に曝された公告資料の内容に限定され、その中で確定される場合のみである。

(4) 異議排除の仕組み

先述したような（四五八頁以下）目的を有する多段階行政手続たる原子力許可手続がその機能を発揮するためには、後段に対する枠としての「拘束力」⁽⁴⁸⁾のほか、明確な内容をもったそのつどの「確

定性」が必要である。たとえば、ひとたびなされた部分決定が、異議申立期間中に提出され得たにもかかわらず、提出されなかった事実にもとづいて、あとになって取消されうるのならば、それは企業投資がいわば不意打ち的に害されることを意味する⁽⁴⁹⁾。また、決定が容易に拡大・変更されるならば、再度の公告と異議申立⁽⁵⁰⁾がなされないかぎり、手続全体が不安定・不明確となって見通すことの困難なものとなるが、それは第三者との関係で「有効な権利保護」の要請に反するばかりか、手続の透明さによって確保されうる行政の「民主化」の要請にも反している。原子力法七b条による異議排除は立法目的からしてすでに、この「確定性」を企業の利益のために維持することを目指している⁽⁵²⁾。しかし、「確定性」は同時に第三者住民の利益にもなるのである。

以下では原子力法七b条による異議排除と原子力法手続令七条一項二文によるそれを合わせて、異議排除の仕組みを検討することにする。

①二つの規定が異議の排除を規律している。ひとつは、従来の議論が対象としていた旧原子力施設令三条一項を受け継ぐ原子力法手続令七条一項二文であり、「特別の私法上の権原にもとづかない異議の申立は、すべて、縦覧期間の満了とともに排除される」とする。他のひとつは、「部分許可もしくは予備決定において七条もしくは

七b条による申請に関して決定がなされ、この決定に不可争力が生じた場合に限り、以後の施設許可手続においては、すでに提出されたかもしくは閲覧に供せられた資料、もしくは閲覧に供せられた決定により、第三者が提出することのできた事実にもとづいては、この第三者は異議申立をすることができない」とする原子力法七b条の規定である。

ヴォルフラム、ホフマン、ウレは両者の関係について検討を加えていないが、それは彼らが基本的にツックの見解にしたがって、異議排除に訴訟排除効をみとめることはそもそも許されるべきでない、と考えたからであろう。しかし、彼らと結論を同じくするパピールは、「異議申立」の概念内容に立ち入った際、両者の関係に言及しており、そのためもあつてか、訴訟排除効をみとめることによって生ずる国民の権利保護の制限と、異議排除によって得られる手続の集中、促進、相手方の利益とを総合的に比較衡量するなど、手続排除効説の中にあつて最も詳しいものとなつて⁽⁵⁷⁾いる。

パピールと同時にイブセンが両者の関係について、立法史を踏まえながら初めて体系的な検討を加えた⁽⁵⁵⁾。彼以後、ムッチェラー⁽⁵⁶⁾、レンゲリング^(H.-W. Rengeling)⁽⁵⁷⁾もまた、二つの規律の体系的理解から議論を始めるようになった。こうした体系的理解の出発点は二つの異議排除規律の根拠である。イブセンらの考えはほぼ共通し

ているように思われる。

まず、原子力法手続令(旧原子力施設令も同じ)の排除は「失権思想(Verwirkungsgedanken)」にもとづく⁽⁵⁸⁾としたり、あるいは、もし、異議申立手続においてひとこともべなかつたような第三者がそれにもかかわらず、発せられた許可を取消せるとしたら、自己の行為に反してはならない(Verbot des venire contra factum pro-⁽⁵⁹⁾rium)という要請に反する、として⁽⁶⁰⁾いる。

次に、原子力法七b条による排除が「存続効思想(Gedanken der Bestandskraft)」にもとづくものであることは彼らの主張をまづまでもなくみとめられるであろう。つまり「取消され得なくなった決定によって処理されたものは、それ以後もひっきりなしに、行政手続と行政訴訟の対象にされ得てはならない」というものである⁽⁶⁰⁾。

原子力法七b条の根拠は右に見たとおりであるとしても、手続令七条一項二文の根拠にはさらに次のような視点が付け加えられている。すなわち「手続令による異議排除には企業のために次のような重要な機能がある。つまり、討論期日の終了において計画の遂行が第三の側面からのどういう危険を背負っているかを、はっきりと知ることができるという機能である。つまり、手続令のこの段階で異議を申立てなかつた者が排除される一方で、そのつど異議を申立てたすべての者が、潜在的な後日の原告なのである。プロジェクト遂行

者は、異議申立人の主張内容にもついで、いつまでも残ってはいらるがしかし今や具体化された手続の危険を評価することにより、技術的、経済的に事業を実現できる状況に自分は在るかどうかを討論期日終了後に決断する機会をもつのである。⁽⁶¹⁾

②二つの異議排除に関する規律が相互にどういふ関係でその機能を果たしているのかは、具体的には「全体許可手続のどの段階に対して、原子力施設令三条一項もしくは原子力法手続令七条による排除は及ぶのか」といふ問題として議論されている。次の二つの見解が対立している。ひとつは、原子力法手続令七条は討論期日終了後に下される第一分決定の不可争性のみを保障し、その後の部分決定についてはもっぱら原子力法七b条による、とするイブセンらの見解である。⁽⁶²⁾他のひとつは、ムッチュラー、レンゲリングの見解であり「はじめての、そしてふつう唯一の公衆の参加に際して手続の中で異議を申立てなかった者は、第一分決定のみならず後統の部分決定に対しても排除されている」といふものである。⁽⁶⁴⁾

両者の違いをはっきりさせるため、まず原子力法七b条がなかったとした場合の立論を比較してみると次のようになる。初めにイブセンらのように手続令七条の排除の効力を第一分決定にのみ限定すると、ひとたび排除された人も第二分決定に対して排除された異議を再び提出することができ、排除されなかった人も、この一度

は排除された異議を提出することができる。⁽⁶⁵⁾これに対して、ムッチュラーらの見解にもつくと、ひとたび排除された人は後統の手続からもおよそすべて排除される。排除されなかった人が一度は排除された異議をも提出できるのはイブセンらの考えと同じである。

次に、原子力法七b条による排除を合せて考える。まず、第一分決定に不可争力が生じた場合では、イブセン説により排除されるのは、ひとたび排除された異議がもついでいた事実と異議申立手続に提出されたかもししくはされ得た事実である。これに対して、ムッチュラー説によれば、イブセン説により排除されることになる事実のほか、異議を申立てなかった人も排除される。そして、不可争力が生じる前に第二分決定が下された場合では、イブセン説によると、第二分決定に対してだれもがなんでも提出できるといふことになるが、ムッチュラー説によると、ひとたび排除された人はこどもでも排除されることになる。

結局、両説の違いは、異議を申立てなかった者が一方では第一分決定をのぞいて、その後の手続から排除されることがないのに対し、他方ではおよそ全ての手続から排除される、という点にあることがわかる。

ところで、もし、先に引用したイブセンの「自己の行為に反してはならない」ということが「失権思想」と同種のものであると考え

ることが許されるならば、原子力法手続令七条は討論期日終了後下される第一分決定に関してのみ排除を規律し、その後の部分決定に関しては原子力法七b条が規律するというイブセンらの見解は間違っているように思われる。なぜなら「原子力施設令三条一項（現行原子力法手続令七条一項）の規律は失権思想にもとづいており、

（原子力法七b条がもとづく）存続効の作用を超えることができるからである」⁽⁶⁶⁾。さらに、原子力法七b条は部分決定のシステムを利用して実務を考慮して、すでに機能していた原子力施設令三条一項よりもあとになって導入されたのであるが、施設令は実体法の構造であるところのひとつの許可が施設の設定・運転を規律するという構造に対応していたのであり、したがって施設令による排除は全体許可に通用するはずだからである。そして、政府理由書（amtliche Begründung）によれば、原子力法七b条の導入により許可申請人の法的地位（Rechtsstellung）は低下するのではなく向上するはずだからである⁽⁶⁷⁾。

以上の検討から、原子力法手続令七条一項と原子力法七b条とによって次のような排除が規律されているものと考ええる。つまり、第一分決定手続に参加しなかった者は以後のあらゆる手続と訴訟から排除される。決定手続に参加した者は以後も排除されない。しかし、第一分決定に不可争力が生じた場合には、決定手続で処理さ

れたかもしくは処理され得た事実にもとづいては異議を提出することができない。そして、不可争力が生じる前に第二分決定が下されたり、手続に参加した者が第一分決定に対して取消訴訟を提起したような場合には、あらゆる事実にもとづいてこの第二分決定を争うことができる。

なお、排除される事実の範囲は縦覧に供せられた全ての資料の中で示された事実及び、それに限られる⁽⁶⁸⁾。許可決定書が手続令七条により閲覧に供せられることから、もし、決定理由中に資料にあった事実以外のものが含まれていたならば、原子力法七b条の排除はこれらの事実にまで拡大するというイブセンの主張には同意できない。なぜなら、そういう決定は住民参加を定めた手続制度の趣旨に反すると思われる、再度の手続が行なわれるべき場合だからである。さらに、手続令一七条三項にもとづいて許可決定書とその理由書とを要求できる者は、異議申立期間中に異議を提出した者に限られるのであるから、イブセンの主張によると、許可申請資料にもとづいて最初異議を申立てなかった者にとって、下された許可内容が予想し得なかった範囲にまで及んでいるということが起こり得るからである。したがって、右の場合にはかつて排除された者にも異議申立権がみとめられるべきである。すなわち、再度の手続が開始されるべきである。

さらに、異議申立期間後に生じた新しい事実にもとづく異議も排除されない⁽⁷⁰⁾。さもなければ、第三者住民は不可能を強いられるからである。

また、許可の内容が縦覧に供せられた資料よりも狭い事実にもとづく場合には、許可が規律する内容以上の排除が資料を限界として生じる⁽⁷¹⁾。

③以上の論点のほかに「異議申立 (Einwendung)」概念の問題や、許可行政庁の職権探知義務、裁判所の職権探知主義 (Untersuchungsgrundsatz)⁽⁷²⁾と異議排除の範囲との関係という問題が論じられている。

(1) パピールは „Einwendung“ が、元来私法上の概念であることの確認から議論を出発させ、まず、異議が第三者の主観的防禦権 (subjektive Abwehrrechte Dritter)⁽⁷³⁾を意味しており、公法上のものと私法上のものとを含むとする⁽⁷⁴⁾。しかし、それでは異議申立権限が訴訟法上の取消権限と一致してしまから、それらに限られないとして、行政手続法二四条一項二文の「関与人の主張および証拠申出 (Vorbringen und Beweisanträge von Beteiligten)」をも含めて考えている。結論として、原子力法手続令による排除の対象を特別な私法上の権原にもとづかないような主観的防禦権と理解し、事実に関する主張ではないとしている。その理由として原子力法七b

条を指摘しつつ「法律が „権利排除 (Rechtsinklusion)“ ではなく、事実に関する主張の排除を考えているところでは、異なったはっきりした文言によりこの排除をなしている」ことをあげている。

結局、原子力法手続令七条一項の「排除効は直接 „事実に関する主張 (tatsächliches Vorbringen)“ にかかわるのではなく、その性質は請求権の無効もしくは権利阻止 (Anspruchsverrichtung oder Rechtsinderung)⁽⁷⁵⁾である」というのである。

これに対してムッチュラーは「特別な私法上の権原にもとづく異議⁽⁷⁶⁾が、原子力法手続令七条一項二文に用いられていることから、異議という言葉により実体的防禦権のみが考えられるというパピールの指摘はおかしい。なぜなら、主張される権利というものは、あらゆる点で法的事実として事実主張の中にくくめることができる (ein behauptetes Recht durchaus als Rechtsatsache in eine Tatsachenbehauptung einzugehen vermag) からであり、そういう権利はちょうど民事訴訟の申立 (Vortrag) の中で、所有者であるという主張に関し、契約の締結があったというのと同じなのである」と反論している⁽⁷⁶⁾。すなわち、ムッチュラーによれば、異議申立は事実の申立以外のなものでもない (Einwendungshebung nichts anderes als den Vortrag von Tatsachen)⁽⁷⁷⁾。また、原子力法七b条と手続令七条一項との文言の違いは、二つの排除規範の

適用領域の違いから正当化されるという。つまり、手続令七条一項は、異議を申立てなかった者にかかわるのに対して、原子力法七b条は事実の主張にかかわっている、というのである⁽⁷⁶⁾。

この対立に対し、連邦行政裁判所は「異議は、申請された事業計画の妨害もしくは、修正を目的としたザッハリッヒな反対の主張(sachliches…Gegenvorbringen)である」とし⁽⁷⁷⁾、さらに、防禦請求(Abwehrenspruch)自体が排除されると考えるか、それとも、その主張に必要な事実の申立だけが排除されると考えるかは、なんの違いもない。ひょっとすると第一の場合にはAnspruchsverzichtungを、第二の場合にはanspruchslähmende Wirkungを語ることができるとも⁽⁷⁸⁾しれないが、この区別は実際の結果にとつては同じである、⁽⁷⁷⁾としてゐる。

(イ)異議排除と職権探知義務との関係については、なるほどペビールの言う通り、行政庁はつねに公益のためにあらゆる事情を考慮しなければならぬ⁽⁷⁸⁾けれども、ひとたび原子力法手続令(原子力施設令)によって排除された者は、行政庁に対してなんの請求権も持ち得ないし、ひとたび原子力法七b条によって排除された事実にもとづくような異議を考慮せよという請求権を、第三者は持っていないのである。連邦行政裁判所もまた、原子力施設令三条一項による排除につき「そういう制限は、立法者により考えられた利益調整

(Interessenausgleich)を台無しにする。」⁽⁷⁹⁾というのは、まず、建設者／運転者と潜在的に侵益される第三者との間の法関係にとつて、それは法的不安定の要素になり、そして、許可手続における全ての参加者のために、職権によってはおそらくわからないような第三者の地位を、行政庁はどこまで考慮しなくてはならないかについて争いが生じないように、計画事業により彼の保護された法益(geschützte Rechtsgüter)が危険にさらされることを、第三者は引き合いに出すべきであるから、⁽⁸⁰⁾というのである。

(ロ)同じく職権探知主義についても、裁判所が職権によってひとたび排除された事実をも考慮することができるとするのは、立法者の意図に反するだけでなく、多段階行政手続がそのつどの段階の明確さと安定とを確保するためには異議排除が不可欠である、⁽⁸⁰⁾ということを見逃して⁽⁸⁰⁾いる。さらに、行政と司法との役割分担という視点のもとでシュトーパーは、権利保護(Rechtsschutz)は行政決定の法適合性(Rechtmäßigkeit)を行政庁みずから審査できる時にのみ有効に保障されるとの見地から、次のようにのべている。基本法一九条四項は権利保護のみを保証しようとしている。この規定は行政庁によってなお評価されていない事実の、裁判所による第一回目の審理を可能にしようとしているのではなく、再審理のみを保障しようとしているのだ。もし、行政庁が異議を討論しなかつたのであれ

ば、裁判所はその異議の申立が期間を徒過したものでどうかのみを審理すべきである⁽⁸⁴⁾、と。

④以上の検討によって、以下のことが確認され得たものと思われる。

⑦原子力法上の許可手続が定める異議排除の効力をめぐって、訴訟排除効説と手続排除効説との対立があるけれども、手続排除効説は理論的な根拠にもとづくものというよりもむしろ制度の実態に対する消極的評価にもとづくものといえる。十分な理論的根拠をもって訴訟排除効説に反対する学説はない。

⑧訴訟排除効説がほぼ一様にその根拠として引き合いに出す多段階行政手続には、これを採用するにつき相当の合理性がみとめられる。それは、そのつどの科学技術の水準を取り入れることによって公衆と環境への侵害を回避することのできる行政と、投資の危険を初期の段階で回避しうる企業に役立つのみでなく、行政庁による危険回避措置の継続を通じて第三者の安全と利益の保障にも役立つ。なお、原子力の平和利用については立法者の決断があり、原子力利用の合憲性は連邦憲法裁判所の二つの決定によって確認されている⁽⁸⁵⁾。

⑨多段階行政手続が機能するには訴訟排除効が不可欠である。

ところで、利害者参加手続である計画確定手続とは異なり、原子

力法の許可手続は民衆参加手続であり、だれもが何かひと言口をはさむことのできる手続である。こういう手続が導入された原因としては次のように二つのものがあると思われる。

ひとつは、原子力発電所の許可に対して原告適格を有する者の範囲が広大で不明確であることによるものである。理論的には周囲三〇〇キロまでの者に原告適格がみとめられるべきであるとすれば、原告適格をもつ者は無数である。したがって、原子力発電所の建設者／運転者そしてエネルギー政策の政治責任を背負わされる行政としては、許可決定をこうした不安定の中に置くという危険を避けるために予め取消権者の範囲と、その取消事由になり得るものを知り、これらに対処することが必要となったのだ、と思われる。

他のひとつは、国民にとつて、それに影響を与えることもできず、それをほとんど避けることもできないような、原子力施設の許可に結びついている危険のゆえに、国家には基本法二条二項と一四条で保障されている法益に対し特別の保護義務が生じているのであり、国家はこの保護義務を、実体法と手続法上の諸要件に原子力の平和利用をよらしめるといふ許可制によって守っている⁽⁸⁷⁾、ということである。そして、この許可規制は連邦憲法裁判所によって「危険にさらされる第三者を保護するのに全くふさわしい手段である⁽⁸⁸⁾」ことが確認されているのである。

以上で異議排除の効力に関する検討を終える。

さて、異議排除に関する議論の中で行政手続への住民参加というテーマにとつて興味深い指摘がレーデカーによってなされた。簡單ではあるが節を改めてこれを紹介することとする。

- (1) 沿革に関しては主にこの次の諸論文とその他で引用されている文献を参照した。E. Schmidt-Abmann, „Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung“, in: BVerwG-FS, S. 569 ff [574]; A. Weber, „Vorbescheid und Teilgenehmigung im Atomrecht“, DöV 1980, S. 397; P. Selmer, L.S.=Osterloh, „Der Vorbescheid im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren“, JuS 1981, S. 393.
- (2) Pr. OVG 104, 206 ff [208 ff] (未見) これを引用するものは BVerwGE 24, 23 ff [28]; E. Schmidt-Abmann, a.a.O., S. 574, Anm. 17; P. Selmer, L.S.=Osterloh, a.a.O., S. 393, Anm. 4.
- (3) §§ 92, 93 Bay. BauO.; § 97 Hbg. BauO. など。Vgl. P. Selmer, L.S.=Osterloh, a.a.O., S. 393, Anm. 9; A. Weber, a.a.O., S. 397, Anm. 1.
- (4) E. Schmidt-Abmann, a.a.O., S. 574; A. Weber, a.a.O., S. 397; P. Selmer, L.S.=Osterloh, a.a.O., S. 393.
- (5) 「もしあつて施設の建設のみについて許可申請がなされるか、もしくは申請が他の方法(部分許可の申請)で制限されている場合で、その他の要件が暫定申告(vorläufige Angaben)により充たされているならば、許可行政庁は申請の部分許可の対象についての最終(endgültige)申告をなすことを許すことができる。暫定申告は施設とその運転について暫定全体判断(Gesamtheitl.)を可能にするものでなければならぬ」
- (6) BVerwGE 24, 23 ff.
- (7) Aa.O., S. 26.
- (8) Aa.O., S. 27.
- (9) Aa.O., S. 27 f.
- (10) Vgl. BT-Dr. V/4071, S. 6 zu § 7 a AtomG.; sa. BT-Dr. VI/2868 = 7/179, S. 33 zu § 9 BImSchG.
- (11) 「7条による施設許可の賦与が前提とする二・三の問題とりわけ施設立地点の選択につき、申請にもとづいて予備決定をなすことができる」(一項一文)
- (12) 「部分許可もしくは予備決定において七条もしくは七a条による申請に関して決定がなされ、この決定に不可争力が生じた場合に限り、以後の施設許可手続においては、すでに提出されたかもししくは閲覧に供せられた資料、もしくは閲覧に供せられた決定により、第三者が提出するもののできた事実にもとづいては、この第三者は異議申立をすることができない」
- (13) 一項 「全体施設の建設と運転に関する許可要件が存在することであろうことと、正当な利益が部分許可の賦与に存在すること

とが暫定審査により判明するならば、申請にもとづき部分許可を賦与することができる」

二項 「一項に定める申請がなされた場合には、許可行政庁は申請資料の中の当該部分許可の対象に関してのみ、最終申告をなすことを許すことができる。そのほか、暫定審査にあたり全体施設の建設と運転に関する許可要件が存在するであろうかにつき、十分な判断 (ausreichendes Urteil) を可能にするような申告がなされるべきである」

- (14) 一項 「予備決定賦与の申請は、文書をもって事業 (Vorhaben) が実施されるラントの許可行政庁に提出される」

二項 「立地に関係のない申請については、許可行政庁はこの事業を官庁の公報、連邦公報ならびに適当な日刊紙に公告しなければならない」

五項 「一八条二項が準用される」

- (15) 参照、保木本一郎「西ドイツ原子力施設許可手続における住民参加」(『社会科学研究』三三巻三号一九八一年)一七四頁以下。
- (16) BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1972, DVBl. 1972, S. 678 ff [679]; J. Schwarze, „Restsfragen bei der Errichtung von Kernkraftwerken“, DöV 1973, S. 700 ff [703 f]; R. Breuer, „Wirksamere Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrechts?“, NJW 1978, S. 1558 ff [1565]; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 570 f; A. Weber, a.a.O., S. 397 ff; F. Ossenbühl, „Regelungsgehalt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im

Atomrecht“, NJW 1980, S. 1353 ff [1355, 1357]; P. Selmer, L.S.=Osterloh, a.a.O., S. 393 ff [394 f, 400, 402]; BT-Dr. V/4071, S. 6; BT-Dr. VI/2868 = 7/179, S. 33.

- (17) BT-Dr. V/4071, S. 6 zu § 7 a AtomG; s.a. BT-Dr. VI/2868 = 7/179, S. 33 zu § 9 BImSchG.

(18) BVerwGE 24, 23 ff [26].

(19) Vgl. a.a.O., S. 29.

(20) A.a.O., S. 29 f.

(21) A.a.O., S. 33 f.

(22) A.a.O., S. 28 f.

- (23) DVBl. 1972, S. 678 ff この判決は、原子力発電所施設の許可が争われた事件に対する初めての連邦行政裁判所の判決であり „Würgassen-Urteil“ と呼ばれている。この判決についてはすでに紹介がある。参照、連藤博也『計画行政法』(学陽書房一九七六年)二七六頁。

(24) BVerwGE 24, 23 ff [26].

(25) BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1972, DVBl. 1972, S. 678 ff [679].

(26) 金沢良雄編『日独比較原子力法』(第一法規一九八〇年)一三頁参照。

(27) 金沢鶴前掲一六頁図一および保木本前掲一五六頁以下参照。

(28) A. Weber, a.a.O., S. 397; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 570 ff. [584]; ders., VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff [243 ff]; s.a. Rainer Wahl, „Der Regelungsgehalt von Teilscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren“, DöV

1975, S. 373 ff [375].

- (62) F. Ossenbühl, „Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts“, DöV 1981, S. 1 ff [81]; 本稿四五頁参照。
- (63) BVerwG, DVBl. 1972, S. 678 ff [680]以下で確認された。この点でこの核研究の発展は結局保護目的に役立つという視点のもとであるが、場合によっては健康の保護に対して開発促進との関係で絶対的優位を与えられたに反対する者がある。Hellmut Wagner, „Schadensvorsorge bei der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen“, DöV 1980, S. 269 ff [275] f.
- (13) BVerfGE 49, 89 ff [137] の動態的基本権保護なるものが一般的スローガン以上の、どのような具体的内容を有するかについては、非常に残念であるが分らない。これを扱う論稿も事關にして知らなう。
- (22) F. Ossenbühl, aaO., S. 8.
- (33) Vgl. F. Ossenbühl, NJW 1980, S. 1353 ff [1355]; E. Schmidt-Altmann, „Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung“, in: BVerwG-FS, S. 569 ff [572 ff].
- (34) P. Selmer, L.S.=Osterloh, aaO., S. 400.
- (35) 制度の概観を与えつづけるため J. Ipsen, DVBl. 1980, S. 146 ff [148] がある。
- (36) 拘束力と確定性の問題を特に論じなければならぬのは、予備決定・立地点を含む第一部分許可に關してである。何がこれらによって確定したその拘束力はどこまで及ぶかは、しかし難

しい問題である。なお注46参照。

- (37) 第三者、申請人との関係でも問題になるものと考えるが、ここでは論じない。Vgl. F. Ossenbühl, aaO., S. 1353.
- (38) AaO., S. 1355.
- (39) E. Schmidt-Altmann, aaO., S. 578.
- (40) F. Ossenbühl, aaO., S. 1357; BVerwGE 24, 23 ff [28 ff] なら BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1972, DVBl. 1972, S. 678 ff [679] は、施設は運転せよとなす建設をよめ、よめて運転許可せよなく建設許可の段階での訴えをよめなすこと。
- (41) P. Selmer, L.S.=Osterloh, aaO., S. 395 第一部分許可に かつ F. Ossenbühl, aaO., S. 1353 ff.
- (42) 手続令一八条二項 (本節注13参照) を準用する。
- (43) BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1972, DVBl. 1972, S. 678 ff [679] における呼出人＝許可申請人の主張である。
- (44) F. Ossenbühl, aaO., S. 1357.
- (45) DVBl. 1972, S. 678 ff [679] の判決がもつ一般的な意義に かつ Ludw. Heigl, „Fragen des Umweltschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts“, in: BVerwG-FS, S. 261 ff [275 ff] 以下詳し。なら、多段階階行政決定における適時の裁判所による保護と、リテラトによって重要と思われる連邦憲法裁判所の決定が一九八〇年に二つ下された議論になりつつある。Vgl. E. Schmidt-Altmann, „Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz?“, DVBl. 1981, S. 334 ff.

- (46) 問題は拘束力の具体的内容・効果である。原則的承諾は施設運転の許可までは意味しない。Vgl. DVBl. 1972, S. 678 ff. [679] この点につき産業界から投資保護の確保等のために、という視点のもとで制度の改革が主張されている。参照、金沢編前掲四〇頁以下。危険は運転から生じないとする点以外の拘束力の強さ (Intensität) と範囲 (Weite) は、そうした原則的承諾ないし暫定肯定全体判断 (vorläufiges positives Gesamturteil) がそのよく基礎資料によつて決まる。Vgl. P. Selmer, L. S.=Osterloh, a.a.O., S. 397; F. Ossenbühl, a.a.O., S. 1358; s. a. ders., „Selbstbindungen der Verwaltung“, DVBl. 1981, S. 857 ff. [864].
- (47) F. Ossenbühl, NJW 1980, S. 1353 ff. [1357 ff.]
- (48) E. Schmidt-Abmann, a.a.O., S. 578.
- (49) U. Mutschler, FT 1980, S. 164 ff. [172].
- (50) 原子力法手続令四条二項は「申請にかかる施設につき、次の場合には公告と縦覧を省略することができる。一、以前すでに第一項ならびに第五条、六条の要件に対応する公告と縦覧が行なわれ、かつ、二、第三者の利害に対し重大でありうるような事情が再度の公告と縦覧によつて明らかにならないうであらう場合」と定め、また、原子力法七条一項は「核燃料の…分裂…のための固定型の施設を設置し、運転もしくはその他所持し、または、施設もしくはその運転を本質的に (wesentlich) 変更する者は許可を受けなければならない」と定めている。そこから「原子炉のどのような『変更』が、本質的であり、それゆゑ法七条一項の許可義務を負うのか」という問題と、「どういう要件により変更の許可は、手続令四条二項二号にいう公衆の参加の下でのみ与えられるのか」という問題が生じている。先のライオンラント・ブファルト高等行政裁判所の事案もまたこの問題と結びついている。重大な論点であり本稿とも深いところまで結びつくが指摘するにとどめる。なお、Vgl. F. Ossenbühl, „Änderungsgenehmigung und Öffentlichkeitsbeteiligung im Atomrecht“, DVBl. 1981, S. 65 ff.
- (51) 行政の民主的統制を考ふる際の視点につきを参照、遠藤博也「行政過程論の意義」〔北大法学論集〕二十七卷三・四号一九七七年) 二二七頁以下、二三九頁以下。
- (52) Bf.-Dr. V/4071, S. 6.
- (53) 原子力法手続令一七条二項により、異議申立人が三〇〇を超える時には全体の決定書の写しが二週間閲覧に供せられる。
- (54) H.-J. Papier, NJW 1980, S. 313 ff. [315 ff.]
- (55) J. Ipsen, DVBl. 1980, S. 146 ff.
- (56) U. Mutschler, a.a.O., S. 164 ff.
- (57) Hans-Werner Rengeling, „Perspektiven zur Zulässigkeit atomrechtlicher Anfechtungsklagen“, DVBl. 1981, S. 323 ff. [326 ff.]
- (58) A.a.O., S. 326; BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, NJW 1981, S. 359 ff. [360]; K. Redeker, NJW 1980, S. 1597.
- (59) J. Ipsen, a.a.O., S. 152.
- (60) A.a.O., S. 152; H.-W. Rengeling, a.a.O., S. 326, 328.

- (19) U. Mutschler, aaO., S. 172.
- (20) H.-W. Rengeling, aaO., S. 326.
- (21) J. Ipsen, aaO., S. 150; P. Selmer, I. S.-Osterloh, aaO., S. 401; BT-Dr. V/4072, S. 6.
- (22) H.-W. Rengeling, aaO., S. 326; U. Mutschler, aaO., S. 164 以下「タマホトローが引用する Dieter Sellner, Immissionschutzrecht und Industrieanlagen, (München, 1978), Rdnr. 411」は彼の説を支持するような見解はなからばかりか、同書 Rdnrn. 156, 278, 282 には「むしろイプセンの見解と同一の考えが示されている」。
- (23) J. Ipsen, aaO., S. 148.
- (24) H.-W. Rengeling, aaO., S. 327.
- (25) U. Mutschler, aaO., S. 166.
- (26) BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, aaO., S. 361 c, aa.
- (27) J. Ipsen, aaO., S. 152.
- (28) BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, aaO., S. 361 c, cc.
- (29) H.-W. Rengeling, aaO., S. 327.
- (30) Vgl. C. H. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., (München, 1978), S. 110 ff, 202 ff, 275 職権探知主義とは「行政裁判所法八六条一項がいうところの「裁判所は関与人 (Beteiligten) の証拠申出 (Beweisanträge) に拘束されることなく、職権によりて事実を調査する」ということを意味している」。
- (31) H.-J. Papier, NJW 1980, S. 313 ff [315]「この場合、公法

- 上のものとしては基本法一四条一項や行政実体法上の隣人保護規範から生ずる不作為請求権 (Unterlassungsansprüche) などを例としてあげており、私法上のものとしては第三者の妨害排除・準妨害排除の不作為・除去請求権 (negatorische und quasi-negatorische Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche Dritter) をあげている。私法上の請求権が生じる条文例として §§ 1004, 903, 907, 823 I, II BGB を示している。
- (32) AaO., S. 316.
- (33) AaO., S. 317.
- (34) U. Mutschler, aaO., S. 168; s. a. J. Ipsen, aaO., S. 151.
- (35) BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, aaO., S. 359 なお「本判決は異議申立の理由づけの程度についても言及しており「全くのノー、詳細に理由づけられていない抗議「簡単な通知」では足りない」としている (S. 359)」。並びに「申立人」に「彼のもとにある法益 (Rechtsgut) に関して「彼」よれば考慮されるべきものを「具体的な疑いにもとづいて手続の中に持ち込むこと」を要求している。したがって「健康被害にかかわる法益を一括して指定する者は「許可手続においても同じように一括した審査のみを期待し得るにすぎず (S. 361)」。業草栽培への影響について申立をした者は後になって、彼の土地の取引価値が計画事業によって侵害され「土地所有者としての彼に重大で回復し得ない損害を与え」ということを「もはや申立てることができなくなるとして (S. 361 f)。(同書 Bay. VGH Urt. v. 9. 4. 1979, ET

1979, S. 490 ff [494 ff] = D&V 1979, S. 801 [L.S.]。この理解にマンナーバーは反対している。「異議申立期間における利益の一括した命各で十分である必要がある。なぜなら、異議の具体化と法的評価 (Konkretisierung und rechtliche Würdigung der Einwendungen) とは、討論期に行われて初めてなし得るからである。」「許可行政庁は異議提出後、事実と異議の法的内容を最権により調査する義務を負う」のであるから、「自分の健康への危険しかのべられない者は、許可手続においても同様」、一括的審査しか期待できないという連邦行政裁判所の考えは実際上支持し得ず、また、望まれている利益調整として有害である」(R. Stober, A&R Bd. 106 (1981), S. 76) となっている。本件の原告は、「私は異議を提出する」とだけ通知 (mitteilen) していた。連邦行政裁判所は理由の最後でもう一度「たんなる „No.“ を考へることはできない」としている (S. 362)。実証された申付 (substanziierter Vortrag) を要求する学説として J. Ipsen, aa.O., S. 147; U. Mutschler, aa.O., S. 168⁷ 評述として VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 18. 12. 1975, D&V 1976, S. 679 ff [680]; Bay. VGH Urt. v. 9. 4. 1979, ET 1979, S. 490 ff [494]; Bay. VGH Zwischenurteil v. 9. 4. 1979, ET 1979, S. 583 ff [582] がある。反対の学説として H.-J. Papier, aa.O., S. 319, Anm. 75 評述として VG Freiburg, Urt. v. 8. 4. 1976, DVBl. 1976, S. 807 ff [809] がある。

(7) H.-J. Papier, aa.O., S. 317.

(2) Vgl. R. Stober, aa.O., S. 51 f.

(3) BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, aa.O., S. 360, 2. c.

(4) C. H. Ule, BB 1979, S. 1013.

(5) 許行政庁を二重の決定から解放する (Genehmigungsbeförderung von Doppelentscheidungen zu entlasten) ためマンナーバーと J. Ipsen, aa.O., S. 152⁷ 拘束力の視座に A. Weber, aa.O., S. 403⁷ 段階的権利保護の規定に E. Schmidt-Albmann, DVBl. 1981, S. 339.

(6) 多段階行政手続制度にあっては、異議排除が不可欠であるとしても、そのことによつて制限される国民の権利保護との関係では、現行の手続が訴訟排除効果をみとめることに對して十分な手当てをしてゐるか、という制度実態の評価が別に検討されなければならないが、筆者のなし得るところではない。参照、保木本前掲一九三頁以下、特に注 4。

(7) R. Stober, aa.O., S. 76.

(8) BVerfGE 49, 89 ff [124 ff]; BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 1979, NJW 1980, S. 759 ff [761] = BVerfGE 53, S. 30 ff [55 ff].

(9) 金沢編前掲五七頁以下参照。

(10) BVerwG, Urt. 17. 7. 1980, aa.O., S. 360, 3.

(11) BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 1979, NJW 1980, S. 759 ff [761] = BVerfGE 53, S. 30 ff [57].

三 参加責任もしくは協力責任

(1) ローデカーは、一九七九年二月二〇日連邦憲法裁判所第一部

の決定⁽¹⁾を取り上げる論稿の中で、従来批判的に検討されていた「Teilhaberecht」⁽²⁾が、実は広い範囲にわたって判例の中に定着していることを示している⁽³⁾。また、行政手続法制定と同時に新設された行政裁判所法四四 a 条に関して次のように言う。この規定の導入により「立法者は手続規定の意義を著しく相対化している。本条によれば手続の瑕疵はそれだけでは裁判所において攻撃され得ないし、法定手続の遵守は強制されるのではなく、手続の瑕疵はたんに後の本案判断に対する攻撃によってのみ、主張され得るのである。」しかし、「基本権的地位を内容に持つような手続規定の違反は、それだけで攻撃できなくてはならない (muss selbständig rügelähig sein)。行政裁判所法四四 a 条は根本において、手続規律は国民の固有の主観的権利を内容に持っていないという觀念に、なおもとづくものである。したがって、我々はこの規定を国民の権利に直接かかわりのないような手続規律にのみ関係していると解釈すべきであろう。」⁽³⁾

次に、レーデカーは異議排除の効力に関する議論を取り上げ、排除効は、たんなる手続規律ではない、ことを確認してから、一方で、「もし、手続への参加 (Beteiligung am Verfahren) を独立の、今まで以上に守られるべき被受益者の主観的権利としてみとめるならば」、他方で、権利や義務を拡大する手続規律は被受益者と結びつくかもしれない、また結びつかなければならぬことを看過できなくな

ろう。「彼の利益を、公の手により予定されている措置に対して主張する可能性を法秩序によって与えられている者、そしてこの場合に不可欠な権利、たとえば情報、文書閲覧、聴聞などの権利をもつ者は、これらの権利を利用しなければならぬ。なるほど、我々は義務 (Pflicht) から出発すべきではなからう。参加の可能性を利用するか否かは各人に任せられている。しかし、彼は参加を利用しない時には、損失 (Nachteil) を背負わねばならない。参加権に対応して参加責任 (Beteiligungslast) がある。これは、参加しなかった被受益者がこの参加から生じるものもの権利の全部もしくは一部を失うことがありうる、ということを意味している。これはそれ自体、異常なことではなく、黙秘もしくは失権 (Verschweigen oder Verwirkung) による権利の喪失という原理によって、法秩序にずっと以前から内在していることなのである。」⁽⁴⁾すなわち、レーデカーは時期に遅れた異議申立人の防禦権・参加権が、黙秘のゆえになくなった (untergegangen) と解し、それはもはや訴訟の対象になり得ない、と考えているのである⁽⁵⁾。

右に見たように、レーデカーは参加権を与えられた者がこの権利を利用しない時には、本稿との関連では訴訟排除効を甘受しなければならぬという意味での参加責任がこの者に生ずるのだ、ということを指摘しているのである。

さて、レीडーカーにこの指摘をさせるきつかけを与えた連邦憲法裁判所の決定とは、どのようなものであったか、これを次に紹介することにする。

(2)本決定によれば、原告人(Beschwerdeführer)は原子力発電所 Mülheim-Kärlich の建設にあたって、許可行政庁がなしたある決定に対する訴えの停止効の回復を求める申立をなしたけれども、コブレンツ高等行政裁判所第一部は申立を却下したため、この却下決定に対して憲法訴訟願を起こした、というのである。高等行政裁判所の却下理由は、本決定によると大要次のようであった。

「第三者効(Drittwirkung)をもつ行政行為の取消の訴えにおいて、負担をこうむる第三者は、一般的な公の利益だけでなく自分の特別な利益にも役立つことが定められている法規定の違反だけを主張できる。第三者を保護する機能は、原則として実体法の規定だけが有する。行政庁の手続のための規定は、その法規範の保護目的が聴聞権および協力権(Anhörungs- und Mitwirkungsrecht)それ自体の保持にある場合にのみ、そうした機能をもつ。手続規定が第三者保護の機能をもつことは普通の場合には考えられない。原子力法の許可手続が特別の手続法的保障を第三者に与えているとはみとめられない。ここに規定されている公告および第三者の参加は、手続の秩序に役立ち、許可行政庁に対し決定の基準となるようなあら

ゆる視点を考慮させようとしているにすぎない。したがって、負担をこうむる第三者としての原告人は、発電所の建設方法の変更は再度の公告と縦覧手続の先行する原子力法上のさらなる許可手続によってのみ許される、と主張することはできない。」

以上の高等行政裁判所の理由づけに対して本連邦憲法裁判所決定は、この高等行政裁判所の見解が関係するのは「第三者に実体法によって保護されている法的地位が一般に属していない」ような場合であり、こうした場合についてのみ、連邦行政裁判所の判例は手続法の独立した保護機能を排除しているのだ、とした。さらに、次のようにつづける。「基本権は実体法にだけ影響を与えるのではなく、手続法が基本権の効果的な保護にとって重要であるかぎり、手続法にも影響を与える、という連邦憲法裁判所の確立した判決から出発すべきである」としたうえで、この確立した判決が基本法一四条一項、一二条一項について展開し、ついで二条二項もこうした基本権を考慮した手続形態を要求するという判決が下されていることに言及している。そして「基本法二条二項の基本権は、原子力の危険からの生命および健康の保護を優先的任務とする行政庁および裁判所の手続に関する規定の適用にも影響する。このことは、原子力法の集団手続(Massenverfahren)におけるすべての手続の瑕疵が基本権侵害と判断される、ということの意味するのではない。しかし、

そういう侵害があるのではないかは、国家が基本法二条二項に定められた法益の保護義務を遂行するにあたって公布した手続規定を、許可行政庁が無視する場合に問題となる。したがって、裁判所は原子力法の許可決定を審査する際、原告適格をもつ第三者は手続違反を主張する権限を普通持つていない、ということからいきなり出発してはならない。ここで、どういう原子力法上の手続規定が、上述の考慮の意味における憲法上重要なものに属するのかを確定的に審査する必要はない。むしろ、原告適格をもつ第三者の許可手続への参加に関する規定もそれに属する、それゆえ、原告人は高等行政裁判所の見解とは逆に、建設方法の変更は新たな原子力法上の許可手続を必要とする⁽⁹⁾と主張することができる、ということから出発できる⁽¹⁰⁾としたのであった。

(3) 先に見たレーデカーの指摘を、さっそく一九八〇年七月一七日連邦行政裁判所第七部判決⁽⁹⁾が取り込んだ。事案はウィル(Wil)地区内にある原子力発電所の建設をめぐるもので、原告は異議申立期間中に「私は異議を提出する」とだけ通知していたため、異議申立期間中に異議申立をしたと言えるか、が争われたものである。判決は結論として「原子力施設令三条一項の文言から、異議申立がたんなる「ノー」ではない、ということがどうしても出てくる」として原告を敗訴させている。この判決理由の中でレーデカーをひきなが

ら協力責任(Mitwirkungslast)に触れたのである。

判決はまず、(2)で紹介した Mulheim-Karlisch 決定を参照しつつ、原子力法の分野での国家の保護義務——基本法二条二項と一四条において保障されている法益に対する——から議論を始めている。判決によれば、国家の保護義務は原子力法七条にあるような原子力施設に関する許可要件によって果たされるだけでなく、「それ以上に、そうした施設により潜在的に侵害される第三者に対して、法律上防禦権の賦与が必要である」という。次に Mulheim-Karlisch 決定が確認したように「原子力法上の手続規定の形態は基本権の保護に役立つ」とする。そして「原子力施設令による、潜在的に侵害される第三者の行政手続への参加は、たんに包括的な情報を許可行政庁に与えるという目的を持つだけでなく、それ以上に第三者をしてできるだけ早期に手続に対し影響を与えさせるのである。」「彼ら第三者者に保障されており、その意義において前置された権利保護に等しい参加と聴聞権の主張は異議申立権の行使の中でなされる。したがって、原子力施設令三条一項の排除は、だれかが自分に与えられた手続法上の法的地位(Rechtsposition)を、その法益の予防的保護のために利用しない、という事情に結びついている。そうであれば、被侵害者はそれに対して影響を与えることができたのにじなかったために生じた結果を、後になって再び問題にすることはでき

ない。」原子力施設令三条一項の排除は、失権思想(Verwirkungs-sedanken)の現われなのである。人は存在する権利を当該法關係に参加する他の人々を配慮することなく行使してはならないという考慮に、この排除はもとづいてゐる。この考慮が協力権(Mitwirkungsrecht)の裏面である協力責任を理由づけるのである。」そして、「この協力責任は、立法者が原子力法上の許可手続を形成するにあたり、原子炉の建設者/運転者の法的地位をも適切に規律しなければならぬ、ということに、その正当理由をもつ」というのである。

右に紹介した判決および、これと同じ日に下された連邦行政裁判所の判決とを中心にして異議排除の効力を詳細に論じたシュトローバ⁽¹²⁾もまた、この協力責任に触れている。

彼は行政裁判所の負担軽減、手続の促進、重要な全ての見地の包括的調査、調整機能、環境上重要な事業への民主的 Teilhabe、許可申請人の保護、そして危険対策原理の現実化といった多くの視点の下で異議排除を検討したのち、「権利保護の制限に対するさらなる実質的理由(Sachgrund)は、権利と義務との不可分の關係にある。国家が国民にある事業における協力権を与えるならば、それを利用しない場合には実体的、訴訟的結果を招くような協力義務(Mitwirkungspflicht)ないし協力責任(Mitwirkungslast)が被侵害者に

生ずるのだ」とのべているのである⁽¹³⁾。

(4)「協力責任」ないし「参加責任」なるものが、今後どのように展開されてゆくのか、現時点では明らかでないけれども、次のレーデカーの発言から考えて、なにがしか発展の余地があるように私は思われる⁽¹⁶⁾。レーデカーは先の論稿のまとめ次のようにのべている。すなわち、「一九七九年二月二〇日の連邦憲法裁判所決定は結着(Abschluss)をみていない。それは、権利保護の重点がますます行政手続の中に移ってきているという判例の発展の途上にある。そこにあつて、どんな道が歩まれているのかは、ルーマンが手続に

よる決定の正統化に関する詳論の中で、手続は獲得される合理性と結果の有用性にとって負担となるであろうゆえに、行政手続に対するなんの正統化機能も要求してないことを考えるならば、はつきりする。我々はルーマンのこの心配(Sorge)を軽く考えてはいけなない。しかし、ここでのべられたように、Teilhaberechtもまた参加責任を前提とし得ることを意識的に承認する判例の結論は、行政の効率性と合理性にとって問題にならないであろうし、他方で行政に対する無力感を国民からとりのぞくだろう⁽¹⁷⁾。」

(1) NJW 1980, S. 759 ff. = D&V 1980, S. 299 ff. = BVerfGE 53, S. 30 ff. 参照、山田洋「行政手続への参加権—西ドイツ連邦憲法裁判決定をめぐって—」(『一橋研究』六巻三号一九八二年)

二頁以下。

- (2) K. Redeker, NJW 1980, S. 1593 ff.
- (3) A.a.O., S. 1597.
- (4) A.a.O., S. 1597 f.
- (5) A.a.O., S. 1598.
- (6) BVerfG, 20. 12. 1979, NJW 1980, S. 759 ff [762] = GE 53, S. 30 ff [63] こうした理解が従来は一般的だったことにつき K. Redeker, a.a.O., S. 1594.
- (7) NJW 1980, S. 762 f = BVerfGE 53, S. 63 f 引用されている連邦行政裁判所判決は BVerwGE 41, 58 [63 ff] である。
- (8) NJW 1980, S. 763 = BVerfGE S. 53, 65 f 確立された判例として引用されているものは、基本法一四条一項につき BVerfGE 37, 132 [141, 148]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225] 一一条一項につき BVerfGE 39, 276 [294]; 44, 105 [119 ff]; 45, 422 [430 ff] 二条二項につき BVerfGE 51, 324; BVerfG, NJW 1979, 2607 である。
- (9) BVerwG, Urt. v. 17. 7. 1980, NJW 1981, S. 359 ff = GE 60, S. 297 ff.
- (10) NJW 1981, S. 362 = BVerwGE 60, S. 312.
- (11) NJW 1981, S. 360 = BVerwGE 60, S. 306.
- (12) R. Stober, AöR Bd. 106 (1981), S. 41 ff.
- (13) A.a.O., S. 52 ff.
- (14) A.a.O., S. 75.
- (15) 多段階行政手続における適時の裁判所による保護 (rechtzeitiger Gerichtsschutz) を論じるシュニット・アスマンは、「異

議申立権限 (Einwendungsbefugnis) 異議申立責任 (Einwendungslast) として排除は、核エネルギー法に関する最近の判決の中で連邦行政裁判所がのべたように、広く備えつけられた多段階的権利保護の構成のために放棄できない (unverzichtbar) ような互いに関連した制度なのである」とのべている。E. Schmidt-Abmann, „Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz?“, DVBl. 1981, S. 334 ff [339].

- (16) この文脈で、私の興味をひくのは次の論稿である。遠藤博也「行政過程に関する判例の検討」(『公法と経済法の諸問題上』有斐閣一九八一年)二九二頁。
- (17) K. Redeker, a.a.O., S. 1598 なお、引用されているルーマンの文献は Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., S. 207 である。

おわりに

(1) 本稿が支持する訴訟排除効説に対しては、その効果の重大さのゆえに、激しい批判が当然あり得るであろう。詳細は本文に譲り、ここでは次の二点を強調しておきたい。すなわち、訴訟排除効は事前行政手続——計画案の公示、住民の異議申立、資料閲覧請求、行政・事業者・住民による討論——の中で生じるものであること、および、科学技術の進歩をそのつと採り入れつつなされる多段階行政

手続（過程）という制度の合理的で、不可欠であること、である。

(2)とところで、次のような立法論的主張がある。⁽¹⁾すなわち、原子力発電所に要求される総合的な安全性 \parallel 公益性の判断を行ない得る機関がないために、「通常原発設置に随伴する埋立免許に際し、「もうわもの」の安全性についての判断を他省庁に委ね合うなどの「もたれ合い」現象が生じている。そして、そういう機関が成立するならば、その機関で下された結論は、以後の許認可手続を拘束する」といった制度も考えられないではない、というものである。多段階行政手続が前提条件とする「確定性」「拘束力」を思い起こさせるものがある。

(3)わが国の現状において、訴訟排除効制度の導入に私は反対である。なぜなら、右の主張にも見られるようにわが国には、総合的判断を下し得る装置がないばかりか、現行の公聴会形式による住民参加への消極的評価があるからである。⁽²⁾

(1) 三辺夏雄「原子力発電所設置をめぐる許認可」(『法と政策』九号一九八二年)三五頁以下、四〇頁以下参照。

(2) 三辺前掲四〇頁。

(本稿は修士論文に注をいくつか補ったほか、末尾に「おわりに」を加えたものです。一九八二年五月三一日脱稿。)

追記 校正のひと通り終わった段階で、Mülheim-Karlisch 原子力発電所に関する連邦憲法裁判所決定に触れる次の文献に接した。青柳幸一「基本権の多次的機能(三・完)」(『法学研究』五五巻六号一九八二年)五五頁以下、である。さらに、右の連邦憲法裁判所決定をうけて原子力法手続令が改正され、今年五月一日より施行された(Vgl. Dieter Mumm, Herbert Schatke, „Mehr Rechtssicherheit für Bürger, Betreiber und Behörden“, DVBl 1982, S. 629ff.) ことを知ったが、詳細が不明なため指摘するにとどめる。

Einwendungsausschluß und Beteiligungslast im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren in BRD

Yuuji OHNISHI*

Einleitung

I. Kapitel: Verfahrensrechtliche Präklusionstheorie

1. Argument Zucks
2. Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz
3. Kritik und materielle Präklusionstheorie
4. Zusammenfassung

II. Kapitel: Materielle Präklusionstheorie

1. Funktionen des Verwaltungsverfahrens
2. Mehrstufiges Verwaltungsverfahren
3. Beteiligungslast des Bürgers

Schluß

Verspätete Einwendungen werden gemäß § 7 b AtG, § 7-I AtVfV (§ 3-I AtAnIV a. F.) ausgeschlossen. Gilt die Ausschlußwirkung nur für das Verwaltungsverfahren (verfahrensrechtliche Präklusionstheorie) oder auch für den Verwaltungsgerichtsprozeß (materielle Präklusionstheorie)? Sind Fristen mit Ausschlußwirkung auch für den Verwaltungsgerichtsprozeß mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar? Die praktische Bedeutung dieser Probleme ist außerordentlich in BRD. BVerwG (GE 60, 297 ff) hat eine Klage mit der Begründung abgewiesen, Einwendungen im Sinne von § 3 Abs. 1 AtAnIV erstreckt sich auch auf den Verwaltungsgerichtsprozeß und führt zum Verlust der Möglichkeit, Genehmigungsabwehransprüche durchzusetzen; dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes zieht folgende Sachen in Betracht: Ersatzmaßnahmen für materielle Präklusion, Teilhabe an umweltrelevanten Vorhaben, Atomrechtliches Anlagengenehmigungsverfahren als Popularteilnahmeverfahren, Ausgleichsfunktion des Ver-

* Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido

waltungsverfahren, Mehrstufiges Genehmigungsverfahren (Vorbescheid, Teilgenehmigung), Umfassende Erforschung aller relevanten Gesichtspunkte, Investitionsrisikos der Antragsteller. Im atomrechtlichen Bereich, wegen des Ausmaßes möglicher Schäden steht nicht der Schadensausgleich nach einer Rechtsgutverletzung, sondern die Schadensvorgegen eine Rechtsgutbeeinträchtigung im Vordergrund.

Der Aufsatz soll zeigen, daß der Einwendungsausschluß besonders im mehrstufigen Verwaltungsverfahren zu verstehen sei, und daß für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit es darauf ankomme, ob die Erschwerung des Zugangs zum Rechtsweg unzumutbar, zumutbar oder nur geringfügig sei.