

# 風力発電の普及拡大と鳥類保護

## — ドイツ法にみる両者の調整メカニズム

山本 紗知

1. はじめに
2. 風力発電事業に対する「殺害禁止」規制
  - (1) 風力発電事業と「殺害禁止」規制
  - (2) 「殺害禁止」の特例制度への注目
3. 風力発電事業に対する「殺害禁止」の特例適用
  - (1) 特例制度の概要
  - (2) 「優先すべき公益によるやむを得ない事由」による特例付与？
  - (3) 「公共の安全」による特例付与？
4. おわりに

### 1. はじめに

再生可能エネルギー（再エネ）先進国として日本でもよく知られてきたドイツにおいて、ここ数年、主力の再エネである風力発電の導入がかつての勢いを失いつつあるといわれてきた<sup>1)</sup>。風力発電のさらなる拡大を阻む要因は多岐にわたるが、複雑な立地規制や包括的な距離制限などと並んでしばしば指摘されるのが、風力発電によって影響を受ける鳥類等の野生生物の保全要請との摩擦による許可手続の遅滞である<sup>2)</sup>。

---

1) Deutsche Windguard の調査によれば、陸上風力発電の年間導入量は 2014 年から 2017 年において 3730.95 MW～5333.53 MW で推移したのに対し、2018 から 2021 年においては 1078 MW～2402 MW にとどまっている。Bundesverband WindEnergie (BWE), Windenergie in Deutschland - Zahlen und Fakten, Stand: 31.12.2021 (abrufbar unter <https://www.wind-energie.de/themen/zahlen-und-fakten/deutschland/>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022).

2) Grigoleit et al., NVwZ 2022, 512 (512 f.).

風力発電施設の周辺地域で危惧される環境影響は、騒音・低周波音による人への健康被害や景観の阻害にとどまらない。風況のよい風力発電適地と、鳥類が好んで利用する空間は重なることが多いため、鳥類による衝突事故、いわゆるバードストライクの発生をはじめとする生態系への影響も懸念される<sup>3)</sup>。とりわけこうした自然環境への悪影響への対処が、ドイツで昨今、風力発電事業の計画・許可手続における最大のリスクのひとつであると認識されている<sup>4)</sup>。実際、風力発電施設に対して全国で提起された訴訟についてのあるアンケート調査によれば、鳥類・コウモリ類への脅威など、自然保護を理由とする訴えが際立って多かったという<sup>5)</sup>。

鳥類等の野生生物の保全というのは、同国でそもそも高い関心が寄せられてきたテーマではあったが、EU法といういわば外圧によって、その法的要請は次第に厳格化されてきた。その結果、エネルギー分野における脱炭素化の要として風力発電の大量導入に向けた野心的な目標が掲げられながら、自然保護法上の諸要件がその足枷となりかねないという事態が生じてきた<sup>6)</sup>。この問題に対する政府の危機感は強く、2021年12月、シュルツ新政権の発足にあたって締結された連立協定(Koalitionsvertrag)でも、再エネの拡大を迅速化するという「我々の共通のミッション」のために、気候保護と自然保護(後述する「種の保護」)の関係を明確にしたいとの意思が表明されていたほどであった<sup>7)</sup>。2022年に始まったウクライナ危機により、国産の再エネがその価値をさらに高めたことによ

3) 浦達也「風力発電が鳥類に与える影響の国内事例」Strix: 野外鳥類学論文集第31号(2015年)3頁、4頁。

4) *Schober/Calabro*, NVwZ 2022, 115 (116).

5) *Fachagentur Windenergie an Land*, Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland, Juli 2019 (abrufbar unter [https://www.wind-energie.de/fileadmin/redaktion/dokumente/pressemitteilungen/2019/20190719\\_FA\\_Wind\\_Branchenumfrage\\_beklagte\\_WEA\\_Hemmnisse\\_DVOR\\_und\\_Militaer.pdf](https://www.wind-energie.de/fileadmin/redaktion/dokumente/pressemitteilungen/2019/20190719_FA_Wind_Branchenumfrage_beklagte_WEA_Hemmnisse_DVOR_und_Militaer.pdf), zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 13 f. なお、同じアンケート調査によれば、この種の訴訟の原告は環境保護団体である場合が最も多いという。日本と異なりドイツでは、環境保護団体が自然保護を理由として訴訟を提起することを可能とする仕組みがある。

6) *Stüer*, DVBl. 2022, 222 (226).

7) Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021 (abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 14.

って、風力発電事業を実施する際の自然保護との折り合いのつけ方の明確化が一層求められることとなっている。

その後、連立協定でも標榜されていたとおり、2022年7月の法改正によって立法政策上は両者の対立関係に一応の解決が図られることになるのであるが、本稿は、そこに至るまでの議論に着目して、風力発電をめぐる利害調整メカニズムが法解釈によって精緻化されていく様子を明らかにしたい。そこでは、鳥類等に対する影響の不確実性を所与の前提として、いかにして風力発電の普及拡大を実現しうるかという問いが、とくに風力発電施設に対する規制の特例付与の是非という形で顕在化した。なお、日本では昨今、洋上風力発電の促進に大きな注目が高まっているが、本稿では陸上風力発電についてのみ扱うこととする。

## 2. 風力発電事業に対する「殺害禁止」規制

### (1) 風力発電事業と「殺害禁止」規制

#### ① 「殺害禁止」とは

ドイツでは、連邦自然保護法<sup>8)</sup>の規定が風力発電施設の設置許可手続と次のように結びつけられることで、風力発電が鳥類等におよぼす影響に配慮する仕組みがとられている。

まず、一定規模以上の風力発電施設を設置・稼働するにあたっては、連邦イミッション防止法<sup>9)</sup>上の許可（4条1項）を得ることが必要である。当該許可を受けるためには、連邦イミッション防止法およびその関連法令の規定（6条1項1号）のみならず、「その他の公法規定」にも反してはならないとされており（同項2号）、ここでいう「公法規定」には連邦自然保護法の規定も含まれる。この連邦自然保護法には、自然・景観に対する侵害を最小化するよう義務づける侵害規制（Eingriffsregelung）、各種保護区域の指定制度なども規定されているが、本稿の内容と最も関わるのは、「種の保護（Artenschutz）」に関する一連の規定である。ここでいう「種の保護」というのは主に、「野生動植物の種および生息

8) Bundesnaturschutzgesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542).

9) Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123).

地ならびにビオトープの保全」と題する第5章(37条以下)に定められた、野生動植物種の個体を取り扱う行為に対する直接的な規制手段を指す<sup>10)</sup>。具体的には、特別保護種等の特定の動植物種を、その他の種よりも厳しい規制によって特別に保護するために、介入(Zugriff)、所有(Besitz)および商品化(Vermarktung)といった行為が禁止される。

そして、風力発電施設や道路などのインフラ施設の設置許可の実務では、このうち介入禁止の一類型であり、特別保護種である生きた野生動物の殺傷、その他の形式による直接的な介入を禁止する<sup>11)</sup>、いわゆる「殺害禁止(Tötungsverbot)」(44条1項1号)をクリアできるかどうかを最も重大な関心事となる。つまり、この殺害禁止規定は、類似する日本法の規定からイメージされるような、罰則(69条2項、71条)という制裁を以て一定の介入行為を抑止するだけにとどまらない性質を有している。すなわち、当該規定は施設の設置許可要件に組み込まれることによって、許可行政庁に対し、野生動物に与えるリスクを予測的に調査・評価をするよう積極的な作為義務をも課しているのである<sup>12)</sup>。このような意味で当該規定には、2つの異なる性質が共存している。日本法との比較において特徴的である後者の性質は、連邦自然保護法上の種の保護に関する規定がEUの生息地指令<sup>13)</sup>および鳥類保護指令<sup>14)</sup>を国内法化するものと位置付けられ、国内法に優先するこれらEU指令と整合するよう解釈されることによって生じてきた。

## ②リスク上昇の有意審査

連邦自然保護法44条1項1号に規定される「殺害禁止」は、EU生息地指令および鳥類保護指令のもとで、一般に次のように解されている。まず、当該規定

10) *Schlacke*, Umweltrecht, 7. Aufl. 2019, § 10 Rn. 59.

11) *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz Rn. 84.

12) *Lau*, in: Frenz/Müggelborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 5.

13) Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Abl. EU L 206, S. 7.

14) Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (kodifizierte Fassung), Abl. 2009 L 20, S. 7.

は、少なくともその出発点においては<sup>15)</sup>、個体群 (Population) よりも個体 (Exemplar/Individuum) の保護を目的とするものであって、各個体に対するあらゆる殺害行為を禁じているということ<sup>16)</sup>、さらにそこでは、行為者の主観は問題にならないということである。

行為者の主観を不問とする解釈は、EU 司法裁判所の判断に端を発する。EU 指令はその文言上、「意図的な (absichtlich)」殺害等の介入行為 (生息地指令 12 条 1 項、鳥類保護指令 5 条) を禁止していることから、これによる禁止が該当するのは、狩猟や獣害駆除など、野生動物に直接向けられた行為に限られると考えるのが自然な読み方のように思われる。しかし、生息地指令に関して EU 司法裁判所は、行為者が危害を確知している、あるいは少なくともそれを容認している状況下で害悪が惹起された場合にも、意図的な行為であるという要件は満たされるとの見解を明らかにした<sup>17)</sup>。これを受けてドイツ国内では、これまで鳥類保護指令についても同様に解されており<sup>18)</sup>、連邦自然保護法 44 条 1 項 1 号の規定も、EU 指令の文言とは異なり意図的という語は敢えて用いず、行為者の動機への言及を避けた書きぶりとなっている。

しかし、バードストライクやロードキルの発生自体は決して稀な事象ではない。したがって、特別保護種のいくつかの個体が犠牲になる可能性のある多くのインフラ事業が、後述する殺害禁止の特例によってしか実現しえないことになれば、それは原則・例外が逆転するいびつな状況であり、比例原則に照らしても問題であるといわざるを得ない。そこで連邦行政裁判所の判例をつうじて編み出されてきたのが、比例原則的な考慮から殺害禁止のおよぶ範囲を狭めようとする、次のような限定解釈の手法であった。すなわち、被害を回避・低減するために必要な措置をとっても<sup>19)</sup>、なお個体殺害リスクが「有意に (in signifikanter Weise)」

15) *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz, Rn. 84.

16) *Schlacke*, *Umweltrecht*, 7. Aufl. 2019, § 10 Rn. 61.

17) EuGH, Urteil vom 30.01.2002, Rs. C-103/00, *Kommission/Griechenland*, ECLI: EU: C: 2002: 60 Rn. 36.

18) ただし、後述するココット法務官意見はこれと異なる立場をとる。*Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz, Rn. 63.

高まると判断される場合に限って殺害禁止規定との抵触が生じると考えるのである<sup>20)</sup>。事業に伴って生ずる殺害リスクが、人間と共存するうえであらゆる動物が曝されている一般的な生存リスクを上回るかどうか、ここにいうリスク上昇の有意審査における判断の基準となる<sup>21)</sup>。連邦行政裁判所による判例の蓄積を経てその趣旨は、2017年の改正により連邦自然保護法44条5項2文1号に反映されている<sup>22)</sup>。

## (2) 「殺害禁止」の特例制度への注目

### ①生態系に関する知見の限界

もっとも、ある事業が特別保護種の個体殺害リスクを有意に高めると判断される場合でも、法制度上、それが例外的に許可される可能性は残されている。連邦自然保護法45条7項には、殺害禁止の特例(Ausnahme)を認める仕組みが定められているからである。連邦行政裁判所によって編み出されたリスク上昇の有意審査とともに、この特例制度は、種の保護法が野生生物に対する人間の直接的な介入を絶対的に阻止するための手段ではないことを前提として、種の保護とその他の利益との調整を図ろうとするメカニズムであると理解できる<sup>23)</sup>。当該特例制度は従来、風力発電事業に関してほとんど利用されてこなかったが<sup>24)</sup>、ここ数年のことといえようか、にわかに脚光を浴び、後述のように、再エネの拡大という「優先すべき公益」(45条7項5号)などを理由に、個体殺害リスクにもかかわらず、事業を特例的に実施する可能性が積極的に検討されている。こうした動きが生じた背景には、生態系に関する科学的知見の限界に起因する、リスク判断の難しさがあるといえそうである<sup>25)</sup>。

19) 風力発電事業についていえば、たとえば周辺での収穫や牧草刈入れの時期に合わせて施設の運転を短期間だけ停止するなどの措置が鳥類保護に有効であると考えられている。Köck/Bovet, ZUR 2018, 579 (583).

20) BVerwG, Urteil vom 9.7.2008, 9 A 14/07, BVerwGE 131, 274 Rn. 91; Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (347).

21) Kment, NuR 2020, 361 (363).

22) BGBl. 2017, I S. 3434.

23) Leisner-Egensperger, NVwZ 2022, 745 (746).

24) Wagner, NuR 2021, 803 (804); Köck/Bovet, ZUR 2018, 579 (583 f.).

25) 風力発電による鳥類への影響に関し、科学的知見の限界を踏まえたリスク管理のあ

連邦行政裁判所の判示によれば、上述したリスク上昇の有意審査においては、種毎の行動特性や関係地域内での発現頻度、予定される保全措置の効果などがとくに重要な判断要素となる<sup>26)</sup>。もっとも、実際の事案で行政庁が殺害禁止規定を適用するためには、いかなる手法を用い、また、いかなる基準によってこれら諸要素を把握すべきかなど、専門知に基づいて具体化する必要がある。しかし、風車に対する種毎の回避行動が未解明であるとか、生息状況の調査手法やその把握の仕方についても専門家の間で見解の不一致があるとかいったように、リスク審査の前提部分には生態系をめぐる不確かさが存在している<sup>27)</sup>。そのような事情から、とりわけ種の保護法の領域では、さまざまなガイドラインや指針、手引きといった類のものが濫立し、しかも、それらに依拠して連邦各州が営巣地との離隔距離などを独自に定め、訴訟手続におけるそれらの採用状況にも差異のあることが問題視されてきた<sup>28)</sup>。

## ②司法審査の制限

生態系に関する知見の限界は、裁判所による司法審査のあり方にも影響を与えることになる。2018年に連邦憲法裁判所は、ドイツで風力発電施設との衝突により犠牲となる典型的な猛禽類であるアカトビ (Rotmilan) の名を冠して「アカトビ決定」と呼ばれる、ある憲法異議に対する決定において、生態学等の専門分野に確立した見解が未だないなかで下された行政判断に対する司法審査は制限されうることを明らかにした<sup>29)</sup>。専門家の中で広く承認された基準や手法が欠け

---

り方を検討するものとして、丸山康司「科学の不定性と意思決定：風力発電の鳥類への影響を題材として」保全生態学研究 (2021年、[早期公開] <https://doi.org/10.18960/hozen.1919>)。

26) BVerwG, Urteil vom 28.04.2016, 9 A 9/15, juris, Rn. 30; *Bick/Wulfert*, NVwZ 2017, 346 (349)。

27) *Kment*, NuR 2020, 361 (365)。日本でも、鳥類の衝突リスクの評価方法が議論され、現行の環境影響評価に課題があることも指摘されている。竹内亨「鳥類衝突リスクモデルによる風力発電の影響評価の課題」保全生態学研究 22巻2号 (2017年) 331頁、松田裕之・門畑明希子「風力発電事業による環境影響とその対処」丸山康司ほか編著『再生可能エネルギーのリスクとガバナンス』(2015年、ミネルヴァ書房) 61頁。

28) *Dolde*, NVwZ 2018, 1567 (1569) によれば、Fachkonvention, Leitfaden, Arbeitshilfe, Merkblatt, Auslegungsgshinweis などの類が多数あるという。*Köck/Bovet*, ZUR 2018, 579 (582); *Mastaton*, NVwZ 2019, 1081 (1082)。

ているならば、非法的な専門判断に依拠してなされた行政庁の決定の正しさを裁判所が判定することは客観的に不可能だからである<sup>30)</sup>。このような場合に裁判所は、最新の知見に照らして、行政庁による専門的な基準や手法の選択が納得できる (plausible) かどうかを審査できるととどまることになる<sup>31)</sup>。

こうして司法審査が制限されるということは、翻って、殺害禁止規定を適用する許可行政庁に、専門的な基準・手法の選択について一定の自由な判断の余地が与えられるということを意味する。上述のように、リスク審査の前提領域に複数の専門的見解が併存する状況では、行政庁による基準・手法の選択如何によって審査結果も異なってくるのが考えられる。その帰結として事業者の側では、計画している風力発電事業が殺害禁止をクリアできるかどうかの見通しを持ちにくくなることが予想される。さらに、不許可処分を受けた事業者が行政のリスク審査は誤りであったと主張して訴えを提起したとしても、勝訴できるかどうかは心許ない。こうした不確かさから、かくして風力発電の普及拡大を目指す学説および実務の関心は、個体殺害リスクの判断という局面から、特例付与の可能性を探るという局面へと移行していくこととなった<sup>32)</sup>。しかし、特例によって風力発電施設の設置を許可するという道もまた、次にみるように、EU法との整合性という観点から、解釈上の疑義に阻まれることになる。

なお、上記 2018 年の決定において連邦憲法裁判所は、専門的知見が不十分である場合の、立法者の役割にも言及していた。それによれば、知見の充足を待ち

29) BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149. 407, Rn. 16. この事案で憲法異議を申し立てたのは、それぞれが計画していた風力発電施設ないしウィンドファームについて、アカトビの衝突リスクを理由に行政庁から不許可処分を受けた風力発電事業者 2 社である。彼らは不許可処分の違法を連邦行政裁判所まで争ったものの敗訴したのち、司法審査の制限により基本権を侵害されたとして憲法異議を申し立てた。参照、山本紗知「自然保護の法的課題—風力発電事業における鳥類保護を素材として」行政法研究第 38 号 (2021 年) 99 頁、110 頁以下。

30) BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149. 407, Rn. 17, 20.

31) BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149. 407, Rn. 28/29. ただし、こうした専門的判断とは異なり、リスク上昇が「有意かどうか」の判定は価値判断であるから、それに対しては従来どおり全面的な司法審査がおよぶ。連邦憲法裁判所はこのように述べて、司法審査の制限に一定の歯止めもかけている。

32) *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2022, 745 (747).

ながら立法者がいつまでも無為無策を続けることは許されず、たとえば専門委員会を立ち上げるなどにより統一的な基準設定を図る、あるいは複数の妥当な見解があるなかで行政庁が決定を下すためのルール作りを行うことが必要であるという<sup>33)</sup>。それを念頭に、冒頭で触れた2021年12月の連立協定でも「連邦一律の法的標準化による種の保護法における法的安定性向上」への意欲が表明されていたところ<sup>34)</sup>、その試みは2022年4月の中間まとめを経て、陸上風力発電施設の迅速な拡大を趣旨とする同年7月の法改正で実を結んだ<sup>35)</sup>。新設された連邦自然保護法45b条には営巣性鳥類(Brutvögel)に関して、陸上風力発電施設の稼働にともなって殺傷リスクが有意に上昇するかどうかを専門的に判断するための基準が定められた<sup>36)</sup>。衝突の危険に曝されている鳥類種ごとに、その営巣地と施設との間の距離基準を定めるこの規定が、果たして期待されているような法的安定性の確保に資するかどうか、今後の議論の展開を待つ必要がある。

### 3. 風力発電事業に対する「殺害禁止」の特例適用

#### (1) 特例制度の概要

上述のように、近年、とりわけ風力発電事業との関係で、殺害禁止に対する特例制度の存在が注目を集めている。特例が付与されるためには、連自然保護法45条7項に規定される要件をすべて満たすことが必要である。すなわち、まず、連邦自然保護法45条7項1文1～5号の各号に掲げられた特例事由のいずれかが存在すること、そしてさらに、同項2文にしたがって、特例付与以外に期待できる選択肢がなく、かつ特例付与によって種の個体群の保全状況が悪化しないことを要する。これらの要件がすべて満たされる場合、行政庁には殺害禁止の特例を付与することが「できる」という規定ぶりになってはいるが、学説では、要

33) BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149. 407, Rn. 24.

34) Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021 (abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 14.

35) BGBl. 2022, I S. 1362.

36) DB-Drs. 20/2354, S. 24 f.

件が揃えば原則として特例は認められるべきであると理解されている<sup>37)</sup>。

かつて学説のなかには、風力発電施設全般を形式的に特例の対象から除外する旨の主張もみられたが、今では支持されていない<sup>38)</sup>。近年、専ら論争的となってきたのは、おおもとにある生息地指令 16 条 1 項および鳥類保護指令 9 条の趣旨や文言に照らして、連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文の各号に掲げられたいずれの特例事由を適用しうるかである。

(2) 「優先すべき公益によるやむを得ない事由」による特例付与？

### ①問題の所在

風力発電事業との関係で最も有力な検討対象とされてきたのが、「社会的または経済的性質を含む優先すべき公益によるその他やむを得ない事由 (zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses) から」個別に特例を認める旨を定めた連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 5 号の規定である。再エネ関連事業への当該規定の適用を連邦政府も想定していたようで、2017 年の連邦自然保護法改正に関する法案理由書には、当該特例規定にいう公益には再エネの拡大がふくまれる旨が明示されていた<sup>39)</sup>。他の事由と比較して包括的な書きぶりの規定ではあるが、風力発電事業であることをもって当然に特例が付与されるわけではなく、個々の事案に応じた具体的な諸利益を比較衡量した結果、風力発電がもたらす公益が種の保護という利益に対して「優先すべき」と判断されることが前提となる。迫りくる気候危機への対策として再エネ拡大がひとつの切り札となることに鑑みれば、種の保護と引き換えにしてでも特例的な実施を認めうるだけの重大な公益を有する風力発電事業は、当然ありうると考えられる<sup>40)</sup>。風力発電事業に

37) Lau, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 16.

38) Lau, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 29; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –, 2000 (abrufbar unter <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 3.

39) BT-Drs. 18/11939, S. 17; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –, 2000 (abrufbar unter <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 4.

対する連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 5 号の適用可能性を認めることには、したがって一見すると反論の余地のないように思われるが、しかし次にみるように、それは国内法に優先する EU 指令との関係で再考を求められることになる。

問題の核心は、介入禁止（生息地指令 12 条、鳥類保護指令 5 条）の例外的な修正を根拠づける「優先すべき公益によるやむを得ない事由」が、生息地指令ではその 16 条 1 項 c に明示的に規定されているのに対して、同じく修正事由を列挙している鳥類保護指令 9 条 1 項には規定されていないことにある。したがって、風力発電事業のように鳥類への影響が懸念される事案で連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 5 号の規定を適用することは、当該事由による例外を想定していない鳥類保護指令に反することになるため許されないとの解釈が導かれうるのである。

## ②解釈による両指令の調和？

生息地指令と鳥類保護指令の規定の間にあるこうした明瞭な差異は、ドイツでこれまで見過ごされてきたわけでは勿論ない。学説では、「優先すべき公益によるやむをえない事由」という不文の特例事由を鳥類保護指令 9 条 1 項に読み込むことで、両指令の規定内容のずれを実質的に解消しようとする解釈上の工夫が必要であると考えられてきた<sup>41)</sup>。それは、おおむね次の 3 点から説明される<sup>42)</sup>。

その理由は、まず、鳥類保護指令の保護対象が、生息地指令のそれよりも格段に広いことによる。欧州の野鳥の全在来種を保護しようとする鳥類保護指令と異なって、生息地指令では、「共同体的利益を有する厳格に保護すべき動植物種」として指令附則 IV に掲げられた一定種のみが介入禁止による保護の対象とされている。そうであれば、鳥類に広く適用される特例要件のほうをより厳格化すべき理由は見出しにくい。さらに、鳥類保護指令の別の規定との整合性からも、解釈

40) 同旨で、*Wagner*, NuR 2021, 803 (804).

41) *Hofmann*, NuR 2021, 217 (219).

42) *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 28; *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz Rn. 153.

上の工夫の必要性は理由づけられる。EU 司法裁判所の判例により、「少量の特定の鳥類種の飼育または他のあらゆる合理的な利用」（鳥類保護指令 9 条 1 項 c）に当たるとして、余暇活動としての野鳥狩りが特例的に許容されるにもかかわらず<sup>43)</sup>、公益目的で行われるインフラ事業に殺害禁止の特例が認められないというのは不合理であり、それ以上に比例原則（EU 条約 5 条 4 項）にも反すると考えられるからである。また、鳥類保護指令にも多面的衡量を想定していると解される規定が置かれているおり（2 条）、鳥類保護が絶対的な価値とされているわけではないことも理由として挙げられる。

このような事情から、鳥類保護指令 9 条 1 項を不文の特例事由で補おうとする試みには合理性が認められる一方で、その場合に問われることになるのが、2012 年に下された EU 司法裁判所の判決との整合性である。これまで同裁判所は、鳥類保護指令 9 条 1 項に掲げられた諸事由は完結的な限定列举であり狭く解すべきであるとの立場を一貫して示してきたところ<sup>44)</sup>、2012 年には、連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 5 号と内容上一致するポーランド自然保護法の規定を鳥類保護指令 9 条 1 項に違反すると断じたからである<sup>45)</sup>。これにより国内では、ドイツ連邦自然保護法の規定も同じく EU 法違反の誹りを免れないのではないかという懸念が強まることとなった<sup>46)</sup>。

### ③再びの問題提起

その後、2020 年 1 月、ギーセン行政裁判所が、鳥類に関しては連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 5 号を適用することはできない旨の判決を下したのを機に、燻ぶっていたこの問題が再び注目を集めた<sup>47)</sup>。同裁判所は、これまでの EU 司法裁

43) EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-182/02, *Ligue pour la protection des oiseaux sauvages u. a.*, ECLI: EU: C: 2003: 558 Rn. 11.

44) EuGH, Urteil vom 12.07.2007, Rs. C-507/04, *Kommission/Österreich*, ECLI: EU: C: 2007: 427 Rn. 326; *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz Rn. 152.

45) EuGH, Urteil vom 26.01.2012, Rs. C-192/11, *Kommission/Polen*, NuR 2013, 718 Rn. 39.

46) もっとも、国内の裁判例に目を向ければ、2012 年の EU 司法裁判所判決の前後を問わず、連邦自然保護法 45 条 7 項と鳥類保護指令 9 条 1 項との間に矛盾抵触はないことを前提とする裁判例は複数存在している。*Battefeld*, ZUR 2020 436 (436 f.).

判所判例を示しながら、不文の特例事由を鳥類保護指令9条1項に読み込もうとする学説の考え方を、遅くとも2012年のEU司法裁判所判決以降は説得力を失っていると評価した<sup>48)</sup>。それから時を置かずして公表された複数の判例評釈は、こうした見方に対してもつばら批判的である。2012年の当該事案では、EU法違反の誹りを受けたポーランドが反論することなく直ちに対応をとったため、EU法裁判所には踏み込んだ検討の機会が与えられなかったとして、複数の論者は、ギーセン行政裁判所が考えるほどにはEU司法裁判所判決の射程を広く捉える必要はないとする立場をとっている<sup>49)</sup>。学説では、むしろこちらの見方のほうが有力視されているようであるが<sup>50)</sup>、いずれにせよこの論争に対して最終的な判断権を有するのはEU司法裁判所であり、その解釈が示されるのを待つほかない<sup>51)</sup>。

いずれにせよ、鳥類に関して連邦自然保護法45条7項1文5号の適用の是非がこれほどまでに論じられるのは、鳥類保護指令による保護対象がきわめて広いことと相まって、種の保護とその他の利益との間で適切な利害調整がはたらかず、風力発電事業の実施が過度に制約されてしまうからであるといえよう。そうであれば、過度な制約を回避するための手段として、連邦自然保護法45条7項1文5号の適用を認めずとも、鳥類保護指令に限って殺害禁止の該当範囲を縮小するという選択肢もありうるのではないか。2020年9月、EU司法裁判所に提訴されたある条約違反手続のなかでココット法務官が示した意見 (Schlussanträge) は、まさにこのような立場に拠るものであった<sup>52)</sup>。

47) VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206. ヨーロッパノスリ (Mäusebussard) 等の衝突リスクがあるにもかかわらず、行政庁が連邦自然保護法45条7項1文5号に基づく特例として認めた風力発電施設の設置許可が違法であったとして自然保護団体がその取消しを求めていた事案で、ギーセン裁判所は当該許可を取り消す判決を下した。控訴が許可されたため、現在、事件はカッセル高等行政裁判所に係属中である (VGH Kassel, 9 A 485/20)。

48) VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206 Rn. 108.

49) Gellermann, NuR 2020, 178; Bick/Wulfert, NuR 2020, 250; Battefeld, ZUR 2020 436; Karpenstein, ZUR 2020 437.

50) Lau, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 28.

51) Wagner, NuR 2021, 803 (810).

52) Lau, NuR 2021, 28 (30 ff.).

それによれば、鳥類保護指令を適用する際、殺害自体を直接の目的とせず、風力発電事業のようにそれをいわば甘受するにすぎない行為に関しては、鳥類保護指令2条の趣旨に照らして経済等の諸要請に配慮しつつ、種の保全状況を維持・改善するのに必要な場合に限って殺害禁止に該当すると考えるべきであるという<sup>53)</sup>。法務官意見は本来、裁判官に対する法的拘束力をもたないが、過去の多くの事件ではそれに従った判決が下されてきたことから、これを契機に、これまでの疑義を解消しうる、EU司法裁判所の新たな解釈が示されるのではないかとの期待が寄せられていた。しかし、2021年3月の判決でEU司法裁判所は、この意見を否定も肯定もせず、生息地指令の解釈にのみ言及したため、結局、この問題は棚上げされたままとなった<sup>54)</sup>。

### (3) 「公共の安全」による特例付与？

#### ① 「公共の安全」概念

連邦自然保護法45条7項1文5号の適用の是非をめぐる依然として議論の膠着状態が続くなか、学説では、同法45条7項に掲げられた別の特例事由を風力発電事業に適用する可能性についても積極的に検討が進められてきた。なかでも、「人の健康、防衛および市民の保護を含む公共の安全 (öffentliche Sicherheit)」という利益において個別に特例を認める同4号の規定は、この膠着状態を打開する手がかりになると考えられている。なお、温室効果ガスを排出しないという風力発電事業の性質上、同じく同4号にいう「環境に対する著しい好影響 (maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt)」を引き合いに出すことも、一見するとあり得るように思われる。ただ、個々の風力発電施設によって環境が直接的かつ具体的に改善されるわけではないため当該事由に該当しないとの反論があり得るのに加えて、より根本的には、鳥類保護指令9条1項が「環

53) GA Kokott, Schlussanträge vom 10.09.2020, Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, ECLI: EU: C: 2020: 699 Rn. 89 f. つまり、鳥類保護指令上の殺害禁止に該当する「意図的な」行為の範囲を、生息地指令上のそれよりも狭く解するということになる。Fellenberg, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz Rn. 63 Fn. 102.

54) EuGH, Urteil vom 04.03.2021, Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, ECLI: EU: C: 2021: 166. 同判決につき、Fellenberg, NVwZ 2021, 943.

境に対する著しい好影響」に言及していないことから、これが風力発電事業の正当化事由として有力な選択肢になるとは考えづらい<sup>55)</sup>。それに対して「公共の安全」は、生息地指令 16 条 1 項 c・鳥類保護指令 9 条 1 項 a のそれぞれに特例事由として規定されている。

連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 4 号にいう「公共の安全」概念に対する理解の仕方は、論者によって、あるいは裁判例によってさまざまであるが、現在では次にみるように、EU 司法裁判所の判例に依拠して同概念を理解しようとする考え方が支持を広げている<sup>56)</sup>。

その際に参照されるのは、種の保護とはまったく別の文脈であるが、公共の安全等を理由に輸出入を例外的に禁止することを加盟国に認めている EU 法の規定の解釈である。EU 司法裁判所がたびたび判示してきたところによれば、商品・資本の自由移動の制限に対する正当化事由としての公共の安全は狭く解されるべきであり、「社会の基本利益に抵触する事実上かつ十分重大な脅威が生じている場合」に限って主張することができるという<sup>57)</sup>。ここに表れているのは、生命や健康のような個人法益の不可侵というより、むしろ国家の存立保障という意味で狭く限定された「公共の安全」である<sup>58)</sup>。さらに、EU 司法裁判所はある判決の

55) *Gellermann*, NuR 2020, 178 (180); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 23 は、環境に対する有益性が測定・評価可能でなければならないという。

56) *Wagner*, NuR 2021, 803 (805) によれば、従来、連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 4 号にいう「公共の安全」は、公共の安全および秩序に対する危険防御を目的とする法である警察法上の概念をベースに解釈されてきた。

57) EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, ECLI: EU: C: 2000: 124 Rn. 17; EuGH, Urteil vom 04.06.2002, Rs. C-503-99, *Kommission/Belgien*, ECLI: EU: C: 2002: 328 Rn. 47; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –, 2000 (abrufbar unter <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 13.

58) *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –, 2000 (abrufbar unter <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 13; *Hofmann*, NuR 2021, 217 (223); *Wagner*, NuR 2021, 803 (805); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 22.

なかで、このように捉えられる公共の安全には、エネルギー供給の保障も含まれうることを示唆していた<sup>59)</sup>。エネルギー供給が不安定化すれば、単に経済的な利益が損なわれるだけでなく、国家機関およびその重要なサービスの働き、さらには市民の生存をも脅かされかねないからである。

## ②エネルギー供給という公共の安全

このような解釈を連邦自然保護法 45 条 7 項 1 文 4 号にいう「公共の安全」にも当てはめるならば、鳥類に影響をおよぼす風力発電施設に対する特例付与の是非は、国家の存立を揺るがし、人々の生存をも脅かすほどの重大な脅威を避けるために、当該事業を特例的に実施してエネルギーの安定供給を保障しなければならないということを説得的に論ずることができるかどうかによるということになる<sup>60)</sup>。

たしかに、風力発電のような小規模分散型エネルギーに関しては、石炭火力発電や原子力発電のような大規模集中型エネルギーと比較して、個々の発電施設が一国のエネルギー供給全体に寄与する程度は微々たるものにすぎないとの指摘はありうる。あるいは空港や幹線道路のような大規模な交通インフラ施設の整備と比較しても、個々の発電施設の設置が周辺地域におよぼす社会・経済的効果は限定的にすぎないとの見方もありえよう<sup>61)</sup>。

しかし、それに対しては、風力発電の拡大によって目指される気候変動対策の性質に鑑みて、各地に分散している多数の風力発電施設を体系的に捉えるべきであるとの主張が学説において存在感を増している<sup>62)</sup>。ひとつひとつの再エネ施設

59) EuGH, Urteil vom 10.07.1984, Rs. C-72/83, *Campus Oil*, ECLI: EU: C: 1984: 256 Rn. 34; *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2022, 745 (748).

60) その一方で、学説のなかには、国家の存立を保障するために不可欠かどうかをそもそも度外視して、公共目的を満たす交通インフラやエネルギーインフラに対し、公共の安全を肯定する可能性を広く認めるべきであるとの見解もみられる。*Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz. Rn. 156.

61) そのように指摘するものとして、VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206 Rn. 125.

62) *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz. Rn. 157; *Hofmann*, NuR 2021, 217 (223).

による気候変動対策の効果は証明しえなくとも、それらの累積によってはじめて、温室効果ガス排出削減の実質的な効果が得られるからである。気候変動対策が、たとえば自然災害の大規模化から人々の生命や財産を守り、農林水産分野に対する被害を抑制するなどして人々の生活や社会経済の持続可能な存続と密接に関わっていることはいうまでもない。いまや国際法・EU法および国内法のあらゆるレベルの法規範によって根拠づけられる再エネないし風力発電の拡大という一般的な目標は、各州の電力需要や国土条件などに応じたさらなる具体化を経て、最終的には各地に分散する個々の発電施設の設置によって徐々に実現されることになる<sup>63)</sup>。州レベルでの具体化は、こうした目標達成のプロセスにおいてとりわけ重要であり、たとえば各州の国土整備計画では、当該州内で風力発電利用のために確保されるべき土地面積の割合であるとか、とくに風況のよい州域に関して最低限確保すべき具体的な発電量などが規定されることがある<sup>64)</sup>。個々の施設がそうした計画上の具体的な数値目標の達成に寄与していることに鑑みれば、発電量や地域的影響力のみを理由にその重要性を否定することは、やはり早計であろう。

さらに、欧州が直面している今般のエネルギー危機によって、気候変動対策に加えてエネルギー安全保障の観点からも、風力発電の価値はこれまでにないほど高まっている。従来のドイツのエネルギー事情に鑑みれば、風力発電の普及拡大がいくら喫緊の課題であるとはいえ、その進捗如何によって国家の存立を揺るがし、人々の生存をも脅かすほどの重大な脅威が起りうるなど、一般にはおよそ考えられてこなかったに違いない。ごく最近の公的な報告書でも、電源の多様化によって供給不足のリスクは最小化されており、現在も、さらに将来的にも電力需要は非常に高い蓋然性をもって満たされうるとの調査結果が示されていた<sup>65)</sup>。

63) *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250 (251); *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2022, 745 (748).

64) *Umweltministerkonferenz*, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, Stand: 13.05.2020 (abrufbar unter [https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4\\_1591168257.pdf](https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf), zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 8. ドイツの国土整備計画の仕組みについて、山本紗知「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)353頁。

65) *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Monitoringbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 63 i. V. m. § 51 EnWG zur Versor-

しかし、日本でも報じられているように、ドイツではロシアからの天然ガスの供給が大幅に削減されるなどしてエネルギー価格が高騰し、国民生活や社会経済は大きな打撃を受けている。2022年9月には、今後の電力供給に対する不安から少なからぬ世論の支持を得て、年内を期限としていた脱原発を翌年4月に先送りすることさえ決定されたというのは、事態の深刻さを物語っている。そうなれば、これまでの議論をさらに進めて、いまやエネルギーの他国依存から脱却するためのあらゆる措置は公共の安全に資するとの主張さえ現実味を帯びてくる<sup>66)</sup>。

気候危機とエネルギー危機という二重の苦境を背景に、2022年7月、陸上風力発電施設の計画・許可手続の迅速化を目的として、連邦自然保護法が改正された。先述のように、ここでは鳥類の殺害リスク判断に関する基準が設けられるとともに、風力発電事業に対する特例付与の円滑化・安定化のための措置として、「風力発電施設の稼働は顕著な (überragend) 公益を有し、かつ公共の安全に資する」(45b条8項1号)とする規定が新設された。これにより、連邦自然保護法45条7項1文4号および鳥類保護指令9条1項aにいう「公共の安全」を根拠とする特例付与が可能であることが明確化されたわけであるが、さらに法案理由書によれば、同法45条7項1号5号による特例事由の存否に関する判断において行政庁は、ここにいう「顕著な公益」を考慮しなければならないという。このように立法者は、同法45条7項1号4号・5号のいずれの規定に依拠しても、特例を付与する余地のあることを認めているようである<sup>67)</sup>。

---

gungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Stand: Juni 2019 (abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/monitoringbericht-versorgungssicherheit-2019.html>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 2 und 15; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –, 2000 (abrufbar unter <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2022), S. 15 f.

66) *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2022, 745 (748).

67) BT-Drs. 20/2354, S. 26 f.

#### 4. おわりに

以上、本稿では、鳥類等の野生動物の「殺害禁止」（連邦自然保護法 44 条 1 項 1 号）という法制度に着目して、風力発電施設の設置許可手続における諸利害の調整メカニズムを概観してきた。これまでみてきたように、この殺害禁止の仕組みに関しては比較的短期間のうちに、禁止の該当性に関する有意審査の局面から特例付与の局面へと視点を移しながら議論が展開され、EU 法によって要請される生態系の高い保護水準を下げることなく風力発電の大量導入を可能とすべく、鳥類保護とその他の諸利益との間の利害調整のあり方が詳細に検討されてきた。今後は、こうして明らかにされた枠組みのなかで、個々の事案ごとに、許可手続にある具体的施設に「優先すべき公益によるやむを得ない事由」や「公共安全」があるといえるかどうかについて、個々の事案ごとにさらに具体的な利害調整が行われていくことになる<sup>68)</sup>。さらにいえば、風力発電施設の設置許可手続に先立つ立地規制の段階でも、鳥類等の保護利益は重要な考慮要素となる<sup>69)</sup>。この段階では殺害禁止規定の直接的な適用はないものの、風力発電施設の立地計画の策定手続において行政機関は、計画によって影響を受ける鳥類等の保護利益を公益のひとつとして適切に衡量に組み込まなければならないとともに、その後の事業が殺害禁止規定に抵触して実施不能とならないかどうかを、殺害禁止の特例適用の必要性も含めて検討しておかなければならないからである<sup>70)</sup>。このような継続的・段階的な調整メカニズムが全体として今後どのように機能していくか、2022 年 7 月の連邦自然保護法改正の成果とともに注視する必要がある。ドイツとはそもそも計画・手続法制度に大きな違いのある日本においても、たとえば近年活用されつつある再エネ導入促進のためのゾーニング手法の具体化において、こうした自然保護への配慮に関する議論の深化が期待される。

68) *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250 (251) は、事案ごとの丁寧な理由付けの重要性を指摘する。

69) *Fellenberg*, in: *Kerkmann/Fellenberg* (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz. Rn. 39.

70) *Fellenberg*, in: *Kerkmann/Fellenberg* (Hrsg.), *Naturschutzrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2021, § 10 Artenschutz. Rn. 40, 49.