

論説

地区詳細計画上の利益衡量

——ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開——

2021年4月入学

田中裕登

I. 序論

- 1 問題関心
- 2 課題設定と構成
 - (1) 課題設定
 - (2) 構成

II. ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開

- 1 初期
 - (1) 連邦行政裁判所 1969年12月12日判決
 - (2) 連邦行政裁判所 1974年7月5日判決
 - (3) 「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明
 - (4) 衡量要請の保護規範性
 - (5) 小括
- 2 連邦建設法の1979年改正と建設法典の制定・1997年改正
 - (1) 連邦建設法155b条2項2文の新設
 - (2) 連邦行政裁判所1981年8月21日判決
 - (3) 建設法典の制定・1997年改正
 - (4) 連邦行政裁判所2004年3月18日判決
 - (5) 小括
- 3 ヨーロッパ化
 - (1) 建設法典2004年改正
 - (2) 連邦行政裁判所2008年4月9日判決
 - (3) EuGHによる司法審査
 - (4) 連邦行政裁判所2016年11月23日判決
 - (5) 連邦行政裁判所2015年5月5日判決
 - (6) 小括

III. 裁判例の分析成果と考察

- 1 裁判例の分析成果
- 2 衡量・衡量過程・衡量結果の再訪

- 3 計画維持規定の再訪
- 4 衡量瑕疵論の再訪
- 5 衡量要請の現代的意義
- 6 計画裁量の再訪

IV. 結論

- 1 結論
- 2 残された問題

凡例

- * 引用文中の、[]は筆者（田中）による補足、……は筆者による省略、『 』は原テキストによる強調である。
- * 本稿ではしばしば、分析対象の判例テキストの翻訳を、字下げしたブロックの中に小さめの活字によって掲げている。

I. 序論

1 問題関心

行政法学が研究対象とする、個人の自由・自律を前提に公益を実現する過程は、主体や利益の多様化に伴いますます複雑になっている。こうした複雑さに鑑み、憲法原理たる法治国原理の一内容として、「公益判断に当たっては、諸利益を均衡のとれた態様で表現されるようにし、考慮して、中立的な立場から衡量・調整することが求められる」¹⁾。この意味での法治国原理は、夙にドイツでは計画法の領域で、「衡量要請（Abwägungsge-

bot)」として連邦行政裁判所 (BVerwG) の判例・学説上認められてきた。

衡量要請は、建設管理計画 (Bauleitplan) のうち地区詳細計画 (Bebauungsplan) が満たすべき実質的要件の1つである²⁾。この要請は、いわゆる計画裁量 (Planungsermessen) の統制手法として、建設法典 (BauGB) に実定法化されている。それによれば、「建設管理計画の策定の際には、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種利益の相互間において、適正に衡量されなければならない」(1条7項)。適切な衡量を要求する衡量要請を巡って、計画策定機関が行った利益衡量の統制に関する裁判例・学説が展開してきた。特に、行政裁判所法 (VwGO) 47条に基づく規範統制 (Normenkontrolle)³⁾ によって直接に地区詳細計画の効力を争うルートを通じて、裁判例が蓄積されている。冒頭で述べた法治国原理の具体的な内容を把握するために、その蓄積を利用しドイツ計画法における衡量要請を取り上げることも正当化されよう。

ドイツでは、このような計画法領域における議論が、1970年前後から活況を呈していた⁴⁾。その動向に触発されて、日本の学説においても、特に1970年代から80年代にかけて、活発にドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開が紹介された⁵⁾。しかし、その

後に、ヨーロッパ化 (Europäisierung) の影響を受けて以降の裁判例をも含めて、通時的に裁判所における衡量要請の展開を辿った研究はほとんどない。実際に、日本における先行研究は、そもそもヨーロッパ化の影響に焦点をあてないものがほとんどである⁶⁾。その影響を認識して連邦行政裁判所の判例を紹介するものもわずかにある⁷⁾が、具体的な事案で衡量要請がどのような役割を果たすかに光をあてることにも、また、判例分析を活かしてドイツ計画法に関する考察の不足を補うことにも向かわない。そのように研究が停滞している原因はさまざまありうるが、ドイツと異なり要件裁量を承認する日本⁸⁾では、行政裁量の他に計画裁量を構想せず⁹⁾、計画裁量を統制する衡量要請やその具体的な事案における機能に注意を払ってこなかったことなどが挙げられるかもしれない。

しかし、以下の5つの理由から、ヨーロッパ化の影響を含めたドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開を現在に至るまで辿り、その成果を活かしてドイツ計画法に関する考察の不足を補う必要がある。第1に、競争法や公共調達法の領域のみならず、環境法・計画法の領域でもヨーロッパ化が進展している。いまやその文脈から切り離して、ドイツ計画法の裁判例を分析することはできない。

1) 山本隆司「現代における行政法学の体系」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 I ——現代行政法の基礎理論』31頁, 44頁 (日本評論社, 2016)。

2) 衡量要請以外の実質的要件として、計画の必要性 (建設法典 (BauGB) 1条3項)、空間秩序の目的との適合 (1条4項)、隣接するゲマインデとの調整 (2条2項)、土地利用計画 (Flächennutzungsplan) からの発展 (8条2項)、許容しうる地区詳細計画の内容 (9条) が挙げられる。さらに形式的要件として、管轄や手続などがある。

3) 規範統制手続の詳細について、南博方『行政訴訟の制度と理論』62-95頁 (有斐閣, 1968)、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」一橋論叢 92巻6号165頁, 165-174頁 (1984)、竹之内一幸「規範統制訴訟の機能、法的性格及び対象適格——ドイツ行政裁判所法47条を中心として」法学政治学論究 11号1頁, 1-19頁 (1991)、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリスト 1238号86頁, 103-105頁 (2003)。また、規範統制手続の裁判の一般的拘束力に関する内容・法的性質を明らかにし、さらに一般的拘束力が必要とされた理由を検討するものとして、巽智彦『第三者効の研究——第三者規律の基層』245-267頁 (有斐閣, 2017)。

4) Joseph H. Kaiser (Hrsg.), *Planung*, 6 Bde, 1965-1972.

5) II 1, 2の注に掲げる各邦語文献。

6) 特に近時のものとして、海老沢俊郎『行政裁量と衡量原則』(信山社, 2021)。

7) 湊二郎『都市計画の裁判的統制——ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審査に関する研究』(日本評論社, 2018)、同「計画確定決定の衡量統制に関する一考察(1)(2・完)——衡量の瑕疵とその有意性」立命館法学 385号1頁, 1-37頁, 386号50頁, 50-82頁 (2019-2020)。

8) 塩野宏『行政法 I [第6版]』141-145頁 (有斐閣, 2015)。

9) 一例として、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁。逆に、日本においてもあえて行政裁量とは別に計画裁量を論究するものとして、宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論 [第8版]』349頁 (有斐閣, 2023)。

第2に、具体的な事実関係にまで具に立ち入って判例を分析することによって初めて、実際に計画策定機関が衡量上顧慮すべき利益をその要保護性に応じて描出・解明・調整・衡量するという過程・結果を把握できる。このことは、法規範たる衡量要請が具体的事案においてどのように機能しているかということの理解をも深める。

第3に、後述するように、現在の衡量要請を巡る判例理論は、衡量要請の嚆矢となった裁判例から連なる過去の判例理論を先例として引き、同時に過去の判例理論によって規定されている。また、——これも後述するが——現在の建設法典に基づく法制度は、過去の判例理論・法制度を下敷きに構築されている。そのため、第1の理由として挙げたヨーロッパ化の影響の有無を含めて、衡量要請を巡る裁判例を通時的に辿って関連づける必要が高く、さもないと現在の判例理論・法制度を精確に理解することができない。さらに、連邦行政裁判所における衡量要請の展開を辿ることで、近時、欧州司法裁判所（以下、「EuGH」という。）や連邦憲法裁判所（BVerfG）のみならず連邦行政裁判所自身が従来の判例理論と整合するか問題となる判断を下していることも、明らかになる。

第4に、第2の理由に関連して、個別の事案ごとに計画策定機関が諸利益を描出・解明・調整・衡量する過程・結果を把握したうえで、裁判所によるこれらの統制・審査の在

り方を繰り返し分析することによって、ドイツ計画法における未解決の判例・学説上の問題を解決し、あるいは問題を再発見しうる。例えば、前者の問題としては、後述する衡量過程と衡量結果との区別が、後者の問題としては、計画裁量と衡量要請との関係を指摘できる。

第5に、衡量要請は、計画裁量¹⁰⁾の統制において計画を嚮導する原理として判例上形成されてきたものであり、ドイツのみならず日本の行政裁量一般の裁量統制を考える際にも基本モデルとして位置づけられる可能性を秘めている。要件裁量を否定するドイツ¹¹⁾では、従来、計画裁量と行政裁量が質的に異なるものとして区別されてきた。N・ルーマンは、法とは決定プログラムであり、その作成には条件的プログラム（Konditionalprogramm）と目的的プログラム（Zweckprogramm）の2つの形態のみがありうるといった¹²⁾。この決定プログラムの区別が、計画法規範の構造分析に流入する¹³⁾。例えば、衡量要請に関する代表的な研究を行ったW・ホッペは、計画法以外の行政法規範は「要件が充足されたならば、効果を発生させる」という条件的プログラムをもつものに対して、計画法規範はある目的とそれを達成する手段を確定するという目的的プログラムをもつため、行政裁量と計画裁量は異なる規範構造を有するから、2つの裁量が区別されるべきことを説いた¹⁴⁾。これに対して、両者の

10) ドイツにおける計画裁量概念とその特質について紹介する、比較的古い邦語文献として、遠藤博也『計画法』87-107頁（学陽書房、1975）、芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村敏正選暦『現代行政と法の支配』187頁、189-206頁（有斐閣、1978）、高橋信隆「計画裁量とその裁判的統制——行政法現象の動態的考察への一視角」立教大学大学院法学研究1号1頁、1-61頁（1980）、宮田三郎『行政計画法』75-115頁（ぎょうせい、1984）、同『行政裁量とその統制密度〔増補版〕』121-162頁（信山社、2012）、高橋滋「行政の政策的判断と裁判——西ドイツの議論を素材として」一橋法学93巻5号117頁、117-136頁（1985）、同『現代型訴訟と行政裁量』95-121頁（弘文堂、1992）、ヴァインフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究 日独比較を中心として』95-114頁（日本評論社、1995）。

11) 要件裁量にあたる判断余地を容易には認めないことにつき、BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 -, BVerfGE 61, 82.

12) N・ルーマン（村上淳一＝六本佳平訳）『法社会学』250-259頁（岩波書店、1977）。N・ルーマンのこの理論を行政法学一般に輸入したのもとして、Walter Schmidt, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), 321 (331f.).

13) Fritz Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, Teil B, 1974, S. 184f.

14) Werner Hoppe, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts - Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht -, DVBl 1974, 641 (643).

質的区別が合理的な理由に基づくものではないとの有力な批判も存在する¹⁵⁾。例えば E・シュミット-アスマンは、行政裁量と計画裁量はいずれも、行政活動は包括的な調査と衡量のもとでのみ行われうとの原理に従い、質的に異ならないという¹⁶⁾。仮に計画法規範とそれ以外の行政法規範になんらかの差があるとしても、そのことで行政裁量と計画裁量の差を直ちに説明することはできず、両者に差を設けない見解の方に分があると思われる。このように、ドイツでも計画裁量と通常の行政裁量の差異が相対化していると考ええると、ドイツにおける計画裁量の統制原理たる衡量要請を、ドイツのみならず行政裁量と計画裁量を区別しない日本においても、行政裁量一般の裁量統制を考える際の基本モデルとして位置づける余地はあろう¹⁷⁾。この衡量要請は、後述するように、計画を嚮導する原理として連邦行政裁判所の判例上形成されてきたものであり、時系列に沿って分析するに値する。

2 課題設定と構成

(1) 課題設定

上記第1・第2・第3の理由から、ドイツ連邦行政裁判所において衡量要請がどのように展開してきたのかを具体的な事実関係にまで具に立ち入って通時的に辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握することを、本稿の第1の課題として設定する。素材となる裁判例には、ヨーロッパ化の影響を受けたとされるものも含める。また、ここで「展開」を「通時的に辿る」とは、衡量要請に関する判例理論がどのように登場・発展・確立・定着し、あるいは変容を被ったかということ、具体的な事実関係に即して分析す

ることを意味する。

その後、上記第4の理由から、判例分析によって得られた成果を役立てることで、考察が不足しているドイツ計画法の判例・学説上の諸論点を再検討し、新たに問題を提起することも、本稿の課題となる。これを第2の課題としたい。

上記第5の理由に関連して、本稿のドイツ計画法に関する分析・考察の成果を(ドイツ)行政法学一般の議論に取り入れることができるか、あるいはそれらを日本法に(どの程度)導入できる(すべき)かを本格的に検討することは、本稿の課題から除き、他日を期したい。比較法の視点は有用であるが、日本法への輸入には慎重な準備と論理がなければならない。行政裁量と計画裁量には共通する点もあれば差異もあるため、一般化や日本法への輸入にはなお慎重にならなければならない。もっとも、上記の発展的な検討以前に、連邦行政裁判所における衡量要請の展開を辿って検討のための地盤を固めておくことは有益であろうし、本稿の価値を減じるものでもない。

(2) 構成

本稿は次の構成をとる。IIでは、本稿の第1の課題(2(1))に取り組む。そこでは、ドイツ連邦行政裁判所における裁判例を、初期(II 1)／連邦建設法(BBauG)1979年改正後(II 2)／建設法典2004年改正後から現在(II 3)という3つの時期に時系列上区分し、内在的な分析を試みる。

この3区分は、以下の形式的な、同時に実質的な理由による。区分は、それぞれ2つの大きな法改正がなされたことに概ね対応する。1つの法改正は、1979年の連邦建設法改正(以下、「1979年改正」という。)である。初期の裁判例は、衡量要請に違反する場合について定式化し、その司法審査が衡量過程の

15) *Hans-Jürgen Papier*, *Rechtlich Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts*, NJW 1977, 1714 (1715ff.); *Rüdiger Rubel*, *Planungsermessens*, 1982, S. 61f.; *Martin Ibler*, *Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht*, 1988, S. 216f.

16) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL Bd. 34 (1975), 221 (251f.).

17) 開放的な規範を行政が具体化するためには衡量が必要となり、衡量要請を法適用・法発見の手法の一般的なモデルとする教授資格申請論文(Habilitation)もある(*Eckhard Pache*, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, S. 479ff.).

みならず衡量結果にも及ぶと述べた(Ⅱ 1)。衡量要請を梃子に積極的な司法審査を行うこうした判例への反動から、「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」(155b条2項2文)という規定が設けられた(Ⅱ 2(1))。こうした計画の維持を志向する規定の導入・運用によっては、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。こうした可能性を、Ⅱ 2で検証する。

もう1つの法改正は、連邦建設法が建設法典に統合された後に行われた、2004年建設法典改正(以下、「2004年改正」という。)である。ヨーロッパ化の影響を受けた2004年改正の際に改正・新設された諸規定は、従前の衡量要請の取り扱いを変更しうるものであった(Ⅱ 3(1))。加えて、EuGHが近時下した判決、あるいはその司法審査の在り方は、衡量要請を含めたドイツ国内法規範の解釈・適用に波及効を及ぼしうるものであった(Ⅱ 3(3))。こうした移ろいを、Ⅱ 3で確かめる。

また、第1の課題に取り組むためには、公式判例集(Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)にとどまらず、他のデータベース(Juris)や判例評釈等を用い、下級審の事実認定を含めて最大限に事実関係を把握する必要がある。それに対応して、事案の概要の紹介に紙面を割き、判例テキスト(判示)を直接且つ多く訳出せざるをえなかったことについて、予めお断りしておく。このようにⅡは、上記の必要から、事案の概要と判例テキストの分析が大部を占めるという副作用が発生している。そこで本稿の構成は、この副作用に対応するための処方箋を、2つ提供している。1つが、各事案を説明するために用意した図や表であり、いま1つが、3つの時期ごとの小括(Ⅱ 1(5)、Ⅱ 2(5)、Ⅱ 3(6))とそれを再構成した裁判例の分析成

果(Ⅲ 1)である。特に最後の裁判例の分析成果は、Ⅱの全体像を能率的に把握する助けになるであろう。

その後、Ⅲ 2以下では、本稿の第2の課題に取り組む。すなわち、Ⅱから得られた成果を逆から辿ることで、ドイツ計画法に関して判例・学説が取り上げる諸論点について考察の不足を補い、新たな問題を提起する。考察の不足を補う諸論点には、衡量過程・衡量結果の意義と区別(Ⅲ 2)、建設法典上の計画維持に関する規定の解釈適用(Ⅲ 3)、学説における衡量瑕疵論の見直し(Ⅲ 4)、衡量要請違反の判断手法(Ⅲ 5)が含まれ、衡量要請と計画裁量との関係(Ⅲ 6)について新たに問題を提起する。

Ⅱ. ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開

Ⅱでは、第1の課題(Ⅰ 2(1))に取り組む。衡量要請は、どのような展開を辿って、ドイツ連邦行政裁判所にとっての裁量統制の規範として、あるいは計画策定機関にとっての行為規範として、機能するようになったのか¹⁸⁾。また、具体的な地区詳細計画において諸利益がどのようにして描出・解明・調整・衡量され、そして連邦行政裁判所がその衡量過程・衡量結果をどのように審査してきたのか。本稿はこれらの問いに一定の解を与えることを第1の目標とするのであり、その意味でⅡは本稿の核となる。

本論に入る前に、分析対象となる裁判例の採り方について指摘しておかなければならない。衡量要請を巡っては、下級審を含めると既に少なくない裁判例が蓄積されているため、これらすべてを通時的に辿って関連づけることが本来は望ましい。しかし、この作業は筆者の時間と能力を超える。そこで、衡量要請が問題となったドイツ連邦行政裁判所の

18) ある法規範が行政への行為規範として行政活動を制御すると同時に、司法への統制規範となりうることにつき、Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundsätze der Bauleitplanung, BauR 1978, 99 (104f., 106f.); Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe - Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), 400 (407ff.). 特に、衡量要請について、行為規範と統制規範が一致することについて、Wilfried Erbguth, Abwägung als Wesensmerkmal rechtsstaatlicher Planung - die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, UPR 2010, 281 (284). 本稿では、行為規範と統制規範との関係について、これ以上立ち入らない。

裁判例のうち、主要なものを分析の対象としたい。その選定の基準としては、下級審裁判例は挙げず、ドイツ連邦行政裁判所の裁判例のみを採った。公式判例集に登載された裁判例を中心に選定したが、それ以外のドイツ連邦行政裁判所の裁判例も一部取り上げた。

1 初期

1では、衡量要請が登場してから一旦確立するまでの裁判例を、分析する。まず、初めて計画裁量と衡量要請との関係を示して、衡量要請に違反する場合についての一般論を述べた、連邦行政裁判所1969年12月12日判決をみる(1)。次に、衡量要請が衡量過程にも衡量結果にも及ぶと判示し、さらに判例・学説で示された衡量要請の定式が具体的な事案においてどのような機能を果たすかにある程度の見通しを与えた、連邦行政裁判所1974年7月5日判決をみる(2)。これら2つの判決が、衡量要請を確立させた重要な裁判例であるが、行政裁判所法上の「利益」「権利」概念を梃子に実体法上の衡量要請を解釈して、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明した、連邦行政裁判所1979年11月9日決定と連邦行政裁判所1998年9月24日判決も紹介する(3)。特に後者の判決は、衡量要請規定の規範の性質について興味深い判断を下している(4)。

(1) 連邦行政裁判所1969年12月12日判決

1960年、連邦建設法が制定された¹⁹⁾。衡量要請は、1986年の建設法典制定前から、実定法化されていた(同法1条)。同法の制定によって、連邦行政裁判所は建設法に実体法上介入できるようになった。1965年以来、連邦行政裁判所のうち第4法廷が、建設法に関連する事件を担当する。衡量要請規定を制

定するにあたっての立法者の意図は、未だ謎に包まれたままである²⁰⁾。そのような背景のもとで衡量要請の嚆矢となったのが、連邦行政裁判所1969年12月12日判決²¹⁾(以下、「1969年判決」という。)である。1969年判決以前にも、衡量要請の意義を明確にする機会はあったが、連邦行政裁判所はこれを追究しなかった²²⁾。

a 事案の概要

原告は、被告に対して、地区詳細計画の認可を求めて義務付け訴訟を提起した(以下、図1参照)。

問題となった地区詳細計画は、Lüneburgの東に位置するゲマインデW(Wendhausen)に関するものであった。ゲマインデW全体の人口は約360人であり、その中で、W地区には240人、S(Sülbeck)地区には70人、新S/新W地区には50人が住む。地区詳細計画の前提となる、土地利用計画(Flächennutzungsplan)は存在しなかった。地区詳細計画は、新S/新W地区の拡張を予定する。新S/新W地区には現在、古い農家と新しい転入者が同居している。それらは全部で10軒あり、ラント道221号の両側に距離をとって存在し、森林に周りを囲まれている。新S/新W地区からW地区(集落)までは、4キロメートルある。W地区は、大小さまざまな農場から成り、ラント道221号から分岐する郡道を経由して、新S/新W地区に到達する。S地区(集落)は少ない農家と1つの民宿から構成される住宅群であって、ラント道221号沿いに東に4キロメートル離れたところにある。

問題となった地区詳細計画には、かつて農業に利用されていた3ヘクタールの土地が関係する。この土地の西にすぐ行けば、新W地区最古の家である、農家Aがある。農家Aは、新W地区のその他の家から500メー

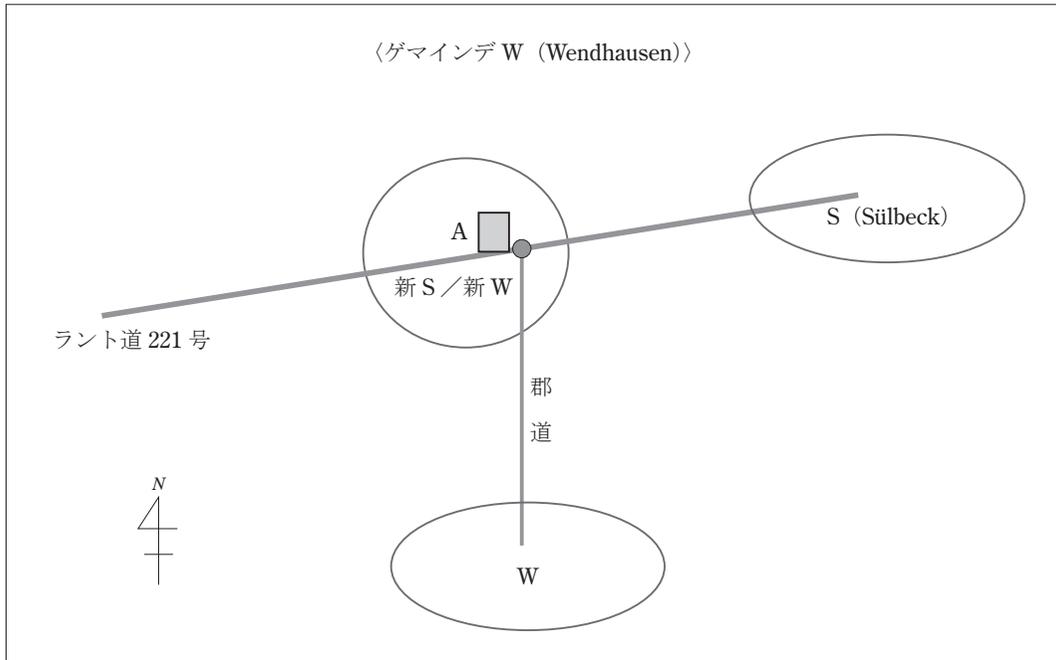
19) Bundesbaugesetz vom 23.06.1960, BGBl. I 1960 S. 341.

20) Jörg Berkemann, Das „Abwägungsmodell“ des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) - Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, DVBl 2013, 1280 (1281). 衡量要請規定は、同時期に制定された耕地整理法(FlurbG) 44条2項に影響を受けた可能性がある。同規定は、土地の補償の際には、あらゆる参加者の経済的関係を互いに衡量すべきことを定めていた。

21) BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301.

22) BVerwG, Urt. v. 29.08.1961 - I C 36.60 -, DVBl 1962, 223; BVerwG, Urt. v. 23.04.1969 - IV C 12.67 -, BVerwGE 32, 31.

図 1 : 1969 年判決の事案の概要



トル東に存在する。元々計画地域は、約 6 ヘクタールの農場に属していた。前の農地所有者が、経済的な苦況に陥り、1961 年には計画地域を分筆して、それらを農業に従事せず建築に関心をもつ者に売り始めた。原告は、既に同年 3 月、問題の建築地域について、建築物の構成と地域像の配慮への要求を定める地域条例を制定していた。原告はそれに続けて、地区詳細計画の原案を、まず建築家 S に作成させ、分筆された土地の買い手のうちの 1 人に処理させ、後に建築家 B に完成させた。その際、参加した群の建築局も、原案の作成を手伝っていた。

地区詳細計画は、計 17 の建築区画を指定した。その建築区画は、農家 A から 100 メートル東に行ってラント道 221 号に合流する環状型道路を通じて開発された。給水に関しては井戸で行い、下水は各々自分で行うことが予定されていた。

作成手続等において道路建築局が一定の条

件の下で道路建築に同意した後に、原告の参事会 (Rat) は、条例で地区詳細計画を決定した。しかし被告は、当該計画の先に土地利用計画が作成されなければならないことを理由に、当該計画の認可を拒否した。加えて、被告によれば、地区詳細計画は道路交通事情と調和していなかったという。ラント道 221 号に流れこむ交通量の増加は、通りの交通も、住民特に集落の学童をも危険に晒す。ゲマインデの発展傾向が、事案の状況に応じて W 全域に見出されなければならなかった。

裁判では主として、地区詳細計画が、衡量要請を含む連邦建設法 1 条 4 項、5 項に違反するかどうかの問題となった²³⁾。

b 分析

1969 年判決は、衡量要請違反を判断するより前に、計画裁量とその特質に取り掛かる。

「……連邦建設法 2 条 1 項に基づき、『建設

23) この判決においては、以下の 2 点も問題となった。第 1 に、控訴裁判所の決定理由を述べる義務を十分に履行していないために、行政裁判所法 130 条 1 項に違反しないか。第 2 に、地区詳細計画は原則として土地利用計画から発展させなければならない (連邦建設法 8 条 2 項 1 文) とされているが、本件はこれに対する例外として土地利用計画が不要とならないか。これらの諸点は、本稿とは関連が薄いことから、これ以上は立ち入らない。

管理計画は……必要であるとすぐに、必要な範囲で、ゲマインデによって自らの責任において作成される』。この規定は、ゲマインデの『計画高権 (Planungshoheit)』の承認を含み、計画高権はその場合にとりわけある計画裁量の承認を意味する……。『裁量』という語が、計画高権に含まれている形成の自由を適切に表現しているかどうかは、それ自体に基づくかもしれない。裁量の実体法上の概念については、意見の相違がある。しかし、この専門用語の概念上の問題に対する答えに依存せず、いずれにせよ以下のことは確かである。第1に、計画を策定する権限は……形成の自由における多かれ少なかれ広汎な余地を含み、そして含まなければならぬ。なぜなら、形成の自由なき計画策定は、それ自体自己矛盾であろうからである。第2に、この計画上の形成の自由は、ある特定の精神作用に還元されず、——特に認識 (Erkennen)、評定 (Werten)、評価 (Bewerten) さらに意欲 (Wollen) といった——種々の要素を含む。第3に、行政裁判所による計画策定の統制には、計画策定と形成の自由の結合から、必然的に制限が生じる。その制限は、個々の場合に形成の自由の法律上の限界が越えられたかどうか、あるいは、形成の自由が授權に相応しない方法で行使されたかどうかという点である (行政裁判所法 114 条参照)。最後に第4に、他の行政庁の計画策定への参加は、さまざまな方法で、そして全くその時々の既存の形成の自由に対する真の参加としても予定することができる。しかし、認可の必要とともに連邦建設法 11 条に規定されている上級行政庁の参加は、法的統制の権利・義務に収斂する (6 条 2 項と結びついた 11 条 3 文)²⁴⁾。

計画裁量は、「計画上の形成の自由 (plane-rische Gestaltungsfreiheit)」と呼ばれることもある。計画裁量は、計画高権の承認を含む連邦建設法 2 条 1 項に基礎づけられるという。後にこの記述は、I 1 の第 5 の理由で述

べた、計画裁量と行政裁量は質的に異なるかという論争を引き起こす。広範な計画裁量を前提とすれば、地区詳細計画の司法審査は憲法上の比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) に基づく審査に限定されるようにも思える。

この判示の直後、以下のように続けられる。

「……このこと背景から、連邦建設法 1 条について、以下のことが言える。すなわち、同条 1 項、3 項、4 項そして 5 項で、それぞれ前提、制限、目的、指導原理 (Leitsatz) の形式で立てられた建設管理計画の基本規則は、上述の計画裁量を拘束することを基礎づけ、当該基本規則が遵守されているかどうかについてののみ、上級行政庁による監督にも、行政裁判所による統制にも服する」²⁵⁾。

このように 1969 年判決は、地区詳細計画の司法審査が憲法上の比例原則に基づくものに限定されるとの立場に与しない。計画裁量によって計画策定の統制には制限が生じるものの、連邦建設法 1 条 1 項、3 項、4 項、5 項という「基本規則」が地区詳細計画において遵守されているかどうかについては、裁判所が統制するという。

このうち、1 条 4 項、5 項は、次のように規定されていることが確認される。

「建設管理計画は、住民の社会的および文化的必要性、住民の安全および健康を基準としなければならない [(1 条 4 項 1 文)]。その際、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において、適正に衡量されなければならない [(同項 2 文)]。建設管理計画は、住民の住宅需要に役立ち、住宅制度における財産形成を促進しなければならない [(同項 3 文)]。

建設管理計画は、教会と公法上の宗教団体によって確認された、礼拝および魂への配慮に必要とされるものを考慮しなければなら

24) BVerwGE 34, 301 (304).

25) BVerwGE 34, 301 (304f.).

ず、経済、農業、青少年の育成、交通そして国防の必要性を顧慮しなければならず、自然そして風光の保護の利益と現地そして地方像の形成に役立たなければならない。農業に利用される土地は、他の利用手段のために必要な範囲でのみ予定され、要求される〔(同条5項)〕。

……衡量要請は、……連邦建設法1条が明示に規定していないときでも建設管理計画が考慮しなければならない、一般に法治国上の計画策定の本質に内在する原則である。その点で、衡量要請の格別の意義は、連邦建設法がこの要件を4項の内部でではなく独立した6項で規定したならば、より明白に出現したであろう²⁶⁾。

まず、連邦行政裁判所は連邦建設法1条4項、5項の構造に着目し、衡量要請を体現する同条4項2文と、「指導原理」としての同条4項1文、同項3文、5項の2つに区別している。同条4項2文に規定される衡量要請は、単なる法律上の要請を超えて、「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」として考慮しなければならないという²⁷⁾。衡量要請が「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」であることは、同じ年の4月30日判決で既に示されていた²⁸⁾ ことに加えて、その後も折に触れて言及される²⁹⁾。

連邦建設法1条のうち、指導原理としての4項1文、同項3文、5項について、以下のように述べる。

「……建設管理計画の策定に際して他のすべてに上位する、都市建設上の発展の秩序づけ

という目的(1条1項)は、その第1のそして最も直接の表出を、同条4項1文の(主要な)指導原理に見出す。当該指導原理は、建設管理計画の策定に、住民の社会的および文化的必要性、住民の安全および健康を基準とすることを義務づける。この主要な指導原理は、同条4項3文および5項におけるさらなる原理を通して、説明も補充も受ける。次に、この方法で秩序ある都市建設上の発展の目的に照らして把握される利益は、基本的に衡量要請の『公益』という指標に入る。これらの公益は、まず同種利益の相互間で、そしてそれに加えて具体的な関連において顧慮すべき『私益』との相互間で適切に衡量されなければならない³⁰⁾。

指導原理のうち1条1項、4項1文が、同項3文、5項により「説明」・「補充」され、これらの諸規定に照らして衡量要請に取り容れられうる利益が描出・解明される。また、1969年判決は、公益と公益・公益と私益との相互間の調整をいうが、私益と私益との相互間の調整には言及していない。

続けて、1条4項1文、同項3文、5項に含まれる概念が、その解釈・適用が上級行政庁のみならず行政裁判所の無制限の統制にも服する不確定法概念(*unbestimmte Rechtsbegriffe*)であると述べる³¹⁾。確かに、計画策定機関が特別な専門知識を要する問いに回答する場合にはその見解・判断が優先するが、この場合にはあたらぬ。

では、以上の指導原理の規定とは区別される衡量要請の遵守(1条4項3文)については、いかなる裁判所による統制に服するか。

26) BVerwGE 34, 301 (306f.). 実際1969年判決後、連邦建設法1条4項1文、3文および5項は、同法1条6項においてまとめられ、「建設管理計画は、秩序ある都市建設上の発展及び公共の福祉に対応する社会的に適正な(*sozialgerecht*)土地利用を保障し、人間らしい環境(*eine menschenwürdige Umwelt*)を保全することに寄与しなければならない」と定められた。その後、同法は1976年に改正され、1条7項に同様の規定が設けられた。

27) 衡量要請と法治国原理との関係につき、*Erbguth*, a.a.O. (Fn. 18), 281 (281ff.). さらに、衡量要請と他の憲法原理との関係につき、*Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Planung unter dem Grundgesetz*, DÖV 1974, 541 (542f.).

28) BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 - IV C 6.68 -, NJW 1969, 1868, juris, Rn. 17.

29) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 (63); BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

30) BVerwGE 34, 301 (307).

31) BVerwGE 34, 301 (308). 不確定法概念を含む、ドイツの行政裁量審査に関する、邦語での一般的な説明として、高橋滋・前掲注10)『現代型訴訟と行政裁量』9-33頁。

「計画指導原理の解釈・適用とは異なり、その時々々の計画策定が適切な利益衡量を基礎にしているかどうかという問いは、監督官庁および行政裁判所によって無制限の統制に服するわけではない。……この見解は、計画策定は——まず私益を問題とせず——、通例異なる公益間での調整または妥協を必要とし、しばしば計画策定の過程で、ある必要性には同時に他の必要性から奪われないものは何も認められず、そして優位に値するものや優位に関して同時に要求される決定において、計画策定はまさに計画策定として表現されそして証明されるということを見誤っている」³²⁾。

指導原理とは異なる衡量要請の遵守は、裁判所によって無制限に統制されるわけではない。計画策定においては諸利益を「調整」・「妥協」することが通常であって、そこで「表現」・「証明」されたものについて一定の司法審査に服するという。ここでも、上記の計画裁量の特質が念頭に置かれている。また1969年判決の段階では、(2)で後述する、計画策定の過程と結果を区別するというような議論はなされていなかったことがわかる。

1969年判決はその後、「適正に衡量する」とは何を意味するのかという問題に目を向ける。以上のような計画策定の特性に照らし、衡量要請に違反する場合を以下のように定式化する。

「……すなわち、適正な衡量の要請に、(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合は違反する。適正な衡量の要請に、利益衡量において事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合は違反する。さらに、適正な衡量の要請に、関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が

個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合は違反する。しかし、そのようにして得られた枠組みの中においては、計画策定を任じられたゲマインデが、異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合には、衡量要請に違反しない。つまり、そのような枠組みの中において、特定の利益を優先しあるいは後退させることは、そもそも後づけできる衡量過程ではなく、どのようにそしてどの方向にゲマインデが都市建設上秩序正しく発展し続けようとするかを表現する、まさに基本的な計画上の決定である。それゆえ、上級行政庁および行政裁判所の計画統制に限界が設定されることは避けられない」³³⁾。

ここで示された定式が、現在も形を若干変えながら引き写される、伝統的な判示部分である³⁴⁾。すなわち、衡量要請に違反するのは、第1に、「(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合」、第2に、「事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合」、第3に、「関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合」である。文言上は、第3の場合の前段は「私益」の誤認に、第3の場合の後段は「公益」との調整にそれぞれ限定されているが、その後の裁判例によればこれらの基準は「公益と私益の双方」に妥当する³⁵⁾。ただし、計画裁量への配慮も同時に読み取ることができる。「異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合」には、「まさに基本的な計画上の決定」として、衡量要請に違反しない。

32) BVerwGE 34, 301 (308f.).

33) BVerwGE 34, 301 (309).

34) Hans-Georg Gierke/Gerd Schmidt-Eichstaedt, Die Abwägung in der Bauleitplanung: Gestaltungsspielräume, Grenzen, Direktiven, 2019, Rn. 1ff.; Ulrich Battis, in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr (Hrsg.), BauGB, Kommentar, 15. Aufl., 2022, §1 Rn. 90ff.

35) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110.

具体的な事実関係に即して上記定式を適用すると、原告が作成した地区詳細計画は衡量要請を含む連邦建設法1条4項、5項に違反するという。実際の地区詳細計画の策定の際に諸利益がどのように描出・解明・調整・衡量されてきたのかについて、以下のことが述べられる。

まず、計画策定に起因する不利益が確認される。

「予定されている入植は、ラント道221号の交通事情に少なからず抵触し、そしてそれを害することは、控訴裁判所の事実認定に従えば疑うべきではない。……同様に、控訴裁判所の説得力のある論述は、『住民の住宅需要』が——『社会的および文化的な必要性』と相俟って——、原告の計画策定を支えるのではなく、むしろそれに反対することに疑いを残さない」³⁶⁾。

計画策定により入植が行われれば、ラント道221号の交通上の利益が損なわれるのみならず、住民の住宅需要は満たされない結果となる。ただし、1969年判決は計画策定に起因する不利益を確認するものの、控訴裁判所の検討をほとんど踏襲していることには、慎重を要する。

計画策定に起因して上記の不利益が生じるからといって、直ちに地区詳細計画が衡量要請に違反する状態になるわけではない。地区詳細計画を下支えする諸利益およびそれらとの衡量が、語られなければならない。

「本件の交通利益にも住宅需要にも不利益な関係が、いかなる場合であっても地区詳細計画が認可されえない状況をもたらすかどうかについて、当裁判所は疑問をもつ。道路建築局の同意や釣り合った安全な合流の形成の可能性について原告が主張することは、衡量原則との関連で、事情によっては計画裁量によって充足され、計画策定に起因するこのような

不利益をその重要性において後退させる利益評価 (Interessenbewertung) として、理解されうる。仮に、1条4項および5項で言及される類の十分に重要な利益が計画策定を支えるということによってこのような評価が支持され、そしてこのような利益を優先することが同じく計画裁量の内部で認められるならば、既に確認された不利益が生じる地区詳細計画も、結果として1条4項および5項に適合するということは十分に考えうる。しかし今回の場合には、このような検討をするについての根拠がない。……仮に、1条1項を乗り越えるために、地区詳細計画がなんらかの公益を促進しようということを原告に認めたとしても、計画策定によって引き起こされる不利益と対立する際に関係する諸利益を無視することは、明らかに誤りである。……したがって、地区詳細計画が1条4項および5項に違反することは確かである」³⁷⁾。

1969年判決は、計画策定に起因する上記不利益にもかかわらず、連邦建設法1条4項、5項で言及される類の計画策定を支える諸利益が「無視」され、「明らかに」描出・解明されなかったといえる (せいぜい認められて農家Aの経済的利益)。もっとも、手つかずの問題は少なくない。計画策定を支える諸利益が、実際の衡量過程・衡量結果の中でどのようにそしてどの段階で描出・解明され、均衡のとれた態様で調整・衡量されなければならないのか。1969年判決が示した定式は、具体的な事実関係においてどのような機能を果たすのか。先の定式が判例理論として通用するかどうかは、1969年判決時点では不確かであった³⁸⁾。

c 学説における衡量瑕疵論の登場

上記の定式がその後の裁判例・学説に定着したことには、学説の寄与も大きい。というのも、1969年判決自体は、実際に行われた衡量が一般論で示された3つの文のいずれに違反したのかを示しておらず、衡量要請に違

36) BVerwGE 34, 301 (310f.).

37) BVerwGE 34, 301 (311f.).

38) Konrad Redeker, Richterpersönlichkeiten - Erinnerungen eines Anwalts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 127 (147).

反する場合を定式化した3つの文の関係も明らかではなかったからである。

特に代表的な学説として、W・ホッペは、1969年判決の評釈において、連邦行政裁判所は以下の4つの違反の構成要件（Verletzungstatbestand）を定立していると主張した。

「(a) 衡量の欠落（Abwägungsausfall）：適切な衡量がそもそも行われなかった場合。(b) 衡量の不足（Abwägungsdefizit）：衡量は行われたが、衡量に『事案の状況に応じてそれに取り容れられ』なければならない利益が取り容れられなかった場合。(c) 衡量の誤評価（Abwägungsfehlschätzung）：影響を受ける（公的または私的）利益の『意味』が見誤られている場合。(d) 衡量の不均衡（Abwägungsdisproportionalität）：計画策定に関係する（公的または私的）諸利益の調整が、個々の利益の客観的な重みと比例しない方法で行われる場合」の4つの違反の構成要件として整理した（以下、「学説における衡量瑕疵論（Abwägungsfehlerlehre）」ということがある。）³⁹⁾。

W・ホッペによるこの定式化は、現在に至るまで概ね採用されている⁴⁰⁾。

(2) 連邦行政裁判所 1974年7月5日判決

1969年判決およびその後の学説の示した衡量要請の定式（(1)）をさらに発展させようとしたのが、連邦行政裁判所 1974年7月5日判決⁴¹⁾（以下、「1974年判決」という。）である。1974年判決は、1969年判決の定式を発展・確立させた。また、より具体的な事実関係に即した衡量過程・衡量結果に、スポットライトがあてられた。

a 事案の概要

参加人1は、ガラス工場の企業であり、旧

市街の西にある地区に位置する参加人2の地域に、工場を建てることを予定する。原告は、工場建築予定地のすぐ近くに住んでいる。被告決定委員会（Beschlussausschuß）は、1970年10月30日、参加人1の申請に対し、営業法上——建築法上の認可を与えた。この認可に対して、原告が取消訴訟を提起した。以下、若干事実関係が複雑であることから、事案の概要を簡単に図にした図2と、建築認可取消訴訟までの主な流れについて表1を添えている。

参加人1は、ガラス製造のための工場を予定している。この工場で、500人の従業員が1日600トンのガラスを製造しようとしている。建物は、前面の長さが800メートル近くある。建築予定地は未開発で、幅約700メートル、長さ1400メートルで、広さは60ヘクタール以上ある。

建築予定地の北東部には、多数の小菜園や、付近を通るW道路沿いに27戸の住宅がある。原告は建物相続人として、一戸建ての建つW道路沿いの土地に居住している。建築予定地の北側には、広大な住宅地からなるが工業によって周りを囲まれるHeßler地区、および墓地がそれぞれ存在する。建築予定地の東側には、道路が走り、範囲の広い住宅地へつながる。さらに東側には、再び工業地域が続く。建築予定地の南あるいは南東には、スポーツ場、景観保護下にある土地N、廃棄物処理場そして繋駕速歩レースの走路がある。さらに南側には、1つの大きなプールと多数のさらなるレジャー施設を伴った建築中のレジャー公園がある。建築予定地の西側では、緑道と境を接している。

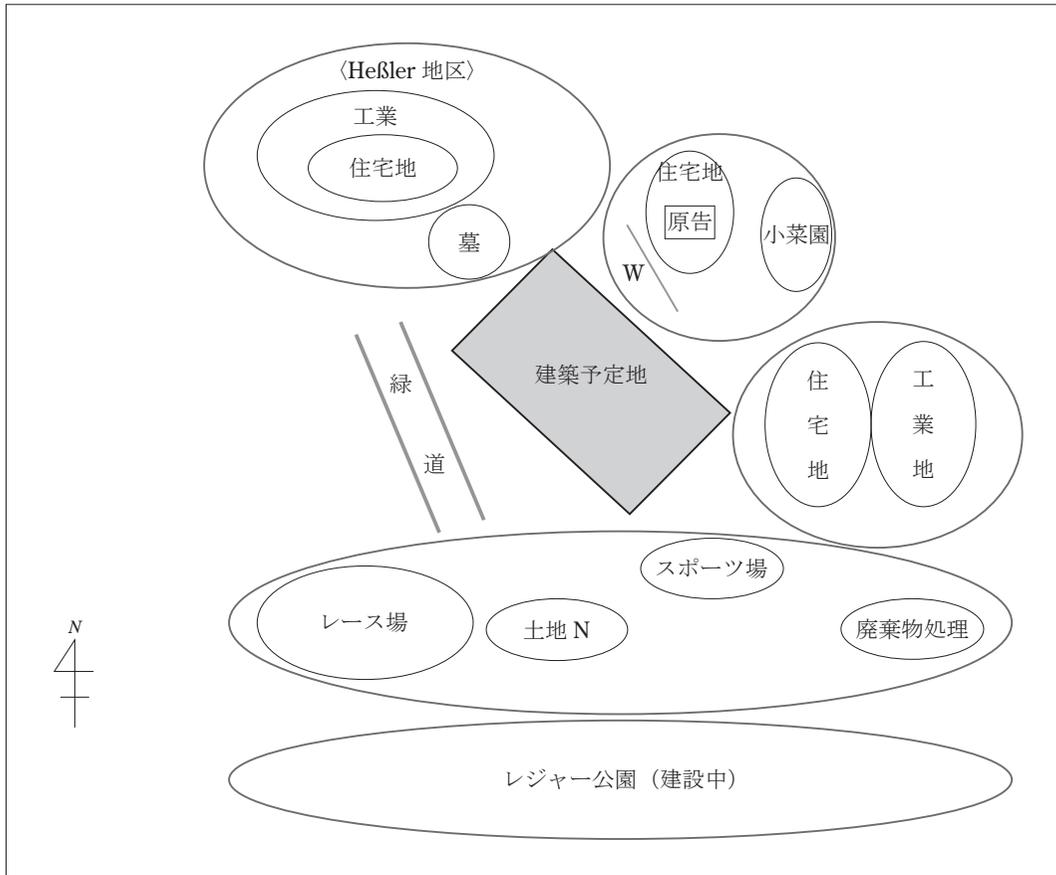
1952年2月18日の従前の参加人2の計画は、ガラス工場として指定された範囲を、緑

39) Werner Hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§1 Abs. 4 und 5 BBauG), BauR 1970, 15 (17f.). ホッペの上記見解に賛同した比較的古い学説として、Konrad Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757 (762); Hans-Jürgen Papier, Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl 1975, 461 (462ff.).

40) Wolfgang Rieger, in: Wolfgang Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 2019, §1 Rn. 600; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 34), §1 Rn. 93; Franz Dirnberger, in: Willy Spannowsky/Michael Uechtritz (Hrsg.), BauGB, Kommentar (Stand: 2022), §1 Rn. 136; Wilhelm Söfker, in: Werner Ernst/Willy Zinkahn/Walter Bielenberg/Michael Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Kommentar (Stand: 2022), §1 Rn. 185. 現在の標準的な行政法の教科書もこれによる (Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, §7 Rn. 64).

41) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309.

図 2 : 1974 年判決の事案の概要



地、小菜園、そして小さな集落地域として構想していた。1966年の終わりに発効されたルール石炭地域居住連合（Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk, 以下、「ルール連合」という。）の地域発展計画は、その指定された範囲を居住地域としていた。これらの両計画は、1970年、参加人1の予定を実現可能にする地区詳細計画148号の作成との関連で、修正されることになる。1970年10月5日に決定された地区詳細計画は、当初のガラス工場の建築区域を越える範囲、とりわけW道路の入植も含む範囲を、工業地域として指定した。それに加えてこの地区詳細計画は、工業地域の北側を商業地域に、北東側を緑地そして一般住宅地域に、そして東側を混合地域と公共用地（老人ホーム）に指定する。特に工業地域の指定は、それに対応して修正される地域発展計画および土地利用計画と整合す

る。

参加人1の前権利者たる Delog 社は、長年ガラス工場を操業していた。フロート法によって作動する新施設を建築するとの Delog 社の希望により、1969年、参加人2行政庁との数ヶ月にわたる話し合いの末、DEA 社が所有するかつての鉱山地に関して意見が一致した。この土地について、Delog 社は、1969年12月8日に、営業法16条に従って、認可を申請した。1969年12月に当該土地の下にある鉱区を取得したルール炭鉱株式会社は、1970年1月13日、参加人2に対し、参加人2は鉱業法上の理由から予定していた場所での施設の建築を許可することができないということを通じた。1970年1月26日に、参加人2土地委員会（Liegenschaftsausschuß）が緊急決定を勧告し、市長と市議員は1970年1月29日に、提案された緊急決定を

表 1：建築認可取消訴訟までの主な流れ

1952年 2月 18日	参加人 2 が土地利用計画を策定する
1966 年末	ルール連合が地域発展計画を策定する
1969 年	Delog 社と参加人 2 行政庁との間で土地に関して話し合い、合意する
1969年 12月 8日	上記土地に関する営業法上の認可を申請する
1970年 1月 13日	ルール炭鉱株式会社が参加人 2 へ通知する
1970年 1月 26日	参加人 2 土地委員会が緊急決定を勧告する
1970年 1月 29日	市長と市会議員が緊急決定をし、参加人 2 行政庁が Delog 社に説明・提案する
1970年 2月 2日	参加人 2 参事会が上記緊急決定を承認する
1970年 3月 9日	参加人 2 参事会が地区詳細計画 148 号を作成し、土地利用計画変更の開始を決定する
1970年 4月 3日	ルール州建築局が土地利用計画変更に対する反対の意見を述べる
1970年 4月 27日	ルール連合が地域発展計画変更の開始決定（限定つき）をする
1970年 5月 25日	参加人 2 参事会が地区詳細計画を変更する
1970年 6月 11日	ルール連合が地域発展計画の変更を決定する
1970年 7月 8日	Nordrhein-Westfalen 州首相が上記決定を承認（条件つき）する
1970年 8月 4日	参加人 2 参事会が地区詳細計画を変更する
1970年 8月 26日	被告が参加人 1 の予定を公示する
1970年 10月 5日	地域発展計画・土地利用計画が修正され、地区詳細計画等の策定手続が終結する
1970年 10月 30日	被告が建築施工を許可し、条件つきで建築認可を決定する
1970年 11月 11日	原告が上記建築認可決定に対して取消訴訟を提起する
1971年 2月 2日	ルール州建築局が土地利用計画の変更と地区詳細計画を認可する

行った。同日、参加人 2 行政庁は、Delog 社に対して、緊急決定で言及された提案について説明した。この提案で、Delog 社には、最初の建築段階のために必要な土地はすぐに意のままになるということ、当該土地上に製造工場を設置することも可能になるはずだということ、そして都市がそれに対応した地区詳細計画の策定を予定するということが保証された。参加人 2 参事会は、1970年 2月 2日、1970年 1月 29日の上記緊急決定を全会一致で承認した。

これらの経緯から、1970年 3月 9日、参加人 2 参事会は地区詳細計画 148 号の作成および土地利用計画の変更の開始を決定した。その後の提案手続（Anregungsverfahren, 連邦建設法 2 条 6 項）⁴²⁾ で、特に予定された施設の近隣に居住する私人から、多数の異議がなされた。ルール州建築局も、1970年 4月 3日、建築予定地は住宅地域として使用するのに最も適している等の理由で、土地利用計画の変更に対する反対した。ルール連合同盟委員会は、1970年 4月 27日、1966年の地域発展

計画の変更手続の開始を決定した。しかしそれと同時に、同委員会は土地 N を保護するために、工業地域として予定された土地を限定した。1970年 5月 25日、参加人 2 参事会はその限定に即して、提出された計画を変更した。次いで、参加人 2 参事会は、地区詳細計画 148 号を条例として決定した。

1970年 4月 27日に開始された手続は、1970年 6月 11日、内容的に変更された建設管理計画に合致するルール連合同盟委員会の決定に至った。Nordrhein-Westfalen 州首相は、1970年 7月 8日、同盟委員会の上記決定を以下の条件で承認した。その条件とは、新たな商業入植の範囲および工業入植の範囲の南側境界は、北にさらに約 300メートル延びるべきであるというものである。この条件によって、地区詳細計画 148 号およびそれに対応する土地利用計画を新たに変更することが必要となった。参加人 2 の参事会は、1970年 8月 4日、州首相の条件に沿って 1970年 3月 9日に作成された地区詳細計画案を変更することを決定した。その後、参加人 2 に

42) 1960年制定時の同規定によれば、建設管理計画の案の「縦覧の場所及び期間は、縦覧期間内に異議及び提案を提出することができることの指示とともに、少なくとも 1 週間前に地域的に通常の方法で公示されなければならない」だった。

は、再び多数の異議と提案が寄せられた。提案手続の係属中に被告は、1970年8月26日、営業法17条2項に基づき参加人1の予定を公示した。この手続においても、多数の異議がなされた。

土地利用計画の修正と地区詳細計画148号の作成に関する手続は、1970年10月5日の会議で終結した。同日、第1に、参事会は1970年5月25日の変更決定を撤回することを決定した。第2に、参事会は、近隣住民等のさらなる異議を棄却し、指定から一部地域を削除すること等の変更を決定した。第3に、参事会は、土地利用計画の変更および地区詳細計画の現在版を決定した。この計画の理由づけは決定されていない。

2つの建設管理計画の認可手続中に、被告は営業法上の手続を完了させた。被告は、審議に基づき、1970年10月30日、即時の建築施工を許可すると同時に、以下のことを決定した。すなわち、参加人1に対して、連邦建設法33条と結びついた営業法16条に基づき、特に環境汚染防止と労働保護に奉仕する計41の条件による限定のもとで、フロートガラス施設の建築・操業のために申請された認可を与えた。ルール州建築局は、1971年2月2日、土地利用計画の変更および1970年10月5日決定版の地区詳細計画148号を認可した。原告は、1970年11月11日付の書面で、1970年10月30日に参加人1に与えられた建築認可の取消訴訟を提起した。

この裁判においても、主として衡量要請違反が問題となった⁴³⁾。

b 分析

1974年判決はまず、過程としての計画と、この過程の産物としての計画を区別することから出発する。

「計画の判断にあたっては、……過程として

の計画とこの過程の産物としての計画は区別されなければならない。この区別は、計画のほとんどすべての構成要素 (Bestandteil) で繰り返される……。立法者は……計画の過程の結果のみを一定の拘束に従わせるということに限定できる。この場合、結果に対して何もいうことができない限り、すべての考慮、衡量、動機等は問題ではない。しかし立法者は、いうまでもなく……計画の主観的な過程へ追加で要求することを妨げられない」⁴⁴⁾。

2つの計画が区別され、同時に計画の過程たる衡量過程とその結果たる衡量結果が峻別される。そして、後者のみならず前者もなんらかの(立法による)拘束を受けると述べる。衡量要請の適用にあたって両者の峻別を放棄する見解もある⁴⁵⁾が、1974年判決はそのような見解を支持しない。このような衡量過程と衡量結果との区別は、既に連邦行政裁判所の別の裁判例で仄めかされていた⁴⁶⁾。ただし、1974年判決は、衡量過程・衡量結果を厳密には定義づけていない。

この区別と1969年判決(11)との関係が問題となるが、ここでは改めて計画裁量に触れることなく、1969年判決が衡量要請に違反する場合を定式化した3つの文を引用する。1969年判決の定式を判例理論として参照すべきことが、確認されている。そのうえで次のように述べる。

「……さらに本件の場合は、そこで述べられた要請が基本的に衡量過程へも衡量結果へも向くことをはっきり付言するきっかけを作る。例外は唯一、[1969年判決で述べられた3つの文のうち]第1文で言及される衡量の必要性 (Notwendigkeit) についてのみ妥当する。衡量の必要性は……衡量過程に視線を向けてのみ実践的でありうる。しかしその他

43) この判決においては、以下の4点も問題となった。第1に、いかなる関与の省略が、行政裁判所法65条に違反するか。第2に、取消しを求められた認可に関する営業法16条以下が失効することは、手続にいかなる影響を及ぼすか。第3に、都市建設上の発展を秩序づける連邦建設法1条1項に違反するか。第4に、地区詳細計画148号が同法9条6項1文で要求される理由づけが欠くか。これらの諸点は本稿とは関連が薄いことから、これ以上は立ち入らない。

44) BVerwGE 45, 309 (312f.).

45) *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 270ff.; *Gerrit Manssen*, *Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften*, 1990, S. 282.

46) BVerwG, Urt. v. 20.10.1972 - IV C 14.71 -, BVerwGE 41, 67 (71f.).

の点では、衡量要請は、重みのある利益は簡単には見落とされないと（第2文）、そして異なる諸利益の相互の関係における重みづけは、これらの利益のうちの1つの客観的な重みが完全に見誤られるような方法で行われたいということ（第3文）を、衡量過程にも衡量結果にも求める」⁴⁷⁾。

1974年判決は、上記のように区別される衡量過程と衡量結果の両者に対して衡量要請がかかると述べ、1969年判決（(1)）の定式の発展を試みる。このことは、その後の裁判例においても同様に強調される⁴⁸⁾。(1)cでみた学説における衡量瑕疵論に従えば、衡量の欠落は衡量過程にのみ関わるが、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均衡は衡量過程と衡量結果の両方に関わると整理できる。ここで衡量の欠落が衡量過程にのみ関わるとされているのは、衡量結果からは計画策定機関が諸利益を調整・衡量したかどうかを判断できないからである⁴⁹⁾。また、1974年判決は、学説のいう衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別を相対化している点でも、示唆的である⁵⁰⁾。

この判示は、当時、学説上の一大論争を招いた。一方の極で、H·J·コッホは、衡量過程の統制が手続統制のみならず実体統制の性格を有していることを強調し、さらに、衡量過程の統制において適法とされたならば、衡量結果の統制までする必要はないと主張し

た⁵¹⁾。他方の極で、C·ハインツェは、過程の統制に反対した⁵²⁾。これら2つの極の中間に、過程・結果ともに統制されるという見解があり、これが学説の多数を形成する⁵³⁾。例えばW·エルプグートは、過程の統制と結果の統制は判断基準時が異なる以上、両者にそれぞれの意義があると述べ、さらに、過程の統制には衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価が、衡量の結果には衡量の不均衡のみが違反の構成要件になると指摘する⁵⁴⁾。

では、衡量過程に衡量要請違反が存在するか。まず本件は、衡量過程に影響を及ぼす決定の先取り（Vorwegnahme von Entscheidungen）が行われた事案であるという。確かに現実には事前交渉の段階で非公式な合意がなされることもある⁵⁵⁾が、行政により先取られた決定によって計画策定機関たるグマインデの計画裁量が害されてはならず、あくまで衡量過程は自由に決定されるのが原則であると述べる。そして、次のように続ける。

「……最終的な衡量過程の（事案に即した）短縮は、原則として連邦建設法1条4項2文の規律に反する。その短縮がそれにも関わらず受け入れられるというならば、正当化を要する……。それぞれ計画の内容、事前決定の対象、事前決定から生ずる……拘束の性質や強さ、計画策定手続の経過や特に提案手続の成果に従って、個々の場合において、法律で要求される衡量過程の短縮という結論は正当

47) BVerwGE 45, 309 (315).

48) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Beschl. v. 09.10.2003 - 4 BN 47/03 -, BauR 2004, 1130; BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

49) Martin Ibler, Die Differenzierung zwischen Vorgangs- und Ergebniskontrolle bei planerischen Abwägungsentscheidungen, DVBl 1988, 469 (472).

50) Manssen, a.a.O. (Fn. 45), S. 74; Helmuth Schulze-Fielitz, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, JURA 1992, 201 (205f.).

51) Hans-Joachim Koch, Das Abwägungsgebot im planungsrecht, DVBl 1983, 1125 (1128); ders., Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle, DVBl 1989, 399 (400f.).

52) Christian Heinze, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot, NVwZ 1986, 87 (89f.); ders., Keine Heilung der Nichtberücksichtigung relevanter Belange bei einer planerischen Abwägung in gerichtlich Verfahren?, NVwZ 1989, 121 (121ff.).

53) Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, 701 (712); Hildegard Blumenberg, Neuere Entwicklungen zu Struktur und Inhalt des Abwägungsgebots im Bauplanungsrecht, DVBl 1989, 86 (90).

54) Wilfried Erbguth, Neue Aspekte zur planerischen Abwägungsfehlerlehre?, DVBl 1986, 1230 (1232f.); ders., Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, 1987, S. 353ff.

55) Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL Bd. 40 (1982), 187 (222ff.).

化され、あるいは、正当化されない。

……衡量の瑕疵は、以下の3つの（累積的な）条件のもとで、1条4項2文と適合しうる。第1に、決定の先取りは先取りとして……事案に即して正当化されなければならない。第2に、先取りの際に、計画法上の管轄秩序が保たれたままでなければならない。すなわち計画策定がゲマインデ参事会の責任である限り、参事会に（も）事前決定の責任を負わせることを認めるような方法で、事前決定への参事会の参加が保障されなければならない。最後に第3に、事前決定……は、内容的に異議を唱えられてはならない。特に、事前決定が、最終的な衡量過程の構成要素としてなされるならば、満たさなければならない要請を満たさなければならない⁵⁶⁾。

ここでの特徴は、衡量過程に影響を及ぼす決定の先取りが行われた場合について、既に示した衡量要請の伝統的な判示部分からさらに個別具体的な基準を定立しているという点にある。言い換えれば、衡量要請の定式を、具体的な事実関係に即して変形させている。この傾向は、後に分析する裁判例にも同様に見出される（特に3(4)、(5)）。以下本稿では、衡量要請を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準を、「個別ルール」という。ここでいう「個別ルール」は、判例でも言及される「衡量指令（Abwägungsdirektive）」⁵⁷⁾とは異なる。「衡量指令」とは、個々の利益ごとの重みづけについて法律で定められた基準をいい⁵⁸⁾、衡量要請を判断するための再構成された個別具体的な基準たる「個別ルール」とは性質を異にする。

以下の事情に照らして、本件の衡量過程は、決定の先取りが行われた場合の個別ルールのうち第1・第2の条件は満たすが第3の条件を満たさないため、連邦建設法1条4項

2文にいう衡量要請に違反するという。

「……フロート施設の立地に関する決定は、計画手続内で、そしてなおのこと1970年10月5日の最終的な衡量の際に下されるものではなく、むしろ計画手続外で、そしてこれに先立って下される……。参事会の議事録、委員会の議事録、そしてその他の控訴裁判所によって収集された資料は、遅くとも1970年2月2日の参事会の会議以来、フロート施設の立地が確定されていたということを認識させる。その後の考慮および衡量はすべて、……フロート施設の立地の確定を出発点とし、それゆえにそれに続く結果を多かれ少なかれ受け止めることにしか向けられえない……。……明らかに決定的なのは、1970年1月29日の緊急決定とそれに基づくDelog社への提案であった……。

このような方法で事案に即して短縮された衡量過程は、1条4項2文を満たさない。……少なくとも先取られた決定は3つ目の条件に適合しない……。……事前決定の際に利益衡量において、事案の状況に応じて衡量に容れられなければならないものが容れられていないので、事前決定はそれ自体として異議を唱えなければならない。新たな工業地の周辺で浮かび上がる計画策定に係る利益で、この計画策定に反対する利益は、先取られた立地の決定の際に重要な役割を果たさなかったという確かな結論を、提出された資料は認めている。……これらの利益は、少なくとも大部分については、1970年1月末から2月初めには既に参加人2にとって認識可能なものであった。それにもかかわらず、参加人2は……計画策定のこの『側面』を真剣に注視していなかった。……参加人2はDEA社の土地の失敗の後、フロートガラス施設を……格納するという……無条件の決断に着手していた……。この『どんなことがあっても』

56) BVerwGE 45, 309 (319ff.).

57) BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 -, BVerwGE 125, 116; BVerwG, Beschl. v. 12.06.2008 - 4 BN 8/08 -, BauR 2008, 1416; BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 - 4 CN 3/11 -, BVerwGE 143, 24.

58) Jörg Berkemann, Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Planungsrecht, in: Wilfried Erbguth/Winfried Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 11 (21ff.); Kai-Uwe Riese, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar (Stand: 2022), §114 Rn. 197.

格納する意思が、事案に即した衡量……を不可能にする重荷の原因となった。どれほど無条件に、参加人2が計画の格納をする決心を固めたかは、例えば最初の計画草案の理由づけに明確に現れている。この理由づけにおいては、フロート施設、その利点、その設置の必要性だけが問題となり、一言も対立する諸利益は問題となっていない。さらに、衡量要請の観点から事案に即しておらず、衡量要請の尊重を不可能にしていたのは、参加人2が決定して参加人1の前権利者に対して確定した際の性急な急ぎであった……。この急ぎの結果として、1970年6月11日のルール連合の書面そして1970年7月7日の覚書が示すように、多数の明白に重要なデータ——例えばDEA社の土地に関して将来計画されている鉱業、フロート施設の設置への敏感さ、さらに立地の代替案の排除など——が、多かれ少なかれ調査されないままであった」⁵⁹⁾。

1974年判決は、事前決定の際に明らかにゲマインデにおいて認識可能であった居住する住民の利益や風光の保護の利益が衡量に容れられていないという理由から、決定の先取りが例外的に連邦建設法1条4項2文に違反しない第3の条件を満たさないという。衡量過程に影響を及ぼす決定の先取りが行われた場合の個別ルールに則って、事前決定それ自体における衡量の瑕疵を認定する姿勢がみとれる。ここでの瑕疵は「参事会の議事録」をはじめとする客観的な資料に基づいて認定されており、その姿勢は後に分析の対象とする裁判例にも承継される(2(2)など)。

1974年判決はこのように衡量過程における衡量要請違反を認定するが、その勢いを止めず、衡量結果における衡量要請違反を検討する。

「……衡量素材の収集は、すべての衡量の前提になる……。あるゲマインデが、ある概念の解釈・適用に基づいて、衡量上顧慮すべきであると考えたもの、あるいはその衡量の際

にそのように考えたものは、その限りで、上級行政庁への拘束も、建設管理計画の審査を従事する裁判所への拘束も基礎づけない。当裁判所は、既に1969年12月12日判決……において、このことを述べている……。

理論的な分類のために提供される、衡量素材の確定と衡量素材の重みづけとの間の分離は、実践的な取り扱いにおいて普通は厳格には実行されない……」⁶⁰⁾。

ここでは、1969年判決(11)を引用しつつ、衡量過程における「衡量素材の収集」・「確定」、言い換えれば衡量上顧慮すべき利益の描出・解明には、完全な司法審査が及ぶという。また、「衡量素材の確定」と「重みづけ」が実務上融合しているといい、あたかも諸利益の重みづけにも完全な司法審査が及ぶという立場のようにも見受けられる。

しかし、諸利益の重みづけへの司法審査について、次の留保が続く。

「……〔控訴裁判所の〕判決は……地区詳細計画148号において明らかになる関係諸利益の重みづけについての統制に絞った。その時に、この重みづけが計画上の形成の自由の範囲を超え、そしてそれゆえに地区詳細計画148号を支えることができないう確信に達した……。

……この取り扱いは、当裁判所が1969年12月12日判決で立てた原則に合致する。建設管理計画に関係する……諸利益の重みづけは、計画上の形成の自由の(本質的な)要素そのものである。したがって、『計画策定を任じられたゲマインデが、異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合には』、連邦建設法1条4項および5項に違反しない……。しかし、計画上の形成の自由によって覆われる重みづけの余地には、……限界がある。この限界は、関係諸利益の1つがまさに後づけできない方法であり重視されない場合、その利益とその重みが単に誤認

59) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, juris, Rn. 50ff.

60) BVerwGE 45, 309 (322ff.).

される場合、計画上の形成の自由やその他のすべての与えられた状態を考慮しても、その利益と計画の内容との関係がもはや明らかにならない場合を超えられる」⁶¹⁾。

1974年判決は、あくまで諸利益間の重みづけには、計画上の形成の自由による余地が存在し、計画裁量が尊重されるとの立場を貫く。例外的に、「関係諸利益の1つがまさに後づけできない方法であり重視されない場合」、「その利益とその重みが単に誤認される場合」、「計画上の形成の自由やその他のすべての与えられた状態を考慮しても、その利益と計画の内容との関係がもはや明らかにならない場合」には衡量結果についても司法審査が及び、これは1969年判決(1)の趣旨にも合致するという。学説における衡量瑕疵論に従うとすれば、明らかな衡量の誤評価・衡量の不均衡が認められる場合、計画裁量を超え、衡量結果に衡量要請違反が認められる。計画裁量と衡量要請との関連性は、1974年判決以降、ほとんど言及されない。あるいは、両者の関係が断ち切られたとも評しうる(3(5)の裁判例を除く)。

では、衡量結果に衡量要請違反が認められるか。本稿の主題は、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握することにあるため、判例テキストを丁寧に確認する。

「控訴裁判所が、工業地域の指定を支える利益——特に職場の創出あるいは維持に関する利益や、さらに『経済の必要性』(連邦建設法1条5項1文)——そのものを過小評価しえたということは、上告人によって主張されていない……。控訴裁判所はこれらの利益を過小評価せず、それらにかなりの重みづけを認める。それにもかかわらず控訴裁判所が工業地域の指定を不同意としたことは、この指定に対して対立する諸利益のその評価から説明がつく……。……住宅地域と工業地域を可

能な限り隣接して指定してはならないという計画原理を、控訴裁判所は取り容れた。控訴裁判所は、この(基本的な)原理に例外があることは認めたが、地区詳細計画148号の工業地域によって、第1に、既存の住宅地域が完全に工業に包围され、第2に、それによって住宅地域から南に連結するレジヤール地域の閉鎖が生じることを理由に、ここではそのような例外を認める余地はないと判断した……。当裁判所は、そのような控訴裁判所の事実認定と評価に拘束される」⁶²⁾。

ここでは、職場の創出・維持に関連する利益や経済の必要性といった計画を支える利益を認め、かなりの重みづけをする。もっとも、1974年判決は、法律の一般条項(連邦建設法1条1項)に基礎をもつ、「住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならないという計画原理」(以下、「分離要請(Trennungsgebot)」ということがある。)をもちだす。衡量過程と同様、衡量結果についても、衡量要請違反を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別ルールを立てる。

さらに、次のように続ける。

「住居地域と工業地域の隣接は、その根本的な紛争の起こしやすさの点で、営業法上あるいはイミシオン防止法上(immissionsschutzrechtlich)制御することが必要な現象ではなく、——なんとか可能な限り——計画法上回避されるべき現象である」⁶³⁾。

ここでは、さらなる衡量要請の個別ルールとして、用途に関する紛争は計画の中で解決されるべきであるという要請(以下、「紛争克服(Konfliktbewältigung)の要請」という。)が確認される⁶⁴⁾。いかなる場合に紛争克服の要請に反くかについて、踏み込んだ判断がなされるのは、1974年判決より先の話である(3(5))。

61) BVerwGE 45, 309 (325f.).

62) BVerwGE 45, 309 (326f.).

63) BVerwGE 45, 309 (328).

64) 紛争克服の要請の基礎となるものとして、BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144.

これらの個別ルールに則って、衡量結果に衡量要請違反が存在するか。

「控訴裁判所は、居住地域と工業地域の分離がいかにか強く望ましいとしても、その分離要請は、例外がありうる原則以上のものではなく、それ以下でもないことを見過ごさなかった。このことを基礎に、控訴裁判所は、……本件の状況下で、上述の基本原則への違反が計画上の形成の自由により補われると考えることができるかどうかを検討した……。控訴裁判所は、望ましい慎重さをもって、地区詳細計画 148 号の地域の東にある居住地域が工業によって包囲され続けることの意味、およびレジャー地の遮断の意味を判断し、評価した。……初めから参加人 2 によって進められた建設管理計画にとって克服し難い障害〔と評価した〕」⁶⁵⁾。

分離要請の原則には例外が認められる⁶⁶⁾ところ、そのような例外にはあたらないという。以上を要するに 1974 年判決は、衡量過程と衡量結果を区別したうえで、衡量過程に衡量要請違反を認めるのみならず、衡量結果についても計画裁量を超えるとして、衡量要請違反を認める⁶⁷⁾。さらに、具体的な事実関係に即して、決定の先取りや分離要請、紛争克服の要請といった、(法律に基礎を置く)個別ルールを重視して衡量要請違反を認定し

ていることは注目に値する。

c 衡量要請の部門計画への拡張

1974 年判決の後、連邦行政裁判所は個別法で衡量要請が規定されていない場合でも一貫して、あらゆる部門計画にこれを適用してきた⁶⁸⁾。初期の裁判例では、道路建設計画、水法上の計画確定、空港建設計画、あるいは廃棄物処理など、あらゆる部門計画へ拡張的に適用される⁶⁹⁾。このように諸利益の衡量・調整に関して、建設管理計画と部門計画を概念上区別する必要はないと考えられている⁷⁰⁾。衡量要請の適用を部門計画に拡張するにあたっては、同時にその限界の問題がついてまわるが、ここでは問題の指摘にとどめたい⁷¹⁾。

(3) 「衡量上顧慮すべき利益」の描出・説明

1969 年判決 ((1)) や 1974 年判決 ((2)) は、計画策定の際に衡量に容れられるべき利益がどのように描出・説明されるのかについて、踏み込んだ判断を下したものではなかった。また、それらは、衡量要請の規範の性質についての一般論を述べたものでもなかった。

計画策定の際に衡量に容れられるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969 年判決や 1974 年判決が示した判例理論を発展・確立させたのは、行政裁判所法、すなわち訴訟法上の規範統制手続における申立適格⁷²⁾が認められるかが問題となった裁判

65) BVerwGE 45, 309 (329).

66) BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 -, BVerwGE 50, 49; BVerwG, Urt. v. 24.04.1991 - 7 C 12/90 -, BVerwGE 88, 143.

67) *Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 50), 201 (202). は、少数者の居住の利益が経済の発展・雇用の創出といった計画策定機関の利益よりも優先されることを初めて明らかにしたとして、1974 年判決を評価する。

68) 初期の裁判例における、衡量要請の部門計画への拡張につき、*Rainer Wahl*, *Entwicklung des Fachplanungsrechts*, NVwZ 1990, 426 (427ff.).

69) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56; BVerwG, Urt. v. 10.02.1978 - IV C 25.75 -, BVerwGE 55, 220; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110; BVerwG, Beschl. v. 20.07.1979 - 7 CB 21/79 -, NJW 1980, 953.

70) BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 - 7 C 25/93 -, BVerwGE 97, 143; *Werner Hoppe/Hans Schlarmann/Reimar Buchner/Markus Deutsch*, *Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben*, 2011, §19 Rn. 760ff.

71) 特に近時は、部門計画のうち大気清浄化計画 (Luftreinhalteplanung) は衡量要請に頼る必要はないとされ (BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 - 7 C 30/17 -, BVerwGE 161, 201.), このことが衡量要請の将来について問題を提起している (*Martin Kment*, *Das deutsche Planungsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss - eine bilanzierende Beobachtung aktueller Entwicklungen*, DVBl 2020, 991 (997).).

72) 規範統制手続の申立適格に関する邦語での先行研究として、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査制度の展開——地区詳細計画の訴訟統制——」雄川一郎献呈『行政法の諸問題 (中)』437 頁, 452-458 頁 (有斐

例であった (a, b)。さらにそのうち、衡量要請の規範の性質について一般論を述べたものもある (4)。もっとも、これらは具体的な事実関係に即して衡量要請への違反を判断したものではないため、一般論の簡潔な紹介にとどめたい。

「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解

a 明——訴訟法上の「利益」概念を導きの糸として

1996年改正前の行政裁判所法47条2項1文は、「当該法規定又はその適用によって不利益を受けた又は近いうちに予想せざるをえない、すべての自然人又は法人」に、規範統制手続の申立適格を認めていた。ここでいう「不利益」を被って申立適格が認められるかが争点となり、連邦行政裁判所に送付 (Vorlage)⁷³⁾されてきたのが、連邦行政裁判所1979年11月9日決定⁷⁴⁾(以下、「1979年決定」という。)であった。1979年決定は、「衡量上顧慮すべき利益」について、より踏み込んだ一般論を述べている⁷⁵⁾。以下が、その一般論の概要である⁷⁶⁾。

行政裁判所法47条2項1文の意味における「不利益」を被るかは、事案に応じて、訴訟法よりもそれぞれの実体法から明らかになる。実体法、すなわち(建設)計画法において支配的な役割を演じる衡量要請は、申立適格のメルクマールとなる「不利益」を被るかということと、ある利益を計画決定にあたって考慮する計画者の義務を架け渡す機能を果たす。「衡量上顧慮すべき利益」がいかなる利益であるかについては、一定の憲法上の制

限のもとで個別分野ごとに立法者によって決められる。建設管理計画の策定に必要な「衡量素材」(1974年判決)には、事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならないあらゆる(私的な)利益を含む。それがいかなる利益であるかについては、それぞれの計画策定ごとに具体的に追求される計画目的や具体的な事実関係に目を向けることでしか、答えることができない。「衡量上顧慮すべき利益」には、公権(subjektive öffentliche Rechte)や基本法(14条)上保護される利益に限らず⁷⁷⁾、土地を利用する利益⁷⁸⁾、営業に関する利益、そして隣人使用(Anliegergebrauch)の利益も含まれる。もっとも、必要な衡量素材のすべてを考慮することは実現不可能に等しいため、衡量素材は事案に即して制限する必要がある。衡量上顧慮されないままにすることができるのは、客観的に低価値であるか保護に値しないあらゆる(関係)諸利益である。その中で特に実務上意味をもつのは、利益の要保護性から生ずる限界である。このように「衡量上顧慮すべき利益」の範囲が画定されたとして、さらに「計画策定の利益への影響」についても、衡量上顧慮すべきものでなければならない。それは第1に、瑣末なもの以上の影響であり、第2に、少なくとも蓋然性のある影響であり、第3に、当該計画決定の際に衡量上顧慮すべきものとして計画策定機関に認識可能であるような影響に限られる。

以上を要するに、1979年決定は「衡量上顧慮すべき利益」に関して、次のように締め

閣, 1990), 竹之内一幸「規範統制訴訟における申立適格——ドイツ行政裁判所法47条にいう『不利益』概念——」法学政治学論究8号181頁, 181-206頁(1991), 同「規範統制訴訟における申立適格——地区詳細計画をめぐる問題点を中心に——」鹿児島女子大学研究紀要15巻1号47頁, 47-62頁(1993), 同「ドイツ行政裁判所法47条改正と規範統制上の申立適格——連邦行政裁判所1998年9月24日判決を中心に——」武蔵野女子大学現代社会学部紀要4号49頁, 49-61頁(2003)。

73) 事件当時の行政裁判所法47条5項は、「次の場合には、上級行政裁判所は、自己の法解釈に基づいて、上告審において審理できる法の解釈の裁判をさせるため、事件を連邦行政裁判所に送付する。1事件が原則的意味をもつとき。2上級行政裁判所が、他の上級行政裁判所、連邦行政裁判所又は連邦の最高裁判所の合同部の裁判と意見を異にするとき。送付についての決定は、関係人に通知することを要する。連邦行政裁判所は、法律問題についてのみ、裁判をする。」と規定していた。

74) BVerwG, Beschl. v. 09.11.1979 - 4 N 1/78 -, BVerwGE 59, 87.

75) 差戻審につき, VGH Bayern, Urt. v. 22.03.1982 - 25 XIV 78 -, MJW 1983, 297.

76) BVerwGE 59, 87 (97ff.).

77) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.

78) BVerwG, Urt. v. 05.11.1999 - 4 CN 3/99 -, BVerwGE 110, 36.

くくる。「地区詳細計画には、1974年判決の意味における必要な衡量素材に、事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならないあらゆる（私的）利益が含まれる（1969年判決）。このような利益とは、低価値ではなく保護に値する特定人の利益として、当該計画によって瑣末なものを越えるような影響を受けることが、当該計画に関する決定の際に十分な蓋然性をもって予測可能な、あらゆる（私的）利益である」⁷⁹⁾。このように1979年決定は、1969年判決(1)と1974年判決(2)を発展・確立させ、その延長線上で、「衡量上顧慮すべき利益」の内実を明らかにする。ここで示された「衡量上顧慮すべき利益」の概念は、連邦行政裁判所のみならず、連邦通常裁判所(BGH)の民事部でも確認される⁸⁰⁾。

「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明——訴訟法上の「権利」概念を導きの糸として

しかし行政裁判所法47条2項1文は、1996年に改正される。それによれば「当該法規規定又はその適用によってその権利を侵害されている又は近いうちに侵害されると主張する、すべての自然人又は法人」に、規範統制手続の申立適格が認められるようになった。訴訟法上の問題として、「不利益」を被ったことではなく、「権利」侵害が申立適格として要求された。この改正によって、1979年決定(a)はその居場所や意味を失うおそれがあった。

1979年決定の判例理論が1996年の行政裁

判所法改正後にも妥当すると述べたのが、連邦行政裁判所1998年9月24日判決⁸¹⁾(以下、「1998年判決」という。)である。時系列的には2に属するものの、1979年決定との連続において理解すべき裁判例であるから、1で言及する。1998年判決は、大要、以下の一般論を述べる⁸²⁾。

改正後の「権利」侵害の主張要件について、従来の連邦行政裁判所の判決⁸³⁾や、1996年11月1日の行政裁判所法およびその他の法律を改正する第6次法改正⁸⁴⁾の内容全体に照らすと、上記主張要件が原告適格に関する行政裁判所法42条2項⁸⁵⁾の要件よりも高い水準のものを要求するわけではない。このことは、適正な衡量を求める「権利」が問題になる場合においても同様である。申立人が衡量要請違反を主張するならば、「衡量上顧慮すべき」であった自らの「利益」の取り扱いに瑕疵がありうると思わせる事実を主張すれば十分である⁸⁶⁾。あらゆる利益が衡量上顧慮されなければならないのではなく、具体的な事実関係において都市建設上レレバントな関連がある利益のみが顧慮されなければならない。その点については、改正前の行政裁判所法47条2項1文に従った「不利益」概念に関する、1979年決定の判例理論を参照することができる。

このように1998年判決は、1996年の行政裁判所法改正後も「衡量上顧慮すべき利益」の範囲に関する1979年決定を維持した。

(4) 衡量要請の保護規範性

(3)では、訴訟法上の要件を導きの糸にし

79) BVerwGE 59, 87 (104).

80) BGH, Urt. v. 06.05.1982 - III ZR 24/81 -, NVwZ 1983, 309.

81) BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 - 4 CN 2/98 -, BVerwGE 107, 215.

82) BVerwGE 107, 215 (217ff.).

83) BVerwG, Urt. v. 10.03.1998 - 4 CN 6/97 -, NVwZ 1998, 732. は、改正後行政裁判所法47条2項1文に従った権利侵害の主張には、行政裁判所法42条2項に従った原告適格(Klagebefugnis)のために妥当するものよりも厳しい要件を設定できないことを判示した。

84) 政府案における理由づけによれば、規範統制手続の申立適格と取消訴訟の原告適格の両規定の文言の同一性、および行政裁判所法47条2項の新たな表現の発生史に鑑み、規範統制手続の申立適格が取消訴訟の原告適格に適合されなければならない(BT-Drs. 13/3993, S. 10.)。

85) 「法律に別段の定めがない限り、行政行為又は行政行為の拒否あるいは不作為による権利を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される」と規定する。なお、権利侵害の存在は、本案勝訴要件であり、また本案においては原告の権利に関連する違法性のみが審査される。

86) 取消訴訟の原告適格に関する可能性説に従ったものと解される。可能性説につき、Rainer Wahl, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §42 Abs. 2 Rn. 64ff.

て、計画策定の際に描出・解明されるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969年判決や1974年判決が示した判例理論を発展・確立させた裁判例を確認した。続けて1998年判決は、衡量要請の規範の性質について、大要、以下の一般論を述べる⁸⁷⁾。

近隣の土地への不当な被害を回避するという計画策定機関の義務は、建設法典1条6項で規範化された衡量要請から発生する。独立した法律上のカテゴリーという意味で衡量要請から切り離された「建設計画法上の顧慮要請 (Rücksichtnahmegebot)」⁸⁸⁾の余地はない⁸⁹⁾。ある公法規範に第三者保護規範性が認められるかは、当該規範が客観法上の性格のみを有し公益にのみ奉仕するか、それにとどまらず個人の利益保護に奉仕するかによって左右される⁹⁰⁾。その判断にあたっては、当該規範のみならず、関連する規範の趣旨・目的をも参酌しなければならない。衡量要請の規範の文言は、当該規範が私益にも奉仕するものといえる。事案に即して私益にも配慮することを明示的に要求するそのような定式は、第三者を保護する規範の典型的な外観 (Erscheinungsbild) に合致する。第三者保護規範性が否定されるのは、規律の連関 (Regelungszusammenhang) から、衡量要請が公益にのみ奉仕しなければならないことを明確に認識させる十分な根拠がある場合に限られる。しかし今回は、その場合ではない。計画確定の際には公益と私益が「衡量の枠組みで考慮されなければならない」とする部門計画法上の衡量規定は、第三者を保護する効果を有するというを出発点としていた⁹¹⁾。

このように1998年判決は、1996年の行政裁判所法改正後も「衡量上顧慮すべき利益」の範囲に関する1979年決定を維持した ((3))のみならず、衡量要請規範が客観法上の性格を有することを超えて個人の利益保護に奉仕することを一歩踏み込んで判示した点で、分析に値するものであった。

(5) 小括

1では、衡量要請が登場してから発展し一旦確立するまでの、比較的古い裁判例を分析した。1969年判決は、計画策定機関の計画裁量に対する制限法理として衡量要請を打ち出し、衡量要請に違反する場合についてその後も妥当する定式を示した。この定式化には学説 (衡量瑕疵論) の貢献もあった (以上につき、(1))。その後1974年判決は、衡量過程と衡量結果を区別し、両者について衡量要請の拘束を受けると述べた。さらに、1969年判決の定式から具体的事実関係に即した個別ルールを導くことで、計画策定機関が行った諸利益の描出・解明・調整・衡量について注意深く審査をした点で、現在の視点からも目を引く (以上につき、(2))。さらに、訴訟法上の「利益」「権利」概念を梃子にして、実体法上の衡量要請を解釈し「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明した1979年決定と、それに加えて衡量要請の第三者保護規範性を判示した1998年判決を紹介した ((3), (4))。

もともと、1で検討した初期の裁判例によれば、衡量結果のみならず衡量過程が衡量要請に違反する場合にも、即座に地区詳細計画が違法・無効となるため、計画維持⁹²⁾の視点が欠如していた。2では、このような経緯

87) BVerwGE 107, 215 (219ff).

88) 顧慮要請に関する邦語文献として、大西有二「取消違事由の制限に関する一考察——西ドイツ計画法と保護規範説の適用をめぐって」北大法学論集 40 卷 5-6 号上 621 頁, 621-645 頁 (1990), 同「公法上の建築隣人訴訟(1)(2)(3)(4)——西ドイツ行政判例における『権利』『権利毀損』および『違法事由』」北大法学論集 41 卷 1 号 1 頁, 1-50 頁, 2 号 71 頁, 71-124 頁, 3 号 63 頁, 63-115 頁, 4 号 61 頁, 61-114 頁 (1990-1991), 同「ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察——三つの権利論と《行政法関係説》」北大法学論集 41 卷 5-6 号 591 頁, 591-628 頁 (1991), 山本隆司『行政上の主観法と法関係』305-316 頁 (有斐閣, 2000)。

89) BVerwG, Urt. v. 16.05.1991 - 4 C 17/90 -, BVerwGE 88, 191.

90) BVerwG, Urt. v. 17.06.1993 - 3 C 3/89 -, BVerwGE 92, 313.

91) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.

92) Peter Michael Huber, Rechtsstaat, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts - Darstellung in transnationaler Perspektive -, 2021, §6 Rn. 20; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: 2022), §19 Abs. 4 Rn. 216.

で計画策定機関の計画高権に重きを置く立場から衡量過程の裁判所による審査を制限する立法が行われたこと、そしてそれに対して連邦行政裁判所がどのような態度決定をしたかということに目を向けたい。

2 連邦建設法の1979年改正と建設法典の制定・1997年改正

1では、衡量要請の登場からその確立に至るまでの、初期の裁判例を扱った。ここで一旦花開いた衡量要請が萎れる誘因となったのが、1979年改正であった⁹³⁾。すなわち、1979年改正で導入された規定の運用次第では、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。一旦確立した判例理論が法令によって明確に転換・変更されることは、行政法に限らず珍しくない。2では、特にこの改正で導入された連邦建設法155b条2項2文(1)に対して連邦行政裁判所がいかなる応答をしたかを確認することで、衡量要請に変容がもたらされたのかを分析する(2)。併せて、1979年改正から間も無く、連邦建設法は都市建設促進法(St-BauFG)との統合を経て建設法典へと形を変えた(3)が、そのことが衡量要請を介した裁判所の計画統制になんらかの影響を及ぼしていないかを確認する(4)。

(1) 連邦建設法155b条2項2文の新設

では、いかなる点において、改正連邦建設法の規定が進展したはずの衡量要請を後退させうるものであったのか。まずはこの点を簡単に確認する。

連邦建設法は1979年に改正され、その際に連邦建設法155b条2項2文が新設された⁹⁴⁾。155b条2項2文は、「衡量過程の瑕

疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する。以下、このような規律内容で計画の維持を目的とする規定を、「計画維持規定」ということにしたい。この計画維持規定は、当初の政府提出法案には存在しなかったが、その後の国土整備・土木建築・都市建設委員会(Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau)の審議の過程で追加された。

この規定の目的・趣旨は、以下のとおりである。まず目的について、裁判所が建設管理計画とその手続についてあまりにも高い水準を要求した結果、多くのゲマインデにおいて秩序づけられた都市建設上の発展のための基礎が失われようとしているため、ゲマインデ議会における政治的な意思形成や議決のあらゆる事情が司法審査の対象となることを防止する点にあるという⁹⁵⁾。この規定の趣旨のうち、「明白」性については、「例えば、衡量過程におけるゲマインデ議会の個々の構成員の検討が審査され、そしてこれに関して場合によっては証拠が採取されるということは排除される」が、「例えば、建設管理計画を議決したゲマインデ議会の過半数が、明示して(erklärtermaßen)あるいは明らかに、建設管理計画の事案に即した判断ともはや何の関係もない検討に左右された場合には、瑕疵が『明白である』という⁹⁶⁾。「衡量結果に影響を及ぼした」かについて、政府案による理由づけは、「この規定によって、衡量過程における瑕疵がそれだけで建設管理計画の法的効力にとって有意であることが妨げられる。決定的であるのは、衡量過程における瑕疵が計画内容にも影響したか否かである」と述べるにとどまる⁹⁷⁾。また、この時点で計画維持の内実が議論された形跡はない。

この155b条2項2文の新設にあたって、

93) 1979年改正以前に、1977年の連邦建設法改正後の155a条において、手続・形式規定は1年以内に書面で異議を唱えられない場合には顧慮されないことが表明されていた。1979年改正は、さらに地区詳細計画が無効となる場合を狭めることを意図していた。

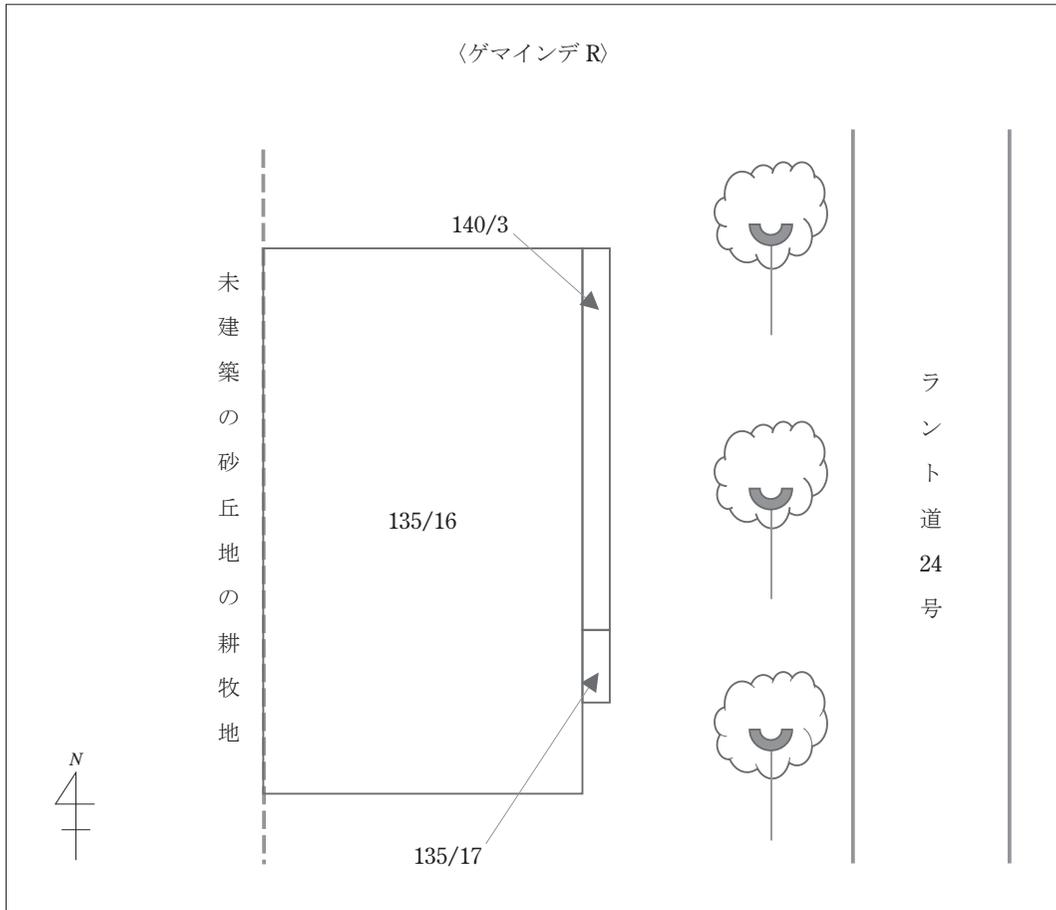
94) その他の改正点につき、藤巻秀夫「建設基本計画に対する裁判統制の制限」明治大学大学院紀要21集(1)法学篇213頁、217-221頁(1983)、村上博「ドイツにおける都市計画瑕疵論」室井力選集『現代行政法の理論』72頁、77-84頁(法律文化社、1990)。

95) BT-Drs. 8/2885, S. 35f.

96) BT-Drs. 8/2885, S. 46.

97) BT-Drs. 8/2885, S. 46.

図3：1981年判決の事案の概要



違憲の目を向ける学説が少なくなかった⁹⁸⁾。その論拠は論者によって区々であるが、大要、建設管理計画の策定に際して衡量過程に瑕疵があってもそれが無効とならないとするのは、行政の法律適合性を要求する法治国原理、違法な行政活動に対する出訴の途を保障する基本法19条4項、そして所有権を保障する基本法14条1項に違反するという。これに対して、違憲ではないものの憲法適合的に解釈すべきとの学説も往々にしてあつ

た⁹⁹⁾。

(2) 連邦行政裁判所1981年8月21日判決

違憲の目が向けられさえるこの規定の取り扱いについて解釈の指針を示したのが、連邦行政裁判所1981年8月21日判決¹⁰⁰⁾(以下、「1981年判決」という。)であった。

a 事案の概要

原告はゲマインデRに所在する自己の砂丘地で、建物を建築したい(以下、事案の概

98) Bernhard Boecker, Heilung mangelhafter Bauleitpläne und Satzungen, BauR 1979, 361 (370); Manfred Gubelt, Verfahrensbeschleunigung und Investitionserleichterungen im Städtebaurecht, NJW 1979, 2071 (2075); Helmut Grave, §155b BBauG - mißglückt und verfassungswidrig!, BauR 1980, 199 (205ff.); Ferdinand Kirchhof, Die Baurechtsnovelle 1979 als Rechtswegsperre?, NJW 1981, 2382 (2386).

99) Felix Weyreuther, Das Bundesbaurecht in den Jahren 1978 und 1979, DÖV 1980, 389 (392); Ulrich Battis, Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle, DÖV 1981, 433 (436).

100) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33.

表 2：1981 年判決に至るまでの主な流れ

1964 年 2 月 18 日	ゲマインデ R の土地利用計画が認可される
1965 年 7 月 30 日	景観保護規則が定められる
1971 年 8 月 24 日	ゲマインデ R が地区詳細計画の策定と変更禁止を決定する
1972 年 9 月 22 日	原告が居住用建物を建築するために認可を申請する
1973 年 1 月 22 日	被告が原告の上記申請を却下する
1978 年 5 月 27 日	地区詳細計画 5 号が公布される
1979 年 1 月 15 日	S 島の計画策定連合による土地利用計画 S が認可される
1979 年 6 月 8 日	連邦行政裁判所が控訴審判決を破棄・差し戻す
1980 年 4 月 30 日	上級行政裁判所が判決を下す

要につき図 3、時系列につき表 2 参照)。原告は、R 全域の耕牧地の内の約 3240 平方メートルの耕牧地 135/16 の所有者であり、且つ隣り合った合計 282 平方メートルの耕牧地 135/17 と耕牧地 140/3 の所有者である。耕牧地 135/16 は、ラント道 24 号に接する並木の西側に存在し、耕牧地 135/16 は、砂丘斜面に接する耕牧地 140/3、および耕牧地 140/3 に接する耕牧地 135/17 を越えて到達される。西側は、未建築の砂丘地の耕牧地に接しており、その土地は景観保護下にある。1965 年 7 月 30 日に定められた景観保護規則の妥当範囲は、ラント参事会とゲマインデ R に預けられた地形図の記載と関係する。同規則 1 条 2 項は、「当該地域は、東側と西側の地域も含めた……ゲマインデ区域 R から構成されるが、関連して建築された地区、および法律上有効な建設管理計画において建築地域としてあるいは他の目的のために指定された地域は除かれる」と規定する。

1964 年 2 月 18 日に認可されたゲマインデ R の土地利用計画は、ラント道 24 号の西側の土地を、ラント道 24 号から西に約 80 メートル以内にある原告の土地の範囲内で、住宅地域として指定する。原告の土地は、ラント道 24 号から西に 30 メートルのところから、当該指定の内部に存在する。他方で、1979 年 1 月 15 日に認可された S 島の計画策定連合 (Planungsverband) の土地利用計画 S は、ラント道 24 号から西に 90 メートル以内にある土地を、原告の土地の範囲内で、住宅建築地として指定する。当該住宅建築地の西側に景観保護地域が接続する。

ゲマインデ R は、1971 年 8 月 24 日、原告

の土地を含む地域について、地区詳細計画の策定および 1975 年まで延長された変更禁止を決定した。参加した計画策定連合によって策定され、1978 年 5 月 27 日に公告された地区詳細計画 5 号は、原告の土地について、純粋な住宅地域 (WR) で、2 階建ての建築で、そしてそれぞれの土地あたりの建築施設の最大床面積は 180 平方メートルであるという指定をする。また、地区詳細計画 5 号は、ラント道 24 号から 60 メートル離れた場所に、幅 11 メートルの建築可能な帯状の土地を指定する。西側の建築境界を移動することによって建築可能な土地を拡張するという原告の提案は、参加した計画策定連合に計画の変更を促すものではなかった。なぜなら、境界を越えて建築される可能性のある土地が拡張された場合、景観保護地域に突き出ると同時に、土地利用計画における建築範囲の指定を超えるからである。

原告は、1972 年 9 月 22 日、所有する土地に床面積 17 × 7 メートルの一戸建て住宅 2 棟を東西それぞれに建てるために、認可を申請した。被告は、ゲマインデ R による上記変更禁止決定に鑑み、1973 年 1 月 22 日、上記申請を却下した。成果のない異議申立手続 (Widerspruchsverfahren) 後に、原告は被告の申請却下決定に対する取消訴訟等を提起した。

行政裁判所は、変更禁止決定に鑑み、原告の請求を棄却した。上級行政裁判所は、これに対する原告の控訴を棄却した。連邦行政裁判所は、1979 年 6 月 8 日、原告の上告に対し、上告手続の間に公布された地区詳細計画 5 号に鑑み、控訴審判決を破棄し、さらなる審理

と判断のために上級行政裁判所に事件を差し戻した。実況見分実施後、控訴裁判所は、1980年4月30日、行政裁判所の判決を変更し、1973年1月22日の被告の決定および不服申立決定を破棄したうえで、1972年9月22日の建築申立に記載された住宅用建物のための建築認可を与えるよう被告に義務づけた。これに対して、被告が上告を申し立てた。

裁判では、連邦建設法 155b 条 2 項 2 文の解釈およびその要件充足が争点となった。

b 分析

まず、改正で入った連邦建設法 155b 条 2 項 2 文が、これまでみてきた衡量要請といかなる関係にあるのかについて、次のように整理する。

「……連邦建設法 155b 条 2 項 2 文……の憲法適合性は度々疑われている……。しかしこの規定は憲法上の要求に耐えられるように解釈することができる……。

155b 条 2 項 2 文は、公益と私益は対立した利益の相互間および同種の利益の相互間において適切に衡量されなければならないとの 1976/79 年の 1 条 7 項あるいはそれ以前における 1960 年の 1 条 4 項に、内容上結びつく。この衡量要請は、衡量過程にも衡量結果にも関係する(連邦行政裁判所 1974 年判決参照)。この衡量要請は、憲法上の要請の表れである。なぜなら、基本法 20 条 3 項による法治国上の要請は、あらゆる計画策定のために計画策定に関係する私益と公益を適切に衡量することを示す……。

155b 条 2 項 2 文は、1976/79 年の 1 条 7 項の衡量要請をそれが憲法上保障されているために制限することができず、それゆえに衡量過程も適切でなければならないという計画策定機関への要請に触れないままである。155b 条 2 項 2 文は、存続する適切な衡量の要請を顧慮しないかもしれないことから生じ

る法効果と関係する。……155b 条 2 項 2 文は、計画それ自体が認識させるような衡量の瑕疵のうち、顧慮すべきものについてなんら述べていないため、依然として建設管理計画等の有効性は、産物としての計画がその内容において『適切に』衡量されていることに依存する」¹⁰¹⁾。

1981 年判決は、衡量要請は、法治国上の計画策定の本質に内在する原則であること¹⁰²⁾、衡量結果のみならず衡量過程も拘束する(1(2)) ことを再度確認する。また、155b 条 2 項 2 文は、憲法上の要請でもある衡量要請(1 条 7 項)を制限することができず、この衡量要請に違反した場合の法効果に関する規定であると、両者の関係を整理する。言い換えれば、衡量の瑕疵は従来どおり衡量要請によって発見されるのであって、衡量要請の機能は、一般論をみる限り 155b 条 2 項 2 文の新設によっても変容を遂げていない。

度々疑われているという 155b 条 2 項 2 文の憲法適合性について、続けて述べる。

「……憲法上保障された所有権(基本法 14 条 1 項)への……影響や認可を受けて公示された建設管理計画が付随的にまたは規範統制の方法で直接的に無効を宣言されることによっても逆に発生しうる所有権への影響、さらに衡量要請の法治国上の保障、最後に基本法 19 条 4 項に基づく権利保護の保障は、建設管理計画の有効性にとって衡量の瑕疵が有意でないことをこの規定が命じる限りで、155b 条 2 項 2 文を限定的に解釈することを強いる」¹⁰³⁾。

1981 年判決は、既に一部の学説((1))が主張していた 155b 条 2 項 2 文の憲法適合的解釈によって違憲判断を回避する。しかし、同規定の解釈適用次第では、なお衡量過程へ

101) BVerwGE 64, 33 (34ff.).

102) BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 - IV C 6.68 -, NJW 1969, 1868, juris, Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301 (306f.); BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 (63); BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

103) BVerwGE 64, 33 (36).

の司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性が残る。

まず、衡量過程における瑕疵の「明白」性に関して、次のようにいう。

『明白性』という概念は、その文言からは『容易な認識可能性』を表す。しかし、これだけではその内容を汲み尽くしていない。そういうわけで、その規定〔155b 条 2 項 2 文〕の趣旨と目的に対応した解釈が必要となる。その規定の趣旨は、立法資料の助けを借りて推論される……。

……依然として顧慮すべきままであるのは、衡量過程における瑕疵が客観的に把握可能な事実状況に基づくほど衡量過程の『外』側に属する、あらゆる瑕疵である。例えば、衡量素材の収集および選別、衡量におけるあらゆる本質的な利益の認識や取り容れ、あるいは利益の重みづけに関わる瑕疵および誤り、そして、例えば文書、議事録から、案の理由書若しくは計画の理由書から、あるいはその他の書類から判明する瑕疵および誤りは、『明白』である……。

これに対して、衡量過程の『内』側に属する瑕疵、すなわち、計画策定の確定に関与する計画策定機関の構成員の動機や誤った考え方は、……明白でない瑕疵に属する。そして、当該瑕疵は計画の有効性に影響を与えない¹⁰⁴⁾。

既に紹介した 155b 条 2 項 2 文の立法資料 ((1)) に配慮しつつ、規定の趣旨・目的を踏まえて、瑕疵の「明白」性を検討する。そして、衡量過程の内側・外側の区別に基づいて、衡量過程の外側に属する瑕疵は「明白」であり、その内側に属する瑕疵は「明白」でないという。1981 年判決は、衡量過程を計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程として叙述し¹⁰⁵⁾、その客観的に把

握可能な事実に関する瑕疵は「明白」であると解するようである。掲げられている例によれば、衡量要請違反の瑕疵のみならず、文書、議事録、案の理由書、計画の理由書、その他の書類からそれぞれ判明する瑕疵も「明白」であるという。このような解釈は、従来の裁判例、就中事前決定それ自体における衡量の瑕疵を客観的な資料に基づいて認定して違法無効を導いた 1974 年判決 (1 (2)) の判示とも特に矛盾しない。ただし、1981 年判決が前提にする、衡量過程の内側・外側の区別は困難であるように思われる¹⁰⁶⁾。

次に、明白な瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」といえるかについて、以下のように続ける。

「155b 条 2 項 2 文の規定の目的に向けられた解釈は、衡量過程における瑕疵は、その瑕疵がなければ異なる計画が策定されたであろうという可能性が存在する場合には、既に衡量結果に『影響を及ぼした』という結論をもたらす……。すなわち、当該規定の趣旨および目的に適合するのは、……それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性が存在する場合には、『影響を及ぼした』という構成要件要素の存在を肯定することである。そのような具体的な可能性は、計画の書類、あるいはその他の認識可能な若しくは容易に思いつく状況に基づいて、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしえた可能性が明らかになる場合には、常に存在する……。計画策定機関が、不適切に仮定された利益に影響され、衡量結果を正当化しうるのであろうその他の利益が建設管理計画の手續において言及されず、さらに明らかにわかるともいえない場合には、不適切な衡量は『衡量結果に影響を及ぼした』¹⁰⁷⁾。

104) BVerwGE 64, 33 (36ff.).

105) 同様の見解として、*Hermann Hill*, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 169, 286f.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 214.

106) 山田洋「衡量過程の瑕疵と計画の効力」一橋論叢 94 巻 5 号 107 頁, 122 頁 (1985)。

107) BVerwGE 64, 33 (39f.).

再び 155b 条 2 項 2 文の趣旨と目的に視線を向けて、衡量過程における瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」といえるためには、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められなければならないという。1981 年判決は、そのような可能性が認められる例として、事案に即して衡量に容れられるべきでない利益が容れられる場合、逆に衡量に容れられるべき利益が容れられない場合、あるいはそれらの利益の重みづけに誤りがある場合などを想定する。計画策定を支える利益が十分に描出・解明されなかった 1969 年判決（1(1)）や、衡量に容れられるべき居住住民の利益や風光の保護の利益が容れられなかった 1974 年判決（1(2)）が、計画の違法無効を判示したこともとも整合する。また、1981 年判決は、上記可能性の程度として抽象的なものではなく具体的なものを要求する点で、地区詳細計画（の効力）を維持しようとする 1979 年改正の掲げた目的にも沿う（(1)）。もともと、計画維持に瑕疵の「明白」性と「衡量結果に影響を及ぼした」を要求することの意義や、両者の関係については沈黙したままである。

以上の憲法適合的解釈に基づいて、本件事案における 155b 条 2 項 2 文の適用を考える。まず瑕疵の「明白」性について、次のように述べる。

「……土地利用計画と結びついた景観保護規則から、景観保護地域の境界が計画策定連合の想定よりもさらに西に走っているということ推論 [できる]。なぜなら、景観保護規則は、土地利用計画で建築地域として指定される地域もその妥当範囲から除外するからである……。……計画策定連合は、地区詳細計画において西側の建築境界を、当該境界が景観保護地域の東側の境界に対応するという想定で指定した……。すなわち計画書類によると、計画策定連合は、原告によって提案された西側の建築境界を西に移動することはまさ

に景観保護を理由にはできない、ということ指摘していた。これを控訴裁判所は正しく……『明白な』衡量過程における瑕疵とみなした」¹⁰⁸⁾。

計画書類から客観的に把握可能な事実状況に基づき、計画策定連合は景観保護規則を誤解していたという「明白な」衡量過程における瑕疵が指摘される。ただし、1981 年判決は、1974 年判決（1(2)）のように衡量過程に立ち入って衡量要請違反を認定することなく、あっさりと控訴裁判所の判断を是認して衡量の瑕疵を認定する。ここでの瑕疵は、計画策定連合が景観保護規則を誤解した結果原告の利益が取り容れられなかったという瑕疵、あるいはその重みを見誤ったという瑕疵として、従来の衡量要請の判例理論からも、説明できないではない。

上記瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」ということも、以下の理由から肯定する。

「……本件の事情に従えば、計画結果が上記の瑕疵に基づく可能性があるだけでなく、かなり高い蓋然性がある……。……計画策定者……の事情聴取によって、他の計画策定の動機も存在しえたかどうかについての証拠を収集することは必要ではなかった。既に述べたように、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼすのは、事案の状況に応じて計画策定がこの瑕疵に基づき『うる』場合であるから、それゆえに既にさらなる事実の解明は必要なかった」¹⁰⁹⁾。

ここでも控訴裁判所の判断を是認し、「本件の事情に従えば、計画結果が上記の瑕疵に基づく可能性があるだけでなく、かなり高い蓋然性がある」と述べるにとどまる。計画策定連合が景観保護規則を誤解し、この誤解に基づいて計画を策定したことから、このような場合は当然に、単なる抽象的な可能性を超えて、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる

108) BVerwGE 64, 33 (41).

109) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, juris, Rn. 31.

結果になったであろうという具体的な可能性」が存在すると考えたのであろう。

以上を要するに、155b 条 2 項 2 文の新設によっても、衡量要請とその機能は変容を遂げていない。さらに、その規定の解釈適用を介して衡量過程への司法審査を過剰に制限し、衡量要請の具体的事案における機能を形骸化させることも、想定されていない。

(3) 建設法典の制定・1997 年改正

1979 年改正から間も無く、1986 年には連邦建設法と都市建設促進法が統合され、建設法典が制定された¹¹⁰⁾。特に、制定時の 214 条 3 項 2 文は、「衡量過程における瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する。この規定は、政府案における理由づけが示すように、制定前の連邦建設法 155b 条 2 項 2 文 (1)) を受け継ぐ計画維持規定である¹¹¹⁾。

この時、衡量要請については、その内容を改めることなく、1 条 6 項へと移し替えるにとどめられた。当時 SPD (ドイツ社会民主党) から、衡量要請を具体化する提案がなされたが、連邦行政裁判所の判例理論によって衡量要請は既に具体化されていることを理由に、この提案は否決された¹¹²⁾。少なくとも当時の立法者は、建設法典の制定によっても衡量要請はなんら変容を加えられないことを前提とするようである。

1986 年に建設法典が制定された際、衡量の瑕疵については、土地利用計画または条例の公示から 7 年以内が主張期間とされた (215 条 1 項 2 号)。新設の目的は、衡量の瑕疵によって地区詳細計画が無効となることから生

ずる、是認できない結果を回避することにあつた¹¹³⁾。この規定に対しても 1981 年判決と同じく憲法適合的解釈の必要を唱える学説があつた¹¹⁴⁾ が、結局連邦行政裁判所がこれを判断する機会はなかつた。

やがて 1997 年には、補完手続に関する 215a 条が追加された。追加の経緯は、計画維持の法原則の具体化を達成する¹¹⁵⁾ とともに、都市建設上の条例の存続力 (Bestandskraft) を高めることにあつた¹¹⁶⁾。215a 条 1 項は、「214 条及び 215 条に従って顧慮されないものではなく、且つ補完手続によって除去されうる条例の瑕疵は、無効に行き着かない。当該瑕疵が除去されるまでは、当該条例は法的効力を発揮しない」と規定する。同条 2 項は、「214 条 1 項において掲げられた規定の違反又は州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵の場合、土地利用計画又は条例は遡及効をもって再び施行することもできる」と規定する。この補完手続も計画内容の瑕疵を是正する点で計画維持に資するが、本稿ではこれを「計画維持規定」に含めないこととする¹¹⁷⁾。

以上を要するに、建設法典の制定・1997 年改正により、それ以前の法律・裁判例を土台としつつ、一部において計画維持を謳う規定が整序された。

(4) 連邦行政裁判所 2004 年 3 月 18 日判決

建設法典の制定・1997 年改正 ((3)) 後に、衡量過程における瑕疵と計画維持規定の (解釈・) 適用が問題となったのが、連邦行政裁判所 2004 年 3 月 18 日判決¹¹⁸⁾ (以下、「2004 年判決」という。) であった。

110) Gesetz über das Baugesetzbuch vom 08.12.1986, BGBl. I 1986 S. 2191.

111) BT-Drs. 10/4630, S. 156.

112) BT-Drs. 10/6166, S. 134f.

113) 政府案では主張期間を設けていなかった (BT-Drs. 10/4630, S. 41.) が、その後またも国土整備・土木建築・都市建設委員会により、この規定が付加された (BT-Drs. 10/6166, S. 134.)。

114) Rolf-Peter Löhr, Das neue Baugesetzbuch - Bauleitplanung, NVwZ 1987, 361 (369); Franz-Joseph Peine, Zur verfassungskonformen Interpretation des §215 I Nr.2 BauGB, NVwZ 1989, 637 (639).

115) BT-Drs. 13/6392, S. 73.

116) BT-Drs. 13/6392, S. 38.

117) 補完手続についてはこれ以上立ち入らないが、詳細は、村上・前掲注 94) 84-85 頁、大橋洋一『都市空間制御の法理論』74-76 頁 (有斐閣, 2008)、湊・前掲注 7) 『都市計画の裁判的統制』347-401 頁、湊二郎「計画確定決定と計画補完・補完手続 (1) (2・完)」立命館法学 391 号 73 頁、73-116 頁、392 号 52 頁、52-92 頁 (2020-2021)。

118) BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239.

図4：2004年判決の事案の概要



a 事案の概要

規範統制手続の申立人は、H 地域にある採砂場 (Sandgrube) L の所有者であり、当該採砂場において 1999 年 12 月 31 日まで認可を受けた砂の採掘会社の経営者である (以下、図 4 参照)。申立人は、1999 年 3 月 9 日に公示され、その妥当範囲が採砂場 L にも及ぶ地区詳細計画に対して異議を唱えた。地区詳細計画の目的は、ラント道 422 号 (以下、「L422」という。) の予定路線 (Trasse) を南方向に移動することにより、旧 H 地域を通り抜け交通や重交通から解放し、H 地域の北側と南側との間にある領域全体を都市建設上新たに規律することにあつた。

地区詳細計画は、住宅地域や商業地域、建築地域の域内開発のための交通用地 (Verkehrsflächen)、そしてさまざまな機能をもつ緑地 (Freiflächen) に加えて、L422 のための新たな予定路線をも指定する。防音壁を伴う予定路線のために、採砂場 L の北側の一部が指定される。さらに残りの部分について、用途の決まった公園のある公的緑地と林業用地として指定される。文言による指定 7.7 号に従えば、緑地整備計画 (Grünordnungsplan) において 1995 年 8 月 30 日に最

後に変更され 1991 年 1 月 14 日に予定された被申立人の調整措置 (Ausgleichsmaßnahmen) は、地区詳細計画の構成要素である。緑地整備計画は、L422 の予定路線の南側にある採砂場の領域のために、「L422 の新設のためのビオトープ開発および生態系の維持」という詳細に記述された措置を予定する。

規範統制手続における申立人の主な主張は以下の 2 つである。第 1 に、取り消しを求められた地区詳細計画自体に矛盾が存在する。すなわち、関連する緑地整備計画は、調整措置として、近隣の建物から採砂場 L に雨水を浸透させることを予定していたが、地区詳細計画の理由づけによれば、地表水は既存の下水道を通じて排水されるとのことであった。第 2 に、被申立人参事会は、採砂場を埋めることへの会社の経済的利益を誤って重みづけていたため、地区詳細計画には衡量の瑕疵があつた。

申立人は許容される上告において、地区詳細計画が無効であることを主張した。この裁判において、主として衡量過程における瑕疵の有無、および建設法典 214 条 3 項 2 文の (解釈・) 適用について、争われた¹¹⁹⁾。

119) この判決においては、以下の 3 点も問題となった。第 1 に、計画策定を補う地区詳細計画が、建設法典 1 条 3 項の意味において必要でない場合はないか (BVerwGE 120, 239 (240ff.))。第 2 に、緑地整備計画によれば予定された雨水貯水地の東側の採掘地に遊び場を作ることになっていたが、地区詳細計画の理由づけによればその

b 分析

申立人の第1の主張について、次のように述べて、衡量の瑕疵を認定する。

「建設法典9条8項1文, 10条3項2文, 4文に基づき, 地区詳細計画の理由づけは……特に法的拘束力を生じない……。地区詳細計画の理由づけは計画の構成要素ではない……。地区詳細計画の理由づけは, 一義的な文言による指定あるいは図面の指定を無視することができず, 不明確な条例の規定の解釈に援用できる限りで意味をもつ。緑地整備計画で予定された調整措置は計画の構成要素であり, そして調整措置として採砂場Lに特に隣接する建物地域から雨水を浸透させるための時折貯まる雨水浸透用地 (wechselfeuchte Verrieselungsflächen) を開発すべきことが緑地整備計画において指示されており, 地区詳細計画の文言での指定7.7号における規律は一義的である。……緑地整備計画における上記指示が, 雨水浸透用地のために予定された部分を用途の定まった公園のある公的緑地とする図面の指定とも一致するならば, 地区詳細計画には問題がなく, 解釈の余地はない……。

以上のことから……取り消しを求められた地区詳細計画は, 条例制定者の意思によれば有すべきではない規律を含んでいるということは明らかである。計画内容がそれに向けられた衡量決定によって支えられていないため, 当該地区詳細計画には衡量の瑕疵が存在する」¹²⁰⁾。

地区詳細計画における理由づけとは異なり¹²¹⁾, 緑地整備計画で予定された調整措置は「計画の構成要素」になっていることを前提にすると, 「一義的」で「解釈の余地はない」地区詳細計画の文言での指定を無視して, そ

れと矛盾する内容を衡量過程において取り込んではならない。具体的には, 近隣の建物から採砂場Lに雨水を浸透させるという調整措置を無視して, それと矛盾する地表水を既存の下水道を通じて排水するという内容を地区詳細計画に含めることは許されない。2004年判決は, 第1の主張については, 1969年判決(1(1))や1974年判決(1(2))等而言及することなく, 上記論理から衡量過程における瑕疵を認定した。判例・学説は, 2004年判決を, 学説における衡量瑕疵論(1(1)c)のいずれかに位置づけようと試みるが, 奏功していない¹²²⁾。地区詳細計画における理由づけと緑地整備計画で予定された調整措置との間に齟齬があり, 後者を無視してはならないことから, それを手続瑕疵とみなすこともできよう。このように2004年判決は, (一部の) 衡量過程における瑕疵と手続瑕疵との区別を相対化するようにも読め, 後述する2004年の建設法典改正(3(1))と通底するところがある。

このように認定された瑕疵は, 次の理由から, 建設法典214条3項2文の意味において顧慮されるという。

「当該瑕疵は, 計画の指定と計画の理由づけの比較から直接明らかになるので, 明白である。当該瑕疵は, 衡量結果にも影響を及ぼした。なぜなら, 条例制定者の実際の意思は, 実行に移された場合, 異なる指定に至るはずだからである。確かに……下水道を通じて雨水を排水するとしても, 同じ場所で雨水浸透用地が指定されることになるかもしれない。しかし, そのような場合の雨水浸透用地は, 隣接する建設地域から地表水を取り入れるものではなく, それゆえ緑地整備計画に従えば有するはずの機能, すなわち外部からの雨水の供給によって計画されたL422の建設のた

西側に遊び場が置かれることになっていたことが, 9条8項1文等に反しないか (BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 18)。第3に, 調整措置としての垂直壁についての事実関係に誤りがないか (BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 19)。これらの諸点については, これ以上は立ち入らない。

120) BVerwGE 120, 239 (244f.)。

121) BVerwG, Urt. v. 18.09.2003 - BVerwG 4 CN 3.02 -, BVerwGE 119, 45。

122) BVerwG, Urt. v. 22.09.2010 - 4 CN 2/10 -, BVerwGE 138, 12; Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl., 2015, Rn. 1699。

めに土壌を舗装すること (Versiegelung) を調節する機能を有しないであろう」¹²³⁾。

1981年判決(2)を引用こそしないが、そこでの準則に従っていることは確かである。明白な瑕疵の例として1981年判決が挙げる、「計画の理由書から……判明する瑕疵」を、2004年判決は認定する。衡量結果への影響についても、1981年判決のいう「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」を、2004年判決も計画の書類に基づいて認定する¹²⁴⁾。

申立人の第2の主張については、次のように簡単に述べて下級審の見解を是認する。

「……被申立人参事会は、申立人の採砂場を埋める利益を認識し、当該利益に相応しい重みをもって衡量に取り容れたという規範統制裁判所の決定は、上告審としては非難できない……。

……被申立人参事会は、非常に範囲の限定された埋める利益のみを、申立人の有利になるように取り容れなければならない……。

……埋めるための権限が初めから基本法14条の財産権にあらず、申立人が単なる法律や行政行為に基づく法的請求権を有せず、それゆえ埋めることへの経済的な利益はわずかな位置価値しか有しないので、(一部の)埋める利益は競合する公益との衡量において後退してもよい」¹²⁵⁾。

申立人の採砂場を埋める利益(の一部)が、1979年決定や1998年判決のいう、具体的な事実関係において都市建設上レバントな関連がある「衡量上顧慮すべき利益」として描出・解明される(1(3))。参事会は当該利益を認識して正しく重みづけたが、当該利益は基本法上保障されず、且つ経済的なものであって要保護性が低いという。第2の主張についても、1969年判決や1974年判決の判例

理論を引用こそしないものの黙示に踏襲し、学説における衡量瑕疵論(1(1)c)にいう衡量の誤評価・衡量の不均衡の有無を確認している。

このように2004年判決は、第2の主張に対しては、これまでに定着した衡量要請の判例理論を下敷きに判断を下し、第1の主張に対しては、手続瑕疵とも評価できる瑕疵を認定し1981年判決に従って計画維持規定を(解釈・)適用する点で、興味深い。

(5) 小括

初期の裁判例(1)とは異なり、1979年改正に伴い計画維持規定が新設されたことで、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。すなわち、衡量過程について司法審査の対象を限定することを意図して、連邦建設法155b条2項2文で「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定された(以上につき、(1))。この計画維持規定に対する連邦行政裁判所の応答は、衡量過程における瑕疵を従来の裁判例に従い衡量要請を通じて発見し、出訴の途を限定する上記規定を憲法適合的に解釈するというものであった。1981年判決で示された、瑕疵の「明白」性や「衡量結果に影響を及ぼした」ことに関する準則は、その後も暫し参照される。このように、1979年改正後も、衡量要請およびその具体的事案における機能は、変容を遂げていない(以上につき、(2))。1986年の建設法典制定や1997年の同法改正((3))を経ても、同じことがいえる。例えば2004年判決は、一方で、1969年判決から連なる衡量要請の判例理論を黙示に踏襲し、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明・調整・衡量するという計画策定機関が辿った過程を審査する。さらに同判決は、衡量過程における瑕疵として、手続瑕疵に近似したものを認定して計画維持規定を適用する点でも含蓄に富む(以上につき、(4))。

123) BVerwGE 120, 239 (245).

124) ただし2004年判決は、以上の瑕疵が補完手続に関する建設法典215a条によって除去されるという留保を付す(BVerwGE 120, 239 (245)).

125) BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 20ff.

ただし、分析対象としたこの時期の裁判例に共通していえることとして、衡量の瑕疵について控訴裁判所の認定をあっさり是認するなど、初期の裁判例ほど微に入り細を穿った判断をしていない。

このように、連邦行政裁判所は、初期の裁判例から2004年判決に至るまで、衡量要請と具体的事実関係におけるその機能を変容させていない。初期の裁判例において一旦は確立し計画維持規定の導入でその存立基盤が危ぶまれたもののその後も堅持された衡量要請を揺り動かしたのは、ドイツ国内からの改革というよりもヨーロッパ化の文脈においてであった¹²⁶⁾。そこで、3では、いかなる意味でのヨーロッパ化が、衡量要請を巡る従来の立法および司法（とりわけ連邦行政裁判所）にいかなる影響を及ぼしたのかを分析する。

3 ヨーロッパ化

競争法や公共調達法の領域のみならず、環境法・計画法の領域でも、ヨーロッパ化が進展している。ドイツ環境法の領域において、2007年のオーフス条約加盟や各種EUディレクティブ（Richtlinie（独）、directive（英）、direttivo（伊））の採択により、環境法違反にかかる司法審査の可能性が広がられた¹²⁷⁾。例えば2006年には、いわゆる環境・法的救済法（UmwRG）¹²⁸⁾の制定により環境法領域全般にわたり団体訴訟が可能になり、2007年には、いわゆる環境損害法（USchadG）¹²⁹⁾の制定により行政機関に対

する作為請求権が環境団体に付与されるようになった。計画法の領域においても、EUディレクティブを国内法化するために、環境審査に関する規定とともに、衡量要請に関する規定が建設法典に追加された。このように、もはやヨーロッパ化の文脈から切り離して、都市計画を語ることはできない状況にある。さらに、後述するように、EuGHや連邦憲法裁判所のみならず連邦行政裁判所自身が、1, 2でみた衡量要請に関する判例理論と整合するか問題となる判断を下している。

そこで3では、衡量要請とその具体的な機能および計画維持規定が、ヨーロッパ化によっていかなる変容を遂げたかについて分析する。すなわち、EU法に適合するように建設法典の重要な規定が追加・修正された(1)が、このことが衡量要請それ自体に変更を加えたかということを経験する(2), (4), (5)¹³⁰⁾。さらに、EuGHの判決、あるいは司法審査の在り方(3)が、衡量要請・計画維持規定の解釈・適用にいかなる波及効果を及ぼしうるものであったかを踏み込んで分析する(4), (5)。

(1) 建設法典2004年改正

「建設法典のEUディレクティブへの適合に関する法律」によって、建設法典は2004年に改正された¹³¹⁾。2004年改正によりいくつかの重要な規定が追加・修正されていることから、まずこのことについて確認する¹³²⁾。なお、2004年改正後にも建設法典は改正を重ねる¹³³⁾が、ここでは衡量要請そのものに実質的な変更を加えうる改正はなされ

126) *Marcus Merkel*, Die Gerichtskontrolle der Abwägung im Bauplanungsrecht, insbesondere nach der Neuregelung der §§ 2 III und 214 BauGB durch das EAG Bau, 2012; *Andreas Voßkuhle/Anna-Bettina Kaiser*, Der Bebauungsplan, JuS 2014, 1074 (1076).

127) 大久保規子「環境分野の司法アクセスとオーフス条約——ドイツの環境訴訟への影響を中心として」松本和彦編『日独公法学の挑戦——グローバル社会の公法』297頁, 297-314頁（日本評論社, 2014）。

128) Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz - UmwRG) vom 07.12.2006, BGBl. I 2006 S. 2816.

129) Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 10.05.2007, BGBl. I 2007 S. 666.

130) *Dirnberger*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 40), §1 Rn. 141.

131) Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien vom 24.06.2004, BGBl. I 2004 S. 1359.

132) 2004年改正の概要および司法審査との関係に関する邦語文献として、竹之内一幸「建設基本計画と司法による衡量統制——ドイツ建設法典改正を中心に」武蔵野大学現代社会学部紀要6号61頁, 61-71頁（2005）。

133) 例えば、Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006, BGBl. I 2006 S. 3316; Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt vom 04.05.2017, BGBl. I 2017 S. 1057.

ていない。

a 「衡量素材の調査・評価」

2004年改正により新設されたのが2条3項であり、当該条文は、「建設管理計画の策定の際には、衡量にとって意味がある利益（衡量素材）が調査され、そして評価されなければならない」と規定する。政府案における理由づけの概要は、以下のとおりである¹³⁴⁾。

衡量素材の調査・評価を規律する2条3項は、「手続の根本規範 (Verfahrensgrundnorm)」である。同規定は、衡量上顧慮すべき利益を調整・衡量することが諸利益を秩序に適合するように調査して適切に評価することを前提とするという、衡量要請から生ずる従来の法状態に合致する。衡量素材の調査・評価の要素は、建設管理計画の案についての理由書の作成(2a条)、公衆および行政庁参加の実施(3条から4a条)である。これに続くのが、調査・評価された利益を、建設管理計画に関する議決において考慮することである(2条3項)。同規定は、利益の調査・評価に焦点を合わせる計画環境審査およびプロジェクト環境適合性審査ディレクティブの手続構造にも合致する。改正法下における衡量素材の調査・評価は、特に現行法を超えるような「探索手続」ではない。

このように立法者は、衡量要請の実体的な要請を一部手続的な要請に変換しようと考えた。このような考えは、手続瑕疵に似たものを認定した2004年判決(2(4))とも通底する。国内法をEU法の基準を通じて新たに方向づけるこの立法に、当時の学説の多くも賛同した¹³⁵⁾。また、衡量過程のうち現実にとった行動(コミュニケーション)としての(外的)側面と、衡量過程のうち自らの判断

の論証という(内的)側面を意識的に峻別し、前者を2a条から4a条が、後者を「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項が、それぞれ規律するようにみえる。

b 「衡量素材の調査・評価」の瑕疵の効果

今みた「衡量素材の調査・評価」に瑕疵があった場合と結びつくのが、214条1項1文1号である。同号は、「2条3項に違反して、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった場合であって、しかも当該瑕疵が明白であり且つ手続の結果に影響を及ぼした場合に限って……土地利用計画及び条例の法的効力にとって顧慮される」と規定する¹³⁶⁾。政府案における理由づけの概要は、以下のとおりである¹³⁷⁾。

214条1項1文1号は、EU法上の手続基準によって惹起された、実体法上の衡量過程から計画策定に係る諸利益の調査・評価という手続関連の要素への転換を、計画維持に関する規定であとづける。衡量過程における瑕疵、および新設される1号の意味における手続瑕疵が存在するのは、事案の状況に応じて調査・評価されなければならなかった計画策定に係る諸利益がそもそも調査・評価されなかった場合、あるいは調査された諸利益の意味が見誤られた場合である。

政府案における理由づけでは、新設される2条3項および214条1項1文1号が、一方で手続基準を重視する¹³⁸⁾ヨーロッパ化の影響を受けながら、他方で計画維持規定として残されることが明示される。同時に、衡量過程における瑕疵と「衡量素材の調査・評価」の瑕疵は、学説における衡量瑕疵論のカテゴ

134) BT-Drs. 15/2250, S. 42.

135) Ingo Kraft, Gerichtliche Abwägungskontrolle von Bauleitplänen nach dem EAG Bau, UPR 2004, 331 (332); Wilfried Erbguth, Abwägung auf Abwegen? - Allgemeines und Aktuelles, JZ 2006, 484 (491).

136) 当初の政府案における同号の規定は、「2条3項の意味において、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に評価又は評価されなかった場合。但し、個別の場合の事情に応じて、当該瑕疵が手続の結果に影響しなかったことが明白である場合には、顧慮されない。」というものであった。しかし後述するように、連邦参議院(Bundesrat)や連邦政府(Bundesregierung)内の議論で再度採られた結果、本文中の内容に落ち着いた(BT-Drs. 15/2250, S. 96.)。

137) BT-Drs. 15/2250, S. 63.

138) BT-Drs. 15/2250, S. 62.

リーのうち衡量の不足と衡量の誤評価をいうとの立場をとるようである(2)でも後述する)。ここでの立場は、衡量過程の瑕疵に衡量の欠落・衡量の不均衡をも織りこむ1974年判決の考え方とは若干整合しないが、同判決に向けられた批判(1(2))に耳を傾けつつ、概ね従来の衡量要請の判例理論を維持することを意図したものである¹³⁹⁾。

また、214条3項2文についての当初の政府案は、改正後の手続規定たる2条3項と計画維持規定たる214条1項1文1号が、現行法および連邦行政裁判所の判例理論に基づく衡量過程への要求と改正前214条3項2文の計画維持規定に取って代わることを予定していた¹⁴⁰⁾。

○ 「衡量素材の調査・評価」と「その他の衡量過程」

しかしこれらの予定どおりにはならず、結局、「衡量素材の調査・評価」とは区別される「その他の衡量過程」というものが、214条3項2文後段に組み込まれた。同規定は、政府提出法案には存在しなかったが、以下の経緯により追加された。

政府案提出後に連邦参議院(Bundesrat)は、現行法のもとで達成された建設管理計画の存続力が、政府案の規定においても維持されたままであることが確保されるかをさらに検討すること、そして、必要であれば必要な補完を提案することを要請している。また、「調査・評価」という概念をもって衡量過程へのあらゆる要求が満たされるかどうかも検討する必要があるというのが、連邦参議院の意見である¹⁴¹⁾。

これに対して、連邦政府(Bundesregierung)は次のように応答した¹⁴²⁾。214条3

項2文後段の新設によって、衡量過程における特定の瑕疵の有意性に関する同文における従前の規律には、補完的な意味のみが認められる。例えば、「調査・評価」という概念が、狭く解釈されて衡量要請へのあらゆる要求を捉えない場合であっても、従前の規律によって達成されていた建設管理計画の存続力が少なくとも維持されたままであることが確保される。

こうして214条1項1文1号とは別に、同条3項2文後段が新設され、「その他の場合においては、衡量過程における瑕疵は、それらが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」という規定が設けられた。以上の経緯に鑑み、同規定を「不安条項(Angstklausel)」と呼ぶことがある¹⁴³⁾。2004年改正のコロラリーとして、衡量過程が控除的に2つに切り分けられ、2つの異なる(ように見える)計画維持規定を備えるようになった。ただし、214条1項1文1号および214条3項2文後段の主張期間の制限については、2004年改正で2年に統一された¹⁴⁴⁾。

なお、補完手続について定めていた従来の215a条(2(3))は、214条4項がその役割を受け継いだ。同項は、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に施行することもできる」と規定する。

以上を要するに、2004年改正の立法者は、概ね、従来の衡量要請に関する判例理論や計画維持規定の解釈・適用を変えようとする目論見はないといえる。EU法に適合するように追加・修正されたこれらの衡量過程についての規定(2条3項、214条1項1文1号お

139) これらの規定を制定するにあたって下敷きとなった見解として、Günter Gaentzsch, Aktuelle Fragen zur Planerhaltung bei Bauleitplänen und Planfeststellungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, UPR 2001, 201 (201ff.).

140) BT-Drs. 15/2250, S. 64f.

141) BT-Drs. 15/2250, S. 87f.

142) BT-Drs. 15/2250, S. 96.

143) Wilfried Erbguth, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, DVBl 2004, 802 (807f.); Hans-Gerd Pieper, Teilweiser Abschied von der materiellen Abwägungsfehlerlehre im EAG-Bau-Folgen für die Rechtmäßigkeitsprüfung des Bebauungsplans, JURA 2006, 817 (819f.).

144) BT-Drs. 15/2250, S. 96. その後、2006年の建設法典改正により、主張期間が1年に短縮された(BT-Drs. 16/2496, S. 17.)。

よび214条3項2文後段)が、司法の側でどのように受け止められたのかについては、(2)以下で確認する。

d 衡量「結果」における瑕疵

ここまでみてきたとおり、2004年改正は、主として衡量「過程」に関する規定を新設・改変したものであるが、衡量「結果」に関する重要な変更点についても、一言触れておきたい。

衡量結果における瑕疵については、主張期間に制限がなくなった。政府案によれば、これは次の理由による¹⁴⁵⁾。衡量結果における瑕疵が存在するのは、計画策定に係る諸利益の調整が、個々の利益の客観的な重みと比例しない方法で行われる場合に限られる。そのような計画策定決定は、法治国原理(基本法20条3項)の現れとしての衡量要請に違反し、憲法上の理由から有効でない。衡量結果が全く維持できないそのような重大な場合においては、主張期間の経過による瑕疵の治癒は正当化されない。法的安定性や土地利用計画および条例の存続保障の観点からも、衡量結果における瑕疵に関する司法審査を制限するための期間の規律は必要ない。

政府案における理由づけは、衡量結果における衡量要請違反が衡量の不均衡にのみ関わるとの立場のようである。ここでも、衡量結果における瑕疵に衡量の不足・衡量の誤評価をも織りこむ1974年判決とは異なる立場が採用されているが、これも学説上の批判(1(2))を受容したうえで、概ね従来の衡量要請の判例理論を維持することを企図したものである。また、衡量結果に瑕疵のある計画は、建設法典1条7項のみならずより高次の法治国原理にも違反し、主張制限を設けることができないという。

衡量結果における衡量要請違反が認められた例は少ないが、その一例として、連邦行政裁判所2015年5月5日判決¹⁴⁶⁾を、(5)で分析する。

(2) 連邦行政裁判所2008年4月9日判決 衡量要請規定や計画維持規定について、

2004年改正で一応の立法上の手当がなされた(1)ものの、未だ残された問題は山積している。衡量過程に関する規定(2条3項、214条1項1文1号)について一定の整理を試みたのが、連邦行政裁判所2008年4月9日判決¹⁴⁷⁾(以下、「2008年判決」という。)であった。ヨーロッパ化の影響を受けたこれらの規定が、衡量要請とその具体的な機能を変容させたのか、以下で分析する。

a 事案の概要

申立人は、被申立人がケルンのニュータウンの一部地域のために作成した地区詳細計画に対して異議を申し立てた(以下、図5参照)。

計画地域は、6階以下の高さの建物をもって建設されている。2階以上は圧倒的多数が、1階は大部分が、居住用建物である。特にRathenau広場とMeister-Gerhard通りの南東部には、特に1階にレストラン、バー、ディスコ、スナック等が集まる。

2003年11月20日に決定され、2003年12月10日に公示された地区詳細計画は、住宅用と商業用途のさらなる混在を阻止することを目的とする。この地区詳細計画は、Meister-Gerhard通りの北西の地域には一般住宅地域を、南東の地域には特別住宅地域を、そしてRathenau広場には公的緑地を指定する。さらに特別住宅地域の内部で、WB/1からWB/5まで名づけられた区域について、文言により別途指定する。WB/1の領域内では、飲み屋やレストランが禁止される。

申立人は、家屋の1階に所在する、自身が借りる部屋で、カクテルバーを経営する。申立人は、バーを地下階に拡張したいという。その営業地は、WB/1として指定された。

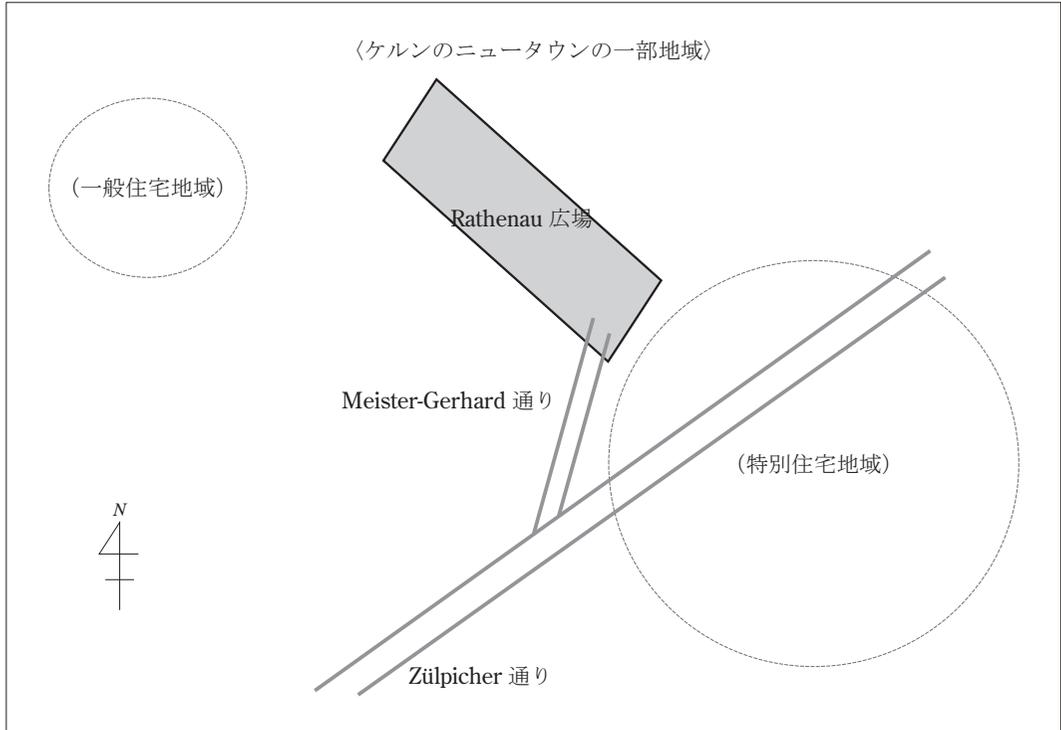
そこで申立人は、規範統制申立において、既存の事業者が計画法上許容できないものにする範囲を被申立人が誤認していたと主張した。特に、その側をWB/1とWB/2との間の用途境界が走っているZülpicher通り沿いの8事業者、および中心地域に典型的な娯楽場所であるとして特別住宅地域では許容でき

145) BT-Drs. 15/2250, S. 65f.

146) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

147) BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100.

図5：2008年判決の事案の概要



ない3つのディスクを、今後も許容されるものとして被申立人が誤って評価していたという。

上級行政裁判所は、2006年11月27日、2つの文言による計画地域の南側（特別住宅地域）の指定を部分的に無効であると宣言し、その他の計画地域の北側（一般住宅地域、公的緑地）の指定については、申立てを却下した。

この上級行政裁判所の判決に対し、申立人は、計画全体が無効であるとして適法な上告を申し立てた。この裁判において、主として建設法典2条3項と214条1項1文1号の解釈が問題となった¹⁴⁸⁾。

b 分析

2008年判決は、まず衡量の瑕疵として、

被申立人が、①3つのディスクは中心地域に典型的であり、したがって特別住宅地域において例外的にも許されない（建築利用令（BauNVO）4a条3項2号）ということ誤認した可能性、②WB/2とWB/1との間の用途境界が建造物を通して走っているため、Zülpicher 通り沿いの8事業者が後面の敷地部分を飲み屋やレストランとして利用することが計画法上許されなくなるということ誤認した可能性を認定する¹⁴⁹⁾。1981年判決は、計画策定機関が景観保護規則を誤解していたという瑕疵を認めた（2(2)）が、2008年判決でも同様に、①被申立人が遵守すべき建築利用令の規律を誤解していたという「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を認める。このように①の瑕疵は、1981年判決と同じく従来の

148) この判決においては、以下の3点も問題となった。第1に、申立人に申立適格が認められるか。第2に、地区詳細計画を北側と南側の2つの地域に分けて、規範統制申立の審査をすることが許されるか（BVerwG, Beschl. v. 18.07.1989 - 4 N 3.87 - BVerwGE 82, 225; BVerwG, Beschl. v. 04.06.1991 - 4 NB 35.89 - BVerwGE 88, 268.）。第3に、被申立人が、地区詳細計画の策定の際に居住機能を強め、商業用途を押しとどめるといふ、1つの計画上のコンセプトを追求できるか。これらの諸点には立ち入らない。

149) BVerwGE 131, 100 (104f.).

衡量要請に関する判例理論からも説明できないではない。次に、② Zülpicher 通り沿いの事業者の利益を適切に調査・評価しなかったことを、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定する。②の瑕疵についても、これまでの判例理論や学説における衡量瑕疵論から書き表すことができる。

こういった「衡量素材の調査・評価」の瑕疵が顧慮すべきものであるかどうかについては、2004年改正後の建設法典214条1項1文1号に従って判断される。その判断の前に、衡量要請と「衡量素材の調査・評価」(2条3項)との関係について、先にみた政府案における理由づけ((1)a)を引用しながら、大要、次のように述べる¹⁵⁰⁾。

2条3項は衡量にとって意味のある利益の調査・評価を要求するが、その要求の程度は従来の衡量要請の判例理論が衡量過程に要求していたものと水準である。また、立法者の意図は、「手続の根本規範」たる2条3項において、計画策定に関係する諸利益全体の調査・評価を手続関連の義務として形を整え、この義務に適合するような計画維持の規定を設けることにあった。2条3項は、連邦行政裁判所の判例において発展してきた、計画策定に関係する諸利益が必要な衡量素材に数えられるという前提があって、初めて成り立つ。計画維持のために、2004年改正法はこれらの前提を法律に取り容れた。

このように、連邦行政裁判所は、2004年改正の政府案における理由づけを是認して、2条3項の新設は従来の衡量要請の判例理論を変えるものではなく、その一部を手続的な要請に転換するものであると述べる。2008年判決前後の学説も、2004年改正が衡量要請に関する法制度・判例理論を変更するものではないと述べていた¹⁵¹⁾。さらにそのような2条3項に対応するように、計画維持規定としての214条1項1文1号も整えられたという((1)b)。もっともここでは、「衡量素材の調査・評価」の定義・範囲を設けるといっ

た議論はなされなかったため、そういった議論は先送りにされる。

以下では、214条1項1文1号における各要件の解釈・適用について分析することで、改正前の計画維持規定ひいては衡量要請そのものを変容させているかを確認する。先に結論をいえば、2008年判決は、214条1項1文1号をこれまでの計画維持規定や衡量要請の判例理論と積極的に接続するように読み替えている。まず、「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」という要件について、次のように解釈する。

「連邦行政裁判所の判例に従えば、計画決定の際にゲマインデに認識可能でない利益は、衡量上顧慮すべきものではない。計画官庁が『見て』いないものや問題となる事情に従って『見る』必要もないものを、衡量の際に考慮することはできず、考慮する必要もない……。ゲマインデが、自身に知られていたまたは知られていなければならなかった計画策定に関係する諸利益を調査していない場合に限り、手続瑕疵の原因となる。214条1項1文1号は、このことを計画維持のためにはつきりさせる」¹⁵²⁾。

2008年判決は、「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」利益でなければ「衡量上顧慮すべき利益」でありえないと述べて、「衡量上顧慮すべき利益」に関する1979年決定や1998年判決(1(3))を、「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項や計画維持規定たる214条1項1文1号に読み込む。EU法に適合するように諸規定が新設されたが、そのことが従来の衡量要請の定式を変えるものではないということがこの判示にも現れている。

そして「計画策定に関わる利益」、および上級行政裁判所が誤解しているという「本質的な点」の解釈について、次のように展開す

150) BVerwGE 131, 100 (104ff).

151) Werner Hoppe, Die Abwägung im EAG Bau nach Maßgabe des §1 Abs. 7 BauGB 2004, NVwZ 2004, 903 (905); Michael Happ, Neues zur Abwägung (§1 VII BauGB)?, NVwZ 2007, 304 (307); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 283f.

152) BVerwGE 131, 100 (106f).

る。

「連邦行政裁判所の判例に従えば、ゲマインデが衡量の際に自身に知られている利益を考慮しなければならないのは、当該利益が具体的な計画策定状況において都市建設上レバントな関連を有する場合に限られる。さらに、低価値であるか非難すべき利益、およびその存続に保護に値する信頼が存在しない利益は衡量上顧慮すべきものではない……。衡量上顧慮すべきでない利益は214条1項1文1号の意味において本質的ではないので、そのような瑕疵は顧慮すべきではない。これに対して、ゲマインデが計画策定に関する諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった場合、この点は『本質的』である」¹⁵³⁾。

上級行政裁判所が「本質的な点」該当性について、「計画策定にとって本質的な問題における重大な誤評価」が必要であるとの立場に立った¹⁵⁴⁾のに対し、2008年判決は、「計画策定に関わる利益」すなわち「衡量上顧慮すべき利益」該当性と「本質的な点」該当性を一体的に解釈する。前者への該当性が、「具体的な計画策定状況において都市建設上レバントな関連を有する場合」には肯定されるが、「低価値であるか非難すべき」場合や「その存続に保護に値する信頼が存在しない」場合には否定されることは、1979年決定や1998年判決で分析したとおりである(1(3))。さらに、「衡量上顧慮すべき利益」の解釈が「本質的な点」の解釈に流れ込んだ結果、「計画策定に関する諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかつ

た場合」には、「本質的な点」該当性が肯定される。

さらに、衡量過程における瑕疵が「手続の結果に影響を及ぼした」かについて、2004年改正前の条文について示した1981年判決の準則(2(2))を引いた後に、次のように述べる。

「……衡量の際に関係する利益の重みづけも、結果の有意性に意味をもつことがありうる……。2004年改正法の発効前は、計画策定に関する諸利益の調査・評価における瑕疵は、衡量過程における他の瑕疵とは区別されていなかった。……2004年改正法の立法者は、計画策定に関する諸利益の調査・評価を、もはや実体法上の衡量過程の一部としてではなく、手続関連の義務として理解しようと考え、そしてこの考え方の転換を計画維持のためにもあとづけようと考えた……。2004年改正法の立法者は、衡量過程における瑕疵が顧慮すべきものであるかを、追加の要件に従属させないようにした」¹⁵⁵⁾。

2008年判決は、「手続の結果に影響を及ぼした」(214条1項1文1号)といえるのかについては、1981年判決の準則に従って判断し、「追加の要件に従属させない」と述べた。既に述べたとおり2004年改正により、214条1項1文1号と214条3項2文後段という文言上異なる規律が生まれた((1)c)。これに対して2008年判決は、214条1項1文1号と214条3項2文後段は、いずれも1981年判決以来の判例理論に従って、同水準の要求をもって充足性を判断すべきことを示唆する。実際にその後の裁判例も、両規定の要求水準を同じに保つ¹⁵⁶⁾。また、連邦行政裁判所の裁判官自身も、計画維持規定に関

153) BVerwGE 131, 100 (107).

154) BVerwGE 131, 100 (105f).

155) BVerwGE 131, 100 (108).

156) 関連裁判例として、連邦行政裁判所2007年3月22日判決は、認定された衡量の瑕疵が「衡量素材の調査・評価」の瑕疵であるか「その他の衡量過程」の瑕疵であるかを問わず、214条3項2文後段は瑕疵の有意性について214条1項1文1号の要求水準を超えるものではないため、異なる結論は生じないという(BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238.)。連邦行政裁判所2012年12月13日判決も、214条1項1文1号と214条3項2文後段との区別を相対化する(BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.)。

する従来の実務を変えるものではないと自己評価する¹⁵⁷⁾。

なお、2008年判決は、瑕疵の「明白」性については十分に述べていないが、これは1981年判決が「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を「明白」な瑕疵として例示していた(2(2))ためと思われる。瑕疵の「明白」性の解釈についても、1981年判決以来の判例理論を黙示に踏襲するようである。

以上を要するに、連邦行政裁判所は、一般論のレベルにおいては、ヨーロッパ化の影響を受けた諸規定が従来の衡量要請や計画維持規定を変容させていないと考えるようである。さらに、あてはめや事案の見方のレベルでの変化がみられないかについて、以下で分析する。次の説示は、「計画策定に関わる利益」、「本質的な点」に関わる。

「南側計画地域にある既存の3つのディスコが中心地域において計画法上許容できるかどうか、そしてWB/1として指定される後面の敷地部分にあるZülpicher通り沿いの飲み屋やレストランが計画法上の許容性を失わせるかどうかという問題は、214条1項1文1号の意味における本質的な点に関わる。関係する土地の所有者や事業者が有する、自身が行う利用が全面的に計画法上許容されるままであることへの利益は、衡量上レバントである。問題となっている利用が本件の場合に保護に値しないものか、あるいは低価値であるものとして関係しうるかということを、上級行政裁判所は確定していない。行われる利用が地区詳細計画によって計画法上どの範囲まで許容されなくなるかということが現状調査の過程で完全に把握された場合に限り、計画策定に消極的に関係する諸利益を衡量することができるという考えを、被申立人自身も出発点としていた」¹⁵⁸⁾。

ここではまず、問題となる利益が特定される。そこで特定された利益は、計画策定機関

に知られ、「衡量上顧慮すべき利益」であるにもかかわらず、「具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった」という。あてはめレベルにおいても、「計画策定に関わる利益」と「本質的な点」の両者を一体的に判断する。

さらに、「手続の結果に影響を及ぼした」かについて、被申立人が問題となっている「衡量上顧慮すべき利益」を適切に調査・評価したならば異なる計画をしていたであろうという具体的な可能性を否定することができるとして、①②の瑕疵の要件充足性をいずれも否定する。まず、①の瑕疵についていう。

「……被申立人は、既存の住宅のためではない利用の『多数』を消極的な存立保護に置くということ認識していた……。したがって、いかなる利用が個々にその計画法上の許容性を失わせるかということは、衡量にとって重大ではなかった。被申立人が、居住者の利益に対向するディスコに、居住を妨害する他の利用よりも大きな重みを認めるべきであった理由を、申立人は説明しなかったし、この理由は明らかでもなかった。現状調査において記録された合計33の事業者あるいは多かれ少なかれ若干の事業者が消極的な存立保護に置かれるかどうかを、上級行政裁判所は『傍注(Marginalie)』として判定していた……。被申立人が、3つの既存のディスコ……が中心地域に典型的なものとして格づけられるということ認識していたならば、特別住宅地域の代わりに他の種類の建設上の用途を指定することを決定していたであろうという根拠は、認識できない」¹⁵⁹⁾。

①の瑕疵については、仮に3つのディスコが中心地域に典型的なものであると認識し、適切に調査・評価していたとしても、当該ディスコの利益に高い要保護性を認めなかったであろうということから、手続の結果への

157) Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 17/2008 Anm.3, unter D. 同様に評価する学説につき, Ute Mager, Neues zum Abwägungsgebot?, JA 2009, 398 (398ff.).

158) BVerwGE 131, 100 (108).

159) BVerwGE 131, 100 (109).

影響が否定されている。手続の結果への影響や利益の要保護性に関する説明責任を申立人に課しているようにみえる点も、興味を引く(この点につき、(3)で後述する)。続いて、②の瑕疵についていう。

「既に述べた Zülpicher 通りの北側の飲み屋やレストランは、地区詳細計画によって全体として計画法上許容されなくなるわけではなく、せいぜい Zülpicher 通りに面した後面の建物部分で計画法上許容されなくなる。文言による指定 14 号に従えば、当該建物部分において、計画法上許容される 1 階と地下 1 階にある飲み屋やレストランの附帯施設や施設は、例外として許容されうるといふ。関係建物部分において行われる利用が、消極的な存立保護に置かれる限りで、上級行政裁判所はこの結果を……同じく『傍注』として格づけした……。さらに、計画法上基本的に許容される Zülpicher 通り沿いの事業者への侵害は、その後被申立人が仮に当該侵害を現状調査においてより詳細に把握していたならば、既存の事業を無視した計画をしてでも住居の静穏を保護するという自身の目的を大きく後退させていたかもしれないほどの重みをもたない」¹⁶⁰⁾。

②の瑕疵についても、仮に Zülpicher 通り沿いの事業者の利益を認識し適切に調査・評価していたとしても、事業者の利益には高い要保護性が認められず、その侵害の程度は大きくなかったであろうことから、手続の結果への影響が否定されている。

以上を要するに、2008 年判決は、2 条 3 項については、これまでの衡量要請の判例理論を変えるものではなくその一部を手続的な要請に転換するものであると述べ、計画維持規定については、その解釈・適用に従来の計画維持規定・衡量要請の判例理論を積極的に読みこむ。2004 年改正によって衡量要請が変容を被っていないことは、2008 年判決以前の学説の評価とも軌を一にしていた。

(3) EuGH による司法審査

ヨーロッパ化は、EU 法を国内法化する場面に限ってみられる法現象ではない。EU 法は、EuGH と加盟国の国内裁判所との相互影響関係、ひいては裁判官対話 (judicial dialogue) をもとに形成されてきた。EuGH の先決問題移送手続 (The preliminary reference procedure, AEUV 第 267 条) のルートで国内法規定が EU 法に反していると判断されることもあれば、EuGH による司法審査の在り方が国内裁判所のそれに対し影響を与えることもある。環境法の領域でいえば、EuGH により、個人の権利を根拠づける環境法規違反の主張を要求していた環境・法的救済法の規定が、EU 環境アセスメントディレクティブに違反すると判断された例がある¹⁶¹⁾。

これまで、建設法典上の衡量要請や計画維持規定が EC 法・EU 法に適合するかについて、EuGH が直接判断を下したものは、管見の限り存在しない。しかし、2010 年代に入ってから先決問題移送手続を通じて、建設法典上の計画維持規定の規律内容に類似する規定が EU 法に適合しないと判断された EuGH の裁判例がいくつか存在する。これらの裁判例あるいはその司法審査の在り方が、建設法典上の衡量要請や計画維持規定の解釈・適用に変容を加える可能性は否定できない。

そこで(3)では、現在の EuGH が、建設法典上の計画維持規定に類似する規定について、いかなる EU 法適合性審査を行っているのかを確認する。具体的には、当時の環境・法的救済法 4 条 3 項の EU 法適合性に関する 2013 年 11 月 7 日判決 (a) と、当時の行政手続法 (VwVfG) 46 条の EU 法適合性に関する 2015 年 10 月 15 日判決 (b) を紹介・分析する。その後、これらの諸判決が、衡量要請を巡るドイツ国内での司法審査に対し、いかなる範囲でいかなる波及効を及ぼすのか、判決の射程を考える (c)。

a EuGH2013 年 11 月 7 日判決

許認可の取消事由を必要な環境アセスメントが実施されなかった場合に限定していた、

160) BVerwGE 131, 100 (110).

161) EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - C-115/09 -, NVwZ 2011, 801.

当時の環境・法的救済法4条3項¹⁶²⁾のEU法適合性について判示したのが、EuGH 2013年11月7日判決¹⁶³⁾(以下、「2013年判決」という。)である。抵触が問題となったEU法は、手続瑕疵によって無効にされる決定の適法性に異議を唱えることを可能にする訴権を要求していた(ディレクティブ2003/35で挿入された環境アセスメントディレクティブ85/337第10a条)¹⁶⁴⁾。当該EU法の規定は、2005年6月25日までに、国内法に転換されることが予定されていた。

原告らは、ライン川の洪水対策のために行われる大規模な洪水貯水池設置工事により影響を受ける土地の所有者または賃借人であった。原告らは、申請(2002年1月31日)に対する当該工事の計画認可決定(2006年6月20日)が無効であるとして、行政裁判所に提訴した。原告らの主張によれば、洪水対策のために事前に行われた環境アセスメントに重大な瑕疵があった。連邦行政裁判所は、以下の3点のために、事件を先決問題移送手続に付した¹⁶⁵⁾。

第1に、国内法への転換期限の2005年6月25日以前に計画認可手続が開始された場合であっても、それ以後に付与された認可については、環境アセスメントディレクティブ10a条の適用対象となるか。第2に、第1の点を肯定するならば、同条は、環境アセスメントがそもそも実施されていない場合のみならず、瑕疵ある環境アセスメントが実施された場合にも適用されるか。第3に、第2の点を肯定するならば、同条は、事件の状況に照らして瑕疵がなければ争われた結果が異なっ

ていたであろうという可能性、およびそれによって実体的な法的地位が影響を受ける可能性の証明を要求するものであるか¹⁶⁶⁾。

EuGHは、第1の点を肯定したうえで、第2の点については、司法裁判所への幅広いアクセスを確保するという環境アセスメントディレクティブ10a条の目的に鑑み、同条は環境アセスメントがそもそも実施されていない場合に限られず、(特に重大な)瑕疵ある環境アセスメントが実施された場合にも適用されるとの目的論的解釈を示す¹⁶⁷⁾。

本稿にも関連する、第3の点の前段の可能性については、ドイツの環境・法的救済法と結びつけて次のように述べる。なお、第3の点の後段の可能性は、割愛した¹⁶⁸⁾。

「……本件のように自国の法制度に規定がある場合、いかなる権利が損なわれた場合に環境に関する訴訟を提起しうるかを、ディレクティブ85/337第10a条によって定められる制限内で決定するのは加盟国であるが、環境の質の維持、保護、改善に貢献し人間の健康を保護することを目指して一般公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるために加盟国が当該目的のために定めた条件が、当該ディレクティブによって付与された権利の行使を実際不可能または過度に困難にしてはならない」¹⁶⁹⁾。

2013年判決は、一般公衆に幅広く司法へのアクセスを与える目的のために定められた条件が、ディレクティブにより付与された権利の行使を過度に困難にしてはならないとの

162) 同規定の立法経緯につき、BT-Drs. 16/2495, S. 14.

163) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 -, NVwZ 2014, 49.

164) 2013年判決以前に同規定の解釈が問題となった先例として、EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - C-115/09 -, NVwZ 2011, 801. がある。

165) BVerwG, Beschl. v. 10.01.2012 - 7 C 20/11 -, NVwZ 2012, 448.

166) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 20.

167) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 36f. なお、2013年判決の論告担当官(Advocate general) Pedro Cruz Villalónは、環境・法的救済法4条1項および行政手続法46条が、環境アセスメントに瑕疵がある場合にも認可決定の取消しを認めているというドイツの意見に対して、EuGHが各国内法を解釈する管轄をもたないとの論告を付している(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 64.)。

168) 第3の点の後段の可能性については、EuGH自身が判断する必要はないと述べる(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 55f.)。その代わりに、論告担当官 Pedro Cruz Villalónがこの点を詳述する(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 92ff.)。

169) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 46.

目的論的解釈を行う。

そして、次のように述べる。

「……訴えられた手続瑕疵と最終的に争われた決定の内容との間に因果関係がなければならぬという基準（『因果関係の基準』）について、以下のことに注意すべきである。……手続瑕疵を訴える可能性を、当該瑕疵が争われている最終決定の趣旨に影響することを条件としてかからせることは、〔EU〕立法府の意図するところではなかった。

さらに、当該ディレクティブの目的の1つが、特に、環境に重大な影響を及ぼしうる公共事業および民間事業に関連する環境アセスメントについて、公衆がより良く知らされ、より参加できることを確保するための手続保障を導入することにある点に鑑みれば、その分野を支配する手続ルールが遵守されているかどうかを確認することは特に重要である。したがって、原則として、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるという目的に従い、当該公衆が当該ディレクティブの対象となる決定の適法性に異議を申し立てる訴えを支える、あらゆる手続瑕疵を訴えることができればならない。

それにもかかわらず、必ずしもあらゆる手続瑕疵が、当該決定の趣旨に影響を及ぼしうる結果をもたらすとは限らず、したがってそれを申し立てる当事者の権利を毀損するとは考えられていない。かくなるうへは、加盟国の法に基づき、そのような種類の瑕疵に依拠する申立人は自身の権利が毀損されていない……場合、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるというディレクティブ 85/337 の目的が損なわれるようには思われない。

その点で、当該ディレクティブ 10a 条は、加盟国の、何が権利の毀損を構成するかの決

定に、広い裁量を残している……」¹⁷⁰⁾。

再び目的論的に解釈を施して、原則としてあらゆる手続瑕疵を訴えることができなければならないという。ただし、あらゆる瑕疵が常に結果に影響し当事者の権利を毀損するわけではなく、そうだとしても EU 法の目的に反しないことが述べられる¹⁷¹⁾。

続けて 2013 年判決は、手続瑕疵と決定との間の因果関係の要否・存否に関する論点を、訴訟上の立証責任の分配に関する論点に変換する。以下の指摘は、論告担当官 (Advocate general) である Pedro Cruz Villalón の論告には見られないため、判決の論理を特に丹念に追う必要がある。

「そのような状況では、事件の状況からみて訴えられた手続瑕疵がなくても争われた決定は異なっていなかったであろう可能性が実証的に存在するならば、国内法が当該ディレクティブ 10a 条 (b) の意味における権利の毀損を認めないことは許容しうるであろう。

しかし、本件手続に適用可能な国内法に関していえば、権利の毀損を立証するために、事案の状況によれば訴えられた手続瑕疵がなければ争われた決定が異なっていたかもしれないことの立証が、一般に申立人に課されているようである。因果関係の基準を適用するために訴訟提起者に立証責任を転嫁することは、特に問題となっている手続の複雑さと環境アセスメントの技術的性質に鑑みれば、ディレクティブ 85/337 によってその者に付与される権利の行使を、過度に困難にしうる。

したがって、当該ディレクティブ 10a 条に基づきこのように生じる新たな要件が意味するのは、因果関係の基準に照らして、当該条文の対象となる司法裁判所または司法機関

170) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 47ff.

171) 論告担当官 Pedro Cruz Villalón によれば、加盟国には 10a 条の実施にある程度の裁量が認められるが、この裁量は、第 1 に類似の国内状況を規律するものよりも不利であってはならず、第 2 に EU 法によって付与される権利の行使を過度に困難にしてはならない（この点は本文で述べる）という 2 点から、制限を受ける (EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 83.)。同旨、Wolfgang Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch, 2004, 1 (13f.); Wolfgang Durner, Die behördliche Befugnis zur Nachbesserung fehlerhafter Verwaltungsakte, VerwArch 2006, 345 (347); Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 541.

が、立証責任を申立人に一切負わせることなく、しかし適切な場合にデベロッパーや所管官庁によって提供される証拠やより一般に当該裁判所または機関へと提出される事件簿書類に依拠することによって、申立人により主張される手続瑕疵がなくとも争われた決定は異なっていなかったであろうという見解をとる立場にあるのでなければ、権利の毀損が排除されえないということである。

かかる評価を行うにあたっては、関係する司法裁判所または司法機関は、特に主張される瑕疵の重大性を考慮に入れること、および特に当該瑕疵が、ディレクティブ 85/337 の目的に従って公衆が情報にアクセスし意思決定に参加する権限を付与されることを可能にするために導入された保証の 1 つを、当該公衆から奪っているかどうかを確認することが重要である¹⁷²⁾。

2013 年判決は、手続瑕疵がなければ争われた決定が異なっていた可能性について申立人に立証責任を負わせることは、手続の複雑さと環境アセスメントの技術的性質からディレクティブによって付与された権利の行使を過度に困難にしるので許されないという。結局、「手続瑕疵がなくとも決定は異なっていなかったであろう」ことについて、裁判所が所管官庁からの提出証拠等に基づいて認定できる場合に限り、瑕疵と決定の因果関係が否定されうると解している。

2013 年判決は、次にみる判決 (b) と併せて、手続瑕疵の結果への影響に関する

1981 年判決 (2(2)) 以来の連邦行政裁判所の判例理論を再検討することを余儀なくさせる。

b EuGH 2015 年 10 月 15 日判決

欧州委員会からドイツの義務違反確認訴訟 (AEUV 第 258 条) が提起された事案において、手続瑕疵の行政決定への影響を証明する責任を申立人に負わせる当時の行政手続法 46 条の EU 法適合性について判示したのが、EuGH 2015 年 10 月 15 日判決¹⁷³⁾ (以下、「EuGH 2015 年判決」という。) である。抵触が問題となった EU 法は、2013 年判決 (a) でも問題となった環境アセスメントディレクティブ 10a 条に取って代わったディレクティブ 2011/92 第 11 条などであった¹⁷⁴⁾。

EuGH 2015 年判決は 5 つの論点について判示したが、本稿との関係では、手続瑕疵の行政決定への影響を証明する責任を申立人に負わせる行政手続法 46 条がディレクティブ 2011/92 第 11 条に適合するかという点に絞って分析する¹⁷⁵⁾。この点につき、EuGH 2015 年判決は 2013 年判決 (a) を引用して¹⁷⁶⁾、大要、次のように続ける¹⁷⁷⁾。

行政手続法 46 条が、公衆への通知と参加に関する手続瑕疵がある場合でも常に、裁判所が争われた行政決定の取消判決を下すために手続瑕疵と決定の結果との間に因果関係を要求する限りで、そのような基準は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条で規定される訴訟を提起する権利の行使を過度に困難にし、「関係する公衆の構成員」に司法への幅広いアクセスを提供しようとする当該ディレク

172) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 51ff.

173) EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 -, NVwZ 2015, 1665.

174) その他に、EuGH 2015 年判決において国内法との抵触が問題となった EU 法は、統合化された環境汚染の回避・制御に関するディレクティブ 96/61 第 15a 条に取って代わったディレクティブ 2010/75 第 25 条であった。

175) 本稿で取り扱わなかった論点として、以下の 4 点がある。第 1 に、行政裁判所法 113 条 1 項 1 文は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に適合するか。第 2 に、環境・法的救済法 2 条 3 項、行政手続法 73 条 4 項および 6 項に従って司法手続において提起できる異議申立てを、以前に行政手続で行われたものに制限することが、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に反するか。第 3 に、改正後の環境・法的救済法 5 条 1 項、4 項に基づき、2005 年 6 月 25 日以降に開始されて 2011 年 5 月 12 日までに終了した訴訟に関して、環境保護団体に訴訟を提起する地位が認められるのは、個人に権利を付与する法的規定に基づいて提起される訴訟に限定されたままであるか。第 4 に、改正後の環境・法的救済法の 5 条 1 項および 4 項の一時的な規定は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に適合するか。

176) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 47f., 52f.

177) EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 - Rn. 56ff.

ティヴの目的を害する。申立人が瑕疵の決定への影響を立証できないという理由だけで手続規定に違反する行政決定の取消しを拒否することは、EU法の同規定を全く効果のないものにする。上記因果関係の立証責任を、関係する公衆に負わせる限りで、行政手続法46条はディレクティブ2011/92第11条に違反する。

以上を要するに、EuGH 2015年判決は要所所で2013年判決(a)を引用し、そこで示された判例理論を確立させた。すなわち、EuGHは一貫して、あらゆる手続瑕疵と行政決定の結果との間に因果関係を要求しそれについて申立人側に立証責任を課すことは、EU法に違反しようとの見解に立つようである¹⁷⁸⁾。

c 射程

上記EuGH判決は共通して、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とするEU法と計画維持規定の類似規定との適合性が問題となっていた。では、これらの判決はいかなる射程をもって、計画維持規定の解釈・適用や計画裁量の審査密度、さらには衡量要請とその具体的機能に影響を及ぼしうるか。

計画維持規定の解釈・適用への影響はどうか。近時、連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所自身が、EuGH判決の影響を受けて、従来の判例理論と整合するか問題となる判断を下していることに注目したい(I 1の第3の理由)。まず、上記EuGH判決以前における連邦行政裁判所の判例理論を再確認する。1981年判決以来の判例理論によれば、瑕疵が結果に影響を及ぼしたというのは、「それぞれの

事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が存在する場合をいった(2(2))。言い換えれば、衡量過程に瑕疵がなければ衡量結果が異なっていたであろうという法的可能性のみならず事実の根拠が立証されない限り、「瑕疵が結果に影響を及ぼした」とはいえない。この支配的な理解に対しては、一方で瑕疵と結果との関連性について非常に高いハードルが設定されて原告に不利な立証責任を課し、他方で計画策定機関の計画の自由を疑う方法で結果に介入しなければならないという批判も従来から存在した¹⁷⁹⁾。計画維持と法治国原理という2つの憲法原則との間で一度探ったはずの妥協点を、再度探る機運が高まっている。

上記EuGH判決では、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とするEU法と計画維持規定に類似する規定との適合性が問題となったにすぎず、特にEuGH 2015年判決(b)を受けて改正されたのは環境・法的救済法の一部にとどまった。しかし以下の考察のとおり、上記EuGH判決の射程・波及効は環境法領域を超えた加盟国のEU法の執行に及ぶ可能性が高い¹⁸⁰⁾。

計画法の領域における計画維持規定の解釈・適用についても、次のことがいえる。部門計画法の領域において連邦遠距離道路法(FStrG)17e条6項1文(2013年改正前)¹⁸¹⁾の解釈が問題となった連邦憲法裁判所2015年12月16日決定¹⁸²⁾は、上記EuGH判決以前に連邦行政裁判所が採ってきた「異なる決定の具体的な可能性」という定式から不当な

178) なお、EuGH 2015年判決後、環境・法的救済法4条は改正され、手続瑕疵が決定に影響したか否かを裁判所が解明することができない場合には影響が推定されるという規定が追加された(Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes zur Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 07.11.2013 in der Rechtsache C-72/12 vom 20.11.2015, BGBl. I 2015 S. 2069.)。

179) *Albrecht Bell/Heinrich Rehak*, Erheblichkeit von Abwägungsmängeln, UPR 2004, 296 (296ff.); *Berkemann*, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (26); *Peter Wysk*, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 23. Aufl., 2022, §75 Rn. 27a.

180) *Wolfgang Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht - Teil 1, JZ, 2016, 667 (670); *Sigrid Emmenger*, in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Großkommentar, 2. Aufl., 2019, §46 Rn. 32f.

181) 「事業案に関係する公益及び私益の衡量にあたっての瑕疵は、当該瑕疵が明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定していた。

182) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, NVwZ 2016, 524.

解釈結果が生じてはならないという。さらに、実効的な権利保護に鑑み、「衡量の瑕疵を回避する際に異なる衡量決定がなされなかったであろうという認定は、計画確定機関がそれにもかかわらず同じ決定をしたであろうという具体的な手がかりが証明可能である限りでのみ正当化される」¹⁸³⁾と述べ、上記 EuGH 判決の影響を窺える¹⁸⁴⁾。この連邦憲法裁判所決定が明らかにしたように、上記 EuGH 判決以後は、計画法の領域についても、基本法 19 条 4 項に基づく権利保護の保障をより適切に考慮した建設法典 214 条 1 項 1 文 1 号、214 条 3 項 2 文後段等の解釈・適用が求められる¹⁸⁵⁾。こうした方向性は下級裁判所¹⁸⁶⁾でのみならず、既に連邦行政裁判所の一部でも共有されている¹⁸⁷⁾。例えば、連邦行政裁判所 2016 年 2 月 10 日判決によれば、瑕疵が有意であることが否定されるのは、計画策定機関が秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能な場合に限られる¹⁸⁸⁾。建設法典 214 条 1 項 1 文 1 号の解釈そのものが問題となり、1981 年判決 (2(2)) 以来の法理をあっさり援用した連邦行政裁判所の決定も存在する¹⁸⁹⁾が、連邦憲法裁判所が上記 EuGH 判決を踏襲する態度決定をしてから 1 ヶ月も経たない間に下されたもので

あり、この点を重視すべきではないと思われる。

以上を要するに、本稿のように近時の EuGH 判決の射程・波及効を広く及ぼす立場から、計画維持規定の解釈・適用にあたっては、瑕疵の存在を主張する側でなく計画策定機関の側が、秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能かどうかが問題となる¹⁹⁰⁾。そのような具体的な手がかりが証明可能でないならば、瑕疵の結果への影響が認められる¹⁹¹⁾。ただし、その場合にも、裁判所自身が計画策定機関に代わって仮定的な衡量決定をすることは憲法上許されない¹⁹²⁾。こうした解釈は、計画維持や計画の法的安定性に一定程度配慮しながら、法治国原理や裁判を受ける権利の保障とのバランスを保つものといえる。

次に、上記 EuGH 判決は、計画裁量の審査密度に影響を及ぼすか。一般に、EuGH による裁量統制はドイツ国内裁判所によるそれほど厳密ではなく、EuGH が各国裁判所に審査密度を低下させる理由もない。そのため、ヨーロッパ化によって司法審査の密度や、行政と司法との関係が直接修正されるとは考え難いといわれてきた¹⁹³⁾。上記 EuGH 判決は裁量統制について判示したのではなく、こ

183) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, Rn. 23.

184) *Bernhard Stüer*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16.12.2015 (1 BvR 685/12), DVBl 2016, 311 (311ff.); *Norbert Kämper*, in: Johann Bader/Lisa Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 57. Aufl., 2022, §75 Rn. 12.

185) *Werner Neumann/Christoph Külpmann*, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl., 2018, §75 Rn. 42; *Michael Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 31.1.

186) VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.06.2016 - 5 S 1149/15 -, BauR 2016, 2043.

187) BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 - 9 A 1/15 -, BVerwGE 154, 153; BVerwG, Urt. v. 22.09.2016 - 9 A 25/15 -, UPR 2017, 181; BVerwG, Urt. v. 19.12.2017 - 7 A 10/17 -, UPR 2018, 302.

188) BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 - 9 A 1/15 -, BVerwGE 154, 153.

189) BVerwG, Beschl. v. 13.01.2016 - 4 B 21/15 -, juris.

190) *Ingo Kraft*, Erheblichkeit von Abwägungsmängeln, UPR 2003, 367 (372); *Bell/Rehak*, a.a.O. (Fn. 179), 296 (302); *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 185), §75 Rn. 41.

191) ただし、証明に過大な要求をしてはならないと主張するものとして、*Tobias Masing/Gernot Schiller*, in: Klaus Obermayer/Michael Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 6. Aufl., 2021, §75 Rn. 13; *Markus Deutsch*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 180), §75 Rn. 115.

192) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, NVwZ 2016, 524; BVerfG, Beschl. v. 02.07.2018 - 1 BvR 682/12 -, NVwZ 2018, 1561.

193) *Rainer Wahl*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), 495 (495ff.); *Friedrich Schoch*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 (507ff.). 反対する主張として *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 205f.

れによってドイツ国内裁判所における計画裁量の審査密度が直接上下されることはないであろう。

最後に、上記 EuGH 判決は、計画法の領域における計画維持規定の解釈・適用に影響を及ぼしうるものであったが、それを超えて衡量要請とその具体的機能に影響を及ぼさないか。連邦行政裁判所の裁判例の分析は(4)に譲ることにして、ここでは簡単な言及にとどめたい。上記 EuGH 判決では、いかなる(手続)瑕疵が存在するかは争点とならなかった。そもそも、ある EU 法を国内法化する際に、いかなる実体法・手続法を整備するか、いかなる価値を当該法に置くか、そしていかなる要保護性を当該法の保護利益に認めるかといったことは、一定の制限はあるものの加盟国が(憲法に従って)自由に決定することができる。そのため、実体法上の衡量要請への違反や手続法上の「衡量素材の調査・評価」への違反は専ら国内法の解釈によって判断されるに留まり、上記 EuGH 判決がそれらの解釈に直接影響を及ぼすものではないと考えられる。

一般論としてはそのようにいえるが、同時に次のことも心にかけなければならない。オーストリア条約やその他 EU 法は、環境利益に特別な価値を付加し¹⁹⁴⁾、国内法を整備するよう指示する。確かに、規範統制手続の申立人自身が環境利益を主張して出訴することは考えにくく、ゾーニング型の地区詳細計画において申立人が環境利益を主張するシチュエーションも現実にはあまり多くはないであろう。そのため、實際上問題として取り上げられる局面は限られるが、そのような場合には当該利益に高い要保護性を認め、計画維持規定の解釈・適用のみならず衡量要請の解釈・適用も変容する可能性はある¹⁹⁵⁾。上記 EuGH 判決やこれまでのドイツ国内裁判例はこれらについてなんら判示していないため、欧州人権裁

判所(EGMR)の判決と併せて今後の展開に注視する必要がある。

この点は措くとしても、上記 EuGH 判決は、今後少なくとも衡量過程における瑕疵の結果への影響を認めやすくする点で、従来の計画維持規定の判例理論を変容させるものであった。さらなる EuGH 判決の射程も含めた私見は、III 2 以下で述べる。

(4) 連邦行政裁判所 2016 年 11 月 23 日判決

(3)では、EuGH 判決とその司法審査の在り方が、ドイツ国内の衡量要請と計画維持規定に変容をもたらすのかを踏み込んで分析した。本来であれば、一連の EuGH 判決が及ぼした(具体的な)影響を確認するためには、衡量過程の司法審査が問題となった裁判例の一般論のみならず、そのあてはめや事案の見方それ自体をも分析する必要がある。しかしそれ以降 2023 年 3 月現在に至るまで、衡量過程において衡量要請が問題となった事案で、一般論・あてはめの両方に立ち入り、且つ連邦行政裁判所の公式判例集に掲載されるほど重要視される裁判例を発見できなかった。そこで暫定的に、EuGH 判決の登場以降、衡量過程において衡量要請が問題となった事案で、その一般論について(のみ)簡単に確認し、且つ公式判例集に掲載された、連邦行政裁判所 2016 年 11 月 23 日判決¹⁹⁶⁾(以下、「2016 年判決」という。)の判示を紹介する。

まず、2004 年改正(11)の衡量要請への影響について、次のように再び評価する。

「衡量過程への要求は、建設法典 1 条 7 項の衡量要請から判例が発展させてきた……要求と一致する手続法上の 2 条 3 項の基準から生じる。またその要求は、地区詳細計画の策定の際には、公益と私益は対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において適正に衡量されなければならないという、——実体法

194) 建設法典 2 条 4 項によって、環境利益への重みづけが増すわけではないと主張するものとして、Hoppe, aa.O. (Fn. 151), 903 (906); Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 637. これと異なる意見として、Michael Krutzberger/Bernhard Stürer, Städtebaurecht 2004: Umweltprüfung und Abwägung, DVBl 2004, 914 (923).

195) 環境利益への重みづけが大きいほど、結果への影響も肯定しやすくなることを示唆した裁判例として、BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 - 4 CN 11/03 -, BVerwGE 122, 207.

196) BVerwG, Urt. v. 23.11.2016 - 4 CN 2/16 -, BVerwGE 156, 336.

上の—— 1条7項……から生じる」¹⁹⁷⁾。

ここでは、2008年判決や2つの計画維持規定の区別を相対化する連邦行政裁判所2012年12月13日判決¹⁹⁸⁾が引用される(2)。衡量要請の実体的な要請を一部手続的な要請に変換した2条3項からのみならず、そこで変換されなかった残りの実体法上の1条7項の衡量要請から、衡量過程が統制されるという一貫した連邦行政裁判所の自己認識がみてとれる。

そして、(衡量過程が) 衡量要請に違反する場合について、1969年判決(1(1))と次に分析する連邦行政裁判所2015年5月5日判決(5)を引用しながら、次のように確認する。

「……衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関する諸利益の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合である」¹⁹⁹⁾。

2016年判決は、2004年改正(1)やEuGHの諸判決(3)にもかかわらず、衡量要請に違反する場合についての伝統的な判示を明示的に現在も引き継ぐ。もっとも、「関係する利益の重みを見誤った」という、いわゆる衡量の誤評価への言及も削りとられている点には注意を要する。衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別を相対化していた1974年判決(1(2))の問題意識を共有し、これをより直接判例テキストに反映させている。ただしここでも、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵と区別される「その他の衡量過程」の瑕疵とは何か、

これらの衡量「過程」の瑕疵が衡量「結果」の瑕疵といかなる関係にあるのかといった2004年改正が惹起した疑問には答えていない。

さらに、次のように続ける。

「……地区詳細計画の指定が、所有者の権限を制限し、あるいは土地を建築から全く排除するものであればあるほど、建設管理計画のためにもちだされる顧慮すべき一般的利益は、より一層重みのあるものでなければならない。なぜなら、基本法14条によって保障される所有権は、建設管理計画のために考慮されるべき利益に特に際立って属するからである……。したがってゲマインデは、計画に服する者のために計画策定によって生ずる、そのような不利益を考慮しなければならない」²⁰⁰⁾。

2016年判決は、衡量要請を判断するために具体的事実関係に即して再構成された「個別ルール」を1974年判決(1(2))と同様に導き出す。所有権には基本法レベルでの保障が及び、その侵害の態様・程度により要保護性が変移することが考慮されなければならないという。既に連邦憲法裁判所は、衡量要請は、憲法上保障された法的地位と社会的に適正な財産秩序を等しく考慮し保護に値する参加者の利益を適正に衡量するという基本法14条から生じる義務を遵守しなければならないことを指摘していた²⁰¹⁾。連邦行政裁判所も夙に、衡量要請は、憲法上保障される所有者の法的地位、社会的に適正な財産秩序の要請、そして公益にかなうものでなければならないと判示していた²⁰²⁾。ここでの「個別ルール」は、基本法14条に根拠を求められる。

197) BVerwGE 156, 336 (338).

198) BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

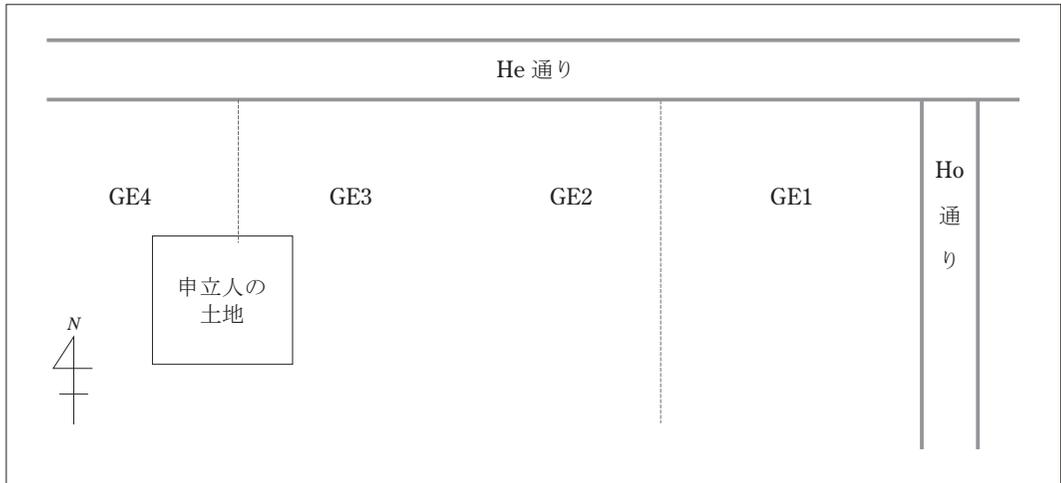
199) BVerwGE 156, 336 (338f).

200) BVerwGE 156, 336 (339).

201) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

202) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 16.05.1991 - 4 C 17/90 -, BVerwGE 88, 191; BVerwG, Urt. v. 24.06.1993 - 7 C 26/92 -, BVerwGE 94, 1; BVerwG, Urt. v. 26.08.1993 - 4 C 24/91 -, BVerwGE 94, 100.

図6：BVerwG2015年判決の事案の概要



以上を要するに、(3)cで簡単に確認したとおり、現時点ではEuGH判決とその司法審査の影響を看取することはできない。引き続き、欧州人権裁判所の判決と併せて今後の展開を見守りたい。

(5) 連邦行政裁判所 2015年5月5日判決

ここまで中心にみてきたのは、衡量過程における衡量要請がヨーロッパ化によりいかなる変容を遂げてきたかであった。しかし、1974年判決等が前提としてきたように、衡量要請違反は衡量過程のみならず、衡量結果でも問題となりうる。衡量過程と衡量結果との関係は章を改めて考察する(Ⅲ2,4)ことにして、(5)では衡量結果が衡量要請に違反すると判断した、連邦行政裁判所2015年5月5日判決²⁰³⁾(以下、「BVerwG2015年判決」という。)を分析する。近時の裁判例において、衡量要請とその具体的な機能が変容を被っているのかを確認したい。

a 事案の概要

申立人は、2011年12月7日に公示された被申立人による地区詳細計画について、2012年3月21日、規範統制手続を申し立てた(以下、図6参照)。問題となった地区詳細計画は、He通りの南側およびHo通りの西側にあるこれまで未建設であった約10.1ヘクタールの地域を、計画対象とする。また地区

詳細計画は、東から西に伸びる4つの商業地域を、GE1からGE4まで指定する。これに加えて地区詳細計画は、道路交通用地を指定する。具体的には、商業地域が東から商業地域GE1を経由して公共交通網に接続されるHo通りの一部と、He通りの拡幅のために、計画地の北側境界線沿いにある樹木等の植栽地帯を超えたところの一部を指定する。もっとも、地区詳細計画は、建築地域の内部開発(Innenschließung)について予定していなかった。地区詳細計画の理由づけによれば、計画策定の動機は、既存の商業事業者(以下、「事業主体」という。)の立地を確保し、そこでの事業の持続的な発展を予定するという、民間の事業開発にあった。

申立人は、その一部がGE3に、その他の一部がGE4に位置する土地の所有者である。当該土地は、農業経営者に対して賃貸され、その者が耕作している。当該土地は、現在、農業用の道路を経由して、He通りまで開拓されている。計画地域における他の土地は事業主体が所有し、事業主体の事業用施設は隣接地に立っている。そして、事業主体は計画地域において所有する土地を拡張地として用意している。

上級行政裁判所の判決に対し、申立人は地区詳細計画が建設法典1条7項に違反すると

203) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

して、上告を申し立てた。この裁判において、主として衡量「結果」が1条7項に違反するかどうか争われた²⁰⁴⁾。

b 分析

衡量過程の瑕疵には1年の主張期間の制限がある(建設法典215条1項)が、上級行政裁判所の認定によれば、申立人は期間制限のうちに衡量「過程」の瑕疵を主張していたようである²⁰⁵⁾。それにもかかわらず、BVerwG2015年判決は、衡量「過程」の瑕疵の主張については期間に触れることなく実質的な妥当性を否定し、衡量「結果」の瑕疵を問題視する。このことが2004年改正後に何を意味するかは章を改めて考えたい(III 4)。以下では、衡量結果をみて、衡量要請の違反があるかを分析する。

まず、衡量結果の衡量要請違反に関する一般論として、1969年判決(1(1))を引用して伝統的な判示部分を次のようにパラフレーズする。

「……衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関係する諸利益の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合である」²⁰⁶⁾。

衡量過程の衡量要請違反についてのみならず衡量結果の衡量要請違反についても、従来の判例理論が維持されている。ただし、2016年判決と同様に、学説における衡量瑕疵論のうち衡量の誤評価への言及がない(4)。

さらに、次のように続ける。

「……判例は、あらゆる地区詳細計画は原則として、計画策定に係る諸利益が適切に調整されることによって、地区詳細計画自体から生じ、あるいは計画に組み込むことのできる紛争を解決しなければならないということを示している。計画策定は、それにより引き起こされる紛争が結局影響を受ける者の負担で解決されないままであるということをもたらしてはならない……。しかしこのことは、問題解決を地区詳細計画の手続から後続する行政活動へ移転することを不可能にするものではない……。もっとも、未解決の利益対立が後続する手続において事案に即して解決できないことが、既に計画策定段階で予見可能である場合には、計画実施レベルへの紛争の移転の許容される限界を超えられる……。したがって、紛争の移転が許容されるのは、後続する段階で紛争克服のための措置の実施が、可能且つ確実である場合にに限られる」²⁰⁷⁾。

BVerwG2015年判決でも、2016年判決等に似た傾向として、衡量要請違反を判断するための「個別ルール」として、「紛争克服」の要請を導き出す。紛争克服の要請は1974年判決で既に確認したが、そこではいかなる場合に紛争克服の要請に反くかについて、踏み込んだ判断は示されていない(1(2))。その後別の判決で、建設管理計画の策定に際して、問題を後続の手続に移転できるが、未解決の利益相反が後続手続で適切に解決されないことが計画段階で既に予見できる場合には移転できないことが示されていた²⁰⁸⁾。この要請は衡量要請規定そのものから導出されると考えられている²⁰⁹⁾。

そのような紛争克服の要請を満たさない場

204) この判決においては、以下の2点も問題となった。第1に、地区詳細計画が、必要になったら必要な範囲で建設管理計画を策定することを要求する建設法典1条3項1文に違反するかどうか(BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 9ff.)。第2に、衡量結果における瑕疵が地区詳細計画全体を無効にするものか、それとも一部のみを無効にするか(BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 18ff.)。これらの諸点には立ち入らない。

205) OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 27.05.2013 - 2 D 37/12.NE -, juris, Rn. 162.

206) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 14.

207) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 14.

208) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379.

209) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; Berkemann, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (18ff.); Riese, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §114 Rn. 224.

合にどのような帰結が導かれるのかについて、次のように続ける。

「……地区詳細計画が、紛争解決の移転は許されないにもかかわらず、それによって提起された紛争を解決しない場合、このことは衡量決定の瑕疵をもたらす……。ゲマインデの計画上の解決が、考えられうるあらゆる観点から理由づけることができない場合、したがってゲマインデによる計画策定の理由づけ可能性 (Begründbarkeit) が欠ける場合、このことはさらに衡量結果における瑕疵を(も)もたらす。なぜなら、瑕疵のない必要な衡量決定を埋め合わせることが同じ結果を全くもたらさないならば、さもなければ計画策定に関係する公益間の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われ、それゆえ計画上の形成の自由の限界が超えられるので、そのような瑕疵が認められるからである」²¹⁰⁾。

BVerwG2015年判決や1974年判決が示唆するとおり、衡量結果について厳格な司法審査をすることは、まさに計画裁量とは相容れない(1(2))。衡量過程全体をみて紛争克服の要請が満たされない場合には、学説における衡量瑕疵論という衡量の不均衡が認められ計画裁量が超えられるため、衡量結果の瑕疵がもたらされるという。また、ここでは連邦行政裁判所2010年9月22日判決²¹¹⁾が引用されており、同判決が示した衡量の不均衡の場合にのみ衡量結果における瑕疵が認められるという立場²¹²⁾が踏襲されている。以上のことは、2004年改正の政府案で明示されていた立場と一致する(1(d))。

BVerwG2015年判決は、衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵をもたらす帰結の懸隔についても、次のように確認する。

「……衡量過程における瑕疵 (建設法典 214

条1項1文1号, 3項2文, 215条1項1文1号および3号)とは異なり、衡量結果における瑕疵は常に顧慮すべきである。衡量結果における瑕疵は、さらなる衡量の瑕疵の存在にかかわらず、地区詳細計画の(一部)無効をもたらす」²¹³⁾。

連邦行政裁判所も、現行の建設法典(1)上、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が大きく異なることを自覚している。すなわち、前者の司法審査においては、期間制限に関する規定と計画維持規定に服するが、後者はそうした規律を受けない。ただし、1974年判決と同様、衡量過程・衡量結果を厳密には定義づけない(1(2))。

ここまでで示した一般論に従えば、本件では衡量結果における瑕疵が認定でき、それが地区詳細計画の(全部)無効をもたらすという。

「……4つの商業地域の開発が東側のHo通りから事業主体の土地上で独占的に行われるという特徴を、地区詳細計画は示す……。申立人の土地は、計画地域の中央に位置する。その土地は現在農業に利用され、農業用の道路の上を經由してHe通りに開拓されている。緑地帯の建設後は、He通りへの接続がなくなり、申立人の土地はあらゆる開拓から切断される。申立人は、開拓がないため今や地区詳細計画において指定された商業用途を受け入れることができない……のみならず、農業用の道路はHe通りの上を通ることもできないため、農業用の利用可能性も失われてしまう。秩序に適合する利用のために必要な公道との接続が申立人の土地に欠けるため、無益な『商業地域の島』が生まれるだろう。そのような計画策定は、秩序づけられた都市建設上の発展と相容れない。そのような計画策定は、支持されえない方法で、基本法14

210) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 15.

211) BVerwG, Urt. v. 22.09.2010 - 4 CN 2/10 -, BVerwGE 138, 12.

212) 同判決は、既にみた2004年改正における政府案による理由づけ (BT-Drs. 15/2250, S. 65.)を参照しており、政府案と連邦行政裁判所が同様の立場であることを明示する。

213) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 15.

条1項により保障される申立人の所有者としての利益を無視するものであり、したがって計画上の形成の自由の限界を超える」²¹⁴⁾。

地区詳細計画により、「申立人の土地はあらゆる開拓から切断され」、「申立人の所有者としての利益を無視する」ことから、計画裁量を超えられるという（衡量結果における衡量の不均衡）。2016年判決が導出する、事案に即した財産権の保護という個別ルール(4)の萌芽を、BVerwG2015年判決に見出せる。ただし、このような瑕疵が、そもそも衡量過程における衡量の不足や衡量の誤評価にあたらぬかについては、疑問が残る。

さらに、先行する地区詳細計画から後続する区画整理手続へと紛争の解決を委ねることができず、個別ルールとしての紛争克服の要請にも違反するという。その理由として次のように述べる。

「内部開発が欠けているという問題の解決は……紛争移転の過程で、後続する区画整理手続に留保されえなかった。区画整理手続の実施は、地区詳細計画自体が内部開発に関する指定を含んでいないため、法的に許容されない。しかし、建設法典45条以下に従った当局の区画整理は、……地区詳細計画においてなされた指定の実現のためにのみ許容されるため、内部開発に関する指定は必須である。……区画整理は地区詳細計画の実施に役立つとする措置であり……、計画実現のための手段である。……区画整理は……計画付随的な手段であり……、地区詳細計画の指定に応じてその実現が可能ないように地所を設計するのに役立つ……。……55条2項1文1号もまた、区画整理が地区詳細計画における相応しい指定を要することを示す」²¹⁵⁾。

区画整理手続は、「計画付随的な」しかし「計画実現のための手段」であり、それと制度的に一体化する先行の地区詳細計画において内部開発の指定が存在することを必須の条

件とする（建設法典45条以下、55条1項1号参照）。そのため、本件のように地区詳細計画に内部開発の指定が欠ける場合には、後続する区画整理手続へと紛争の解決を委ねることができない。

以上を要するに、BVerwG2015年判決においても、衡量要請とその具体的な機能が変容を被っていないと評価できよう。

(6) 小括

3では、1, 2のような経緯で維持されてきた、衡量要請や計画維持規定についての判例理論が、ヨーロッパ化の文脈において揺さぶられ変容を被っていないかを、国内裁判所のみならずEuGHの判決を通じて分析してきた。

建設法典2004年改正では、「衡量素材の調査・評価」(2条3項)が「手続の根本規範」として新設され、これまで衡量要請に違反する実体瑕疵として捉えられてきた衡量の瑕疵の一部が手続瑕疵として把握されるようになった。この手続規定違反の瑕疵についての214条1項1文1号と、「その他の衡量過程」における瑕疵についての214条3項2文後段が、別個の計画維持規定として整備された。この改正のコロラリーとして、衡量過程が控除的に2つに切り分けられ、それぞれの衡量過程における瑕疵が2つの（異なるようにみえる）計画維持規定と結びつくようになった。また、衡量結果における瑕疵については、主張期間に制限がなくなった（以上につき、(1)）。このような改正が、衡量要請や計画維持規定の判例理論に変更を加えないことを判示したのが、2008年判決であった。まず、手続規定たる2条3項の要求する調査・評価の水準は従来の衡量要請が衡量過程に要求していたそれと変わらず、同規定の新設が従来の衡量要請の判例理論を変えるものではないと述べる。また、計画維持規定(214条1項1文1号、214条3項2文後段)についても、従来の計画維持規定や衡量要請の判例理論と整合するように接続する(以上につき、(2))。

214) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 16.

215) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 17.

また、近時は一般に EuGH と国内裁判所が相互に影響する傾向があるが²¹⁶⁾、ドイツ計画法の領域についても、EuGH 判決の影響を受けていないかという問いを立てることができる。そこで、建設法典上の計画維持規定に類似した規定と関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とする EU 法との適合性が争点となった 2 つの EuGH 判決を、論告担当官の論告も併せて分析した。EuGH 判決の射程・波及効を分析した結果、瑕疵と結果との間の因果関係について判示した部分が、少なくとも建設法典の計画維持規定（瑕疵の結果への影響）に関するこれまでの判例理論を変容させうることを示した（以上につき、(3)）。

再び、ドイツ連邦行政裁判所の判決に視線を戻す。上記 EuGH 判決後の 2016 年判決は少なくとも一般論において、1969 年判決以来の伝統的な判例理論を保ち、手続規定たる 2 条 3 項と実体規定たる 1 条 7 項から衡量過程を審査することを確認した。その際、1974 年判決と同様に、衡量要請違反を判断するために具体的事実関係に即して再構成された個別ルール（事案に即した財産権の保護）を導き出している点も興味深い（以上につき、(4)）。

3 でこれまで分析してきたのは、衡量過程における衡量要請がヨーロッパ化によりいかなる変容を遂げてきたかであったが、近時衡量結果における衡量要請違反が問題となった判決も分析した。BVerwG2015 年判決は、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が違うことを自覚しつつ、衡量結果における瑕疵についても 1969 年判決以来の伝統的な定式を引き写す。さらに、2016 年判決と同様に個別ルール（紛争克服の要請、事案に即した財産権の保護）を導出することで、衡量結果を具体的事実関係に即して審査していることを確認した（以上につ

き、(5)）。

このように 3 全体で、衡量要請とその具体的な機能は、ヨーロッパ化によって大幅には変容されることなく現在も確保されていることを示した。ヨーロッパ化によっても変わっていないことを示すこと自体に 3 での分析の意義があった。

Ⅲ. 裁判例の分析成果と考察

Ⅱでは、第 1 の課題（Ⅰ 2(1)）に取り組んだ。すなわち、具体的事実関係にまで具に立ち入ってドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開を過去から現在へと辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握してきた。Ⅲでは、第 2 の課題（Ⅰ 2(1)）に取り組むべく、この展開を現在から過去へと逆から辿ることでドイツの判例・学説上議論のある諸論点を再検討したい。

そのためにまず、裁判例の分析から得られた成果を確認する（1）。そのうえで、以下の論点について、得られた成果を逆から辿ってドイツ計画法上の考察の不足を補いたい。具体的には、衡量・衡量過程・衡量結果（2）、計画維持規定（3）、衡量瑕疵論（4）そして衡量要請の現代的意義（5）に関する未解決の問題を解決し、最後に計画裁量（6）と衡量要請との関係について問題を再発見する。

1 裁判例の分析成果

1 では、Ⅱでの各小括（Ⅱ 1(5)、2(5)、3(6)）を再構成して、有機的に連関する各裁判例の分析を通じて得られた成果を確認する。2 以降で考察するドイツ計画法に関する判例・学説上の難題に一定の解を与えるための、基礎を固めておく。

216) EuGH と国内裁判所との相互影響関係を、法学・政治学の観点から考察する近時の英語文献として、Morten Broberg/Niels Fenger, *Variations in Member State's Preliminary References to the Court of Justice - Are Structural Factors (Part of) the Explanation?*, 19(4) EUROPEAN LAW JOURNAL 488 (2013); Tommaso Pavone/R. Daniel Kelemen, *The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited*, 25(4) EUROPEAN LAW JOURNAL 352 (2019); JASPER KROMMENDIJK, NATIONAL COURTS AND PRELIMINARY REFERENCES TO THE COURT OF JUSTICE (2021).

連邦行政裁判所は、初期の裁判例で衡量要請に関する定式を打ち立て、これを判例理論として発展・確立させた。1969年判決は、「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」たる衡量要請を、計画策定機関の計画裁量に対する統制規範として位置づける。衡量要請に違反するのは、「(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合」、「事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合」、「関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が個々の利益の客観的な重さと釣り合いな方法で行われる場合」であると定式化した。また、「異なる利益間の衝突に際してある利益を優先し、その結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合」には、計画裁量が尊重され、衡量要請に違反しないという。学説は、1969年判決が示した定式をパラフレーズし、衡量要請に違反する場合として衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡の4つの構成要件があるとの衡量瑕疵論を構築した(以上につき、II 1(1))。1969年判決の定式を発展させ、衡量要請が具体的事実関係においてどのような機能を果たすのかにある程度の見通しを与えたのが、1974年判決であった。判決は、衡量過程と衡量結果を峻別し、衡量の欠落は衡量過程にのみ関わるが、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均衡は衡量過程と衡量結果の両方に関わると整理した。このような整理に対して、衡量過程・衡量結果の区別と学説のいう衡量瑕疵論をどのように接合させるかについて、学説上の議論を呼んだ。さらに、1974年判決は、衡量要請違反を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準すなわち個別ルール(決定の先取り・紛争克服の要請・分離要請)を立て、計画策定機関が行った利益の描出・解明・調整・衡量という過程および結果を注意深く審査した。ただし、衡量結果における衡量要請違反の計画統制には、計画裁量から一定の限界があることが留保されていた(以上につき、II 1(2))。これら2つの判決からは、計画策定機関が「衡量上顧慮すべき利益」の範囲は不明であった。訴訟法上の「利益」「権

利」概念を導きの糸に計画策定の際に衡量に容れられるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969年判決や1974年判決の判例理論をさらに発展・確立したのは、1979年決定と1998年判決であった。これらの判決は当該利益の範囲について、「事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならない」利益をいうと述べた(以上につき、II 1(3))。さらに1998年判決は、衡量要請規範が客観法上の性格を有するのみならず個人の利益保護に奉仕する第三者保護規範であることを丁寧に論証した(II 1(4))。

衡量過程にも立ち入って計画裁量を統制する連邦行政裁判所の態度を批判し、計画維持を主張する側から、「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」との計画維持規定が新設された。この規定の運用次第では、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的な事案における機能が損なわれる可能性があった(より詳細な立法経緯も含め、II 2(1))。1981年判決は、衡量過程の瑕疵は従来の裁判例に従って衡量要請によって発見されることを確認し、出訴の途を限定する計画維持規定を憲法適合的に解釈するという応答をした。具体的には、瑕疵の「明白」性について、客観的に把握可能な事実状況に基づくほど衡量過程の「外」側に属する瑕疵は「明白」であるが、計画策定機関の構成員の動機といった衡量過程の「内」側に属する瑕疵は「明白」ではなく、瑕疵の結果への影響について、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められなければならないと解釈した。こうした解釈を施すことで、計画維持の考え方にも配慮しつつ、衡量要請とその具体的な事案における機能を変容させなかった(以上につき、II 2(2))。同様のことが、1986年の建設法典制定や1997年の同法改正(II 2(3))後にもいえる。一例として2004年判決は、一方で、黙示に1969年判決以来の判例理論に沿って、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明・調整・衡量するという計画策定機関が辿った過程を審査する。さ

らに、衡量要請違反という実体瑕疵のみならず、手続瑕疵に似寄った瑕疵を、衡量過程における瑕疵として認定する（Ⅱ 2(4)）。

EU 統合の進展に伴う法体系のヨーロッパ化は、ドイツ計画法の領域にも影響し、これまで定着してきた衡量要請とその具体的な機能および計画維持規定を変容させる可能性があったが、以下で略述するように実際には大きくは変わっていない。建設法典 2004 年改正は、実体法上の衡量要請の一部を、「衡量素材の調査・評価」という手続法上の要請として切り出した。また、同改正は、衡量過程を「衡量素材の調査・評価」（2 条 3 項）と「その他の衡量過程」に分節し、前者を 214 条 1 項 1 文 1 号、後者を 214 条 3 項 2 文後段という別々にみえる 2 つの計画維持規定と結びつけた。さらに、衡量結果における瑕疵については、主張期間の制限を撤廃した（以上につき、Ⅱ 3(1)）。2008 年判決は、このようなヨーロッパ化の影響を受けた法改正が、衡量要請や計画維持規定の判例理論に変更を加えないことを示した。同判決は、2004 年改正の立法資料に依拠して、手続規定たる 2 条 3 項の要求する調査・評価の水準は従来の衡量要請が衡量過程に要求していたそれと変わらず、「衡量素材の調査・評価」の規定の新設が従来の衡量要請の判例理論を変えるものではないと述べる。計画維持規定（214 条 1 項 1 文 1 号、214 条 3 項 2 文後段）についても、従来の計画維持規定や衡量要請の判例理論と整合するように接続する（以上につき、Ⅱ 3(2)）。これに対して、近時 EuGH が下した 2 つの判決とその司法審査の在り方は、少なくとも建設法典の計画維持規定（瑕疵の結果への影響）の判例理論を変容させようのものであった。上記 EuGH 判決は、計画維持規定に類似した規定と関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とする EU 法との適合性を争点とし、瑕疵の結果への因果関係について申立人に立証責任を負わせることは当該 EU 法に違反するとの立場を示した。このような EuGH の立場は、衡量過程

における瑕疵の結果への影響を認めやすくするように、計画維持規定の解釈・適用を方向づける。そうであれば、衡量の瑕疵の認定に改めてスポットライトがあたる（以上につき、Ⅱ 3(3)）。そこで再び、いかなる場合に衡量の瑕疵を認定できるのかについて判示した連邦行政裁判所の判決に目を移す。衡量過程の瑕疵が問題となった 2016 年判決と衡量結果の瑕疵が問題となった BVerwG2015 年判決は、手続規定たる 2 条 3 項と実体規定たる 1 条 7 項に基づき、1969 年判決以来の判例理論を基本的に踏襲し、計画策定機関の辿った過程・結果を審査する。もともと、判例理論と衡量瑕疵論をどのように接合させるか、衡量過程と衡量結果のいずれを問題とするかといった問題に処方箋を提供する重要性が増している。さらに好奇心を刺激することに、初期の裁判例で観察されたような個別ルール（事案に即した財産権の保護、紛争克服の要請）を導出することで、計画策定機関が行った衡量過程と衡量結果を具体的事実関係に即して審査しようとする姿勢が窺われる（以上につき、Ⅱ 3(4), (5)）。

2 衡量・衡量過程・衡量結果の再訪

2 以降では、第 2 の課題（Ⅱ 2(1)）に取り組む。すなわち、1 で確認した分析成果を逆から辿ることによって、ドイツ計画法における判例・学説上のいくつかの論点について再検討し、新たに問題を提起する。まず 2 では、衡量要請によって制御・統制される、衡量過程・衡量結果・衡量といった概念について、改めて考察する。

「衡量」は、公法学上、法理論上の概念として、広く用いられる。「衡量」とは、相反する議論（規範）間の優先関係を根拠のある形で決定するための法治国上の要請である。また、諸利益を可能な限り包括的に描出・解明・調整する法適用・法発見の手法をいうこともある²¹⁷⁾。「衡量」という語は、計画策

217) Felix Weyreuther, *Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts*, BauR 1977, 293 (297); *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 213; *Hans-Joachim Koch*, *Die normtheoretische Basis der Abwägung*, in: Wilfried Erbguth (Hrsg.), *Abwägung im Recht*, 1996, S. 9 (9ff.); *Fritz Ossenbühl*, *Abwägung im Verfassung*,

定機関が裁量をもつ場合に限らず広く用いられ、建設法典以外の法にもみられる。連邦行政裁判所も、基本的に「衡量」概念を広く理解する²¹⁸⁾。

衡量過程と衡量結果との区別を放棄する見解も存在した²¹⁹⁾が、判例・学説における通説は両者を区別し続けている²²⁰⁾。なお、これらの区別は、連邦行政裁判所によつてのみならず、連邦通常裁判所の民事部でも確認されている²²¹⁾。4で後述するように、衡量過程と衡量結果のいずれが問題となっているかの見極めは、衡量要請を実務で運用するうえでの鍵となる。そのため、本来は衡量過程・衡量結果の厳密な定義づけが必要となるが、そのような定義づけはドイツでも共有されていない。

1974年判決は、衡量過程と衡量結果との分別を謳った(Ⅱ 1(2))。このうちの衡量過程は、1981年判決で、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程として叙述されていた(Ⅱ 2(2))。また、2004年改正における政府案による理由づけによれば、衡量過程のうち現実にとつた行動(コミュニケーション)としての(外的)側面と、衡量過程のうち自らの判断の論証という(内的)側面は意識的に峻別される(Ⅱ 3(1))。そこで本稿では、暫定的に次のように考える。衡量過程とは、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程であると同時に、

個々の段階における実際の外的手続の経過のみならず、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明しそれらの要保護性に依じて重みづけ調整・衡量する内的(な論証)手続の経過をいう²²²⁾。衡量結果とは、右にみた動態的な過程・経過の終着点に目印をつけて固定化し、当該時点・地点で判断・決定されたものをいう。

2004年改正は、衡量過程を「衡量素材の調査・評価」(2条3項)と「その他の衡量過程」に切り分け、前者を手続規定として整理した(Ⅱ 3(1))。このような切り分けや手続規定としての整理は、以下の理由で、基本的に首肯できる。

まず、「衡量素材の調査・評価」という概念が狭く解釈された場合に備えて「その他の衡量過程」が観念されており、両者は控除的に定義される。政府案による理由づけは、「衡量要請から生ずる従来の法状態に〔建設法典2条3項〕は合致する」²²³⁾と述べるにとどまり、「衡量素材の調査・評価」を積極的に定義づけない。連邦行政裁判所も、両者を厳密に切り分けないという態度を取る²²⁴⁾。本来は、「衡量素材の調査・評価」の定義・範囲を設けることが望ましい²²⁵⁾ものの、ドイツでも共有された見解はない。しかし、「衡量素材の調査・評価」の中核に、計画策定に関係する諸利益の描出・解明は含まれるが²²⁶⁾、衡量素材の適用は含まれない

in: Wilfried Erbguth (Hrsg.), *Abwägung im Recht*, 1996, S. 25 (27); *Patrick Berendt*, *Die Bedeutung von Zweck- und Zielbestimmungen für die Verwaltung*, 2001, S. 48.

218) BVerwG, Urt. v. 23.01.1981 - 4 C 4/78 -, BVerwGE 61, 295; BVerwG, Urt. v. 27.10.2000 - 4 A 18/99 -, BVerwGE 112, 140; *Gaentzsch*, a.a.O. (Fn. 139), 201 (201ff.).

219) *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 270ff.; *Manssen*, a.a.O. (Fn. 45), S. 282.

220) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; *Merkel*, a.a.O. (Fn. 126), S. 119ff.; *Wolfgang Köck*, *Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns*, in: *Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 2022, §36 Rn. 127; *Riese*, in: *Schoch/Schneider* (Fn. 58), §114 Rn. 201ff.

221) BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

222) *Weyreuther*, a.a.O. (Fn. 217), 293 (293ff.); *Karl August Bettermann*, *Über die Rechtswidrigkeit von Staatsakten*, in: *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, 1981, S. 25 (47ff.); *Koch*, a.a.O. (Fn. 51), 1125 (1125ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 214.

223) BT-Drs. 15/2250, S. 42.

224) BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

225) *Michael Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 40), §214 Rn. 118.1.

226) *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 34), §214 Rn. 4. *Merkel*, a.a.O. (Fn. 126), S. 283 は、「衡量素材の調

ことは確かである²²⁷⁾。2008年判決は、被申立人が遵守すべき建築利用令の規律を誤解していたことと、Zülpicher通り沿いの事業者の利益を適切に調査・評価しなかったことの2つを、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定した(Ⅱ3(2))。1969年判決で計画策定を支える利益が十分に描出・解明されなかった瑕疵(Ⅱ1(1))や、1981年判決で計画策定機関が景観保護規則を誤解していたという瑕疵(Ⅱ2(2))も、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定できよう。このように、「衡量素材の調査・評価」の中核を認識できる以上、衡量過程をこのように2つに切り分けることは、ある程度是認できる。ただし、地区詳細計画の構成要素になっている調整措置が衡量過程に取り込まれなかったという瑕疵(Ⅱ2(4))などが「衡量素材の調査・評価」の瑕疵たりうるかは、曖昧模糊のままである。

次に、2004年改正の政府案による理由づけは、「衡量素材の調査・評価」を「手続の根本規範」として整理し、「EU法上の手続基準によって惹起された、実体法上の衡量過程からの計画策定に関する諸利益の調査・評価という手続関連の要素への転換」を行う²²⁸⁾。加盟国の増加に伴いEUにおける通常立法手続(AEUV第294条)は複雑化し²²⁹⁾、公益・私益やその要保護性について加盟国間でますますコンセンサスが得にくくなっている。そのため、最低限の手続・組織

を規律し枠づけようとの動機が、加盟国間で作用する。確かに、ドイツのように衡量要請の判例理論が定着し衡量過程に対して比較的厳格な司法審査が及ぶ加盟国では、あえて「衡量素材の調査・評価」を手続上義務づける必要はないかのように思える。しかし手続規定を設けることは、以下の点で望ましいと考える²³⁰⁾。まず、その適法性について裁判所が統制できる範囲が限定されうる(4,6)計画策定において、手続に関する権利が基本権保障・利益保障の機能を果たしうる²³¹⁾。さらに、特に多極的な利益ネットワークを扱う計画策定において手続規定を設けることで、利益を表出・集約・明確化する機会が付与される。これにより、計画策定機関への行為規範として計画策定を事前に制御し受容性を高め、また裁判所への統制規範として適切に計画策定を統制することも可能になる。また、一般に、手続規定への違反は、実体規定への違反よりも発見・判断が容易である。2004年判決は手続瑕疵に類似した瑕疵(Ⅱ2(4))を、2008年判決も「衡量素材の調査・評価」の瑕疵(Ⅱ3(2))を、それぞれ簡単に認定していた。このように、手続的思考を先へ進め、「衡量素材の調査・評価」を手続規定として整備することには、十分の理由がある²³²⁾。

さらに、建設法典2条3項が新設されたことをもって、実体的な審査密度が変わるわけではない²³³⁾。裁判所は引き続き、衡量素材

「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として、例えば行うべき調査を怠った場合、専門家に諮問をしなかった場合、あるいは誤った機関が手続を実施した場合を掲げる。

227) 「衡量素材の調査・評価」に違反する場合に、衡量の不足・衡量の不均衡が含まれないとの見解について、Jürgen Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §214 Rn. 39f.

228) Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs, herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, 2002, S. 122ff.; BT-Drs. 15/2250, S. 63.

229) EUにおける決定過程について、伊藤洋一「EUにおける法形成——EU立法手続の制度設計」長谷部恭男編『岩波講座現代法の動態1 法の生成/創設』171頁, 171-197頁(岩波書店, 2014)。

230) 行政手続の多機能性につき、Hill, a.a.O. (Fn. 105), S. 199ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz - Einleitende Problemskizze*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 9 (9ff.).

231) 手続における基本権保護に加えて、手続による基本権保護の重要性が増していることにつき、Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 2022, §27 Rn. 31ff.

232) Mario Martini/Xaver Finkenzeller, *Die Abwägungsfehlerlehre*, JuS 2012, 126 (126); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 282.

233) Hoppe, a.a.O. (Fn. 151), 903 (905); Happ, a.a.O. (Fn. 151), 304 (307); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 283f.

の調査・評価で得られた情報・利益をもとにした計画策定の実体的な適法性を審査する(4)。もっとも、実体法上の衡量要請に違反する瑕疵と手続規定たる「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を区別すべきか、区別すべきであるとしてどのように区別されるか、といった問題は残る。

3 計画維持規定の再訪

次に、3では、法治国原理や行政の法律適合性を相対化する計画維持を根拠に、衡量過程に瑕疵がある場合にも計画を維持する規定の解釈・適用について、再考する。

計画維持には、以下の2つの動機が背後にあると思われる。第1に、特定の瑕疵を理由に、費用のかかる計画策定手続をもう一度やり直すことは、手続経済上避けるべきであるという動機である。第2に、計画は、その後の状況の変化によって機能せず無効となる可能性があるために、維持すべきであるという動機がある。

このような計画維持の動機を投影する、2004年改正後の2つの計画維持規定を、改めて確認する。建設法典214条1項1文1号は、「2条3項〔「衡量素材の調査・評価」〕に違反して、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった場合であって、しかも当該瑕疵が明白であり且つ手続の結果に影響を及ぼした場合に限って……土地利用計画及び条例の法的効力にとって顧慮される」と規定し、214条3項2文後段は、「その他の場合においては、衡量過程における瑕疵は、それらが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する(II 3(1))。両者に共通する要件として、瑕疵の「明白」性と当該瑕疵の結果への影響がある。確かに、214条1項1文1号は「手続の結果に影響を及ぼした場合」に、

214条3項2文後段は「衡量結果に影響を及ぼした場合」に、衡量過程における瑕疵が顧慮されると規定するため、文言上の違いはあるものの、両者に内容上の相違はないとされる²³⁴⁾。これに対して、214条1項1文1号に固有の要件として「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった」ということが、明文上は要求されるようである。

214条1項1文1号に固有といわれる要件は、真に「固有」の意味を有しているのか。「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」という要件について、2008年判決(II 3(2))によれば、「計画決定の際にゲマインデに認識可能でない利益は、衡量上顧慮すべきものではない」。そのような利益を描出・解明・調整・衡量しなかったとしても衡量要請違反にはならず、「その他の衡量過程」における瑕疵ももたらされない。そのため、214条1項1文1号に上記要件があるからといって、このことが214条3項2文後段との差異を生み出すわけではない。また、2008年判決は、「計画策定に関わる利益」すなわち「衡量上顧慮すべき利益」該当性と「本質的な点」該当性を一体的に解釈していた(II 3(2))。1979年決定と1998年判決で示された「衡量上顧慮すべき利益」の解釈(II 1(3))が「本質的な点」の解釈に流れ込んだ結果、「計画策定に係る諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった場合」には、上記2つの該当性が同時に満たされる。このような立場を取る限り、「本質的な点」という要件は、214条1項1文1号に真に「固有」の意味を付与するものではない²³⁵⁾。

このように、衡量過程を2つに切り分ける本稿の立場(2)からも、2つの計画維持規定それ自体を較べて、両者に内容上の相違がないと結論づけることは可能である。判例・

234) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 30; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §2 Rn. 144.

235) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 24.

学説上も、この結論そのものにはそれほど争いが無い²³⁶⁾。次に、両者に共通する要件について検討するが、その際に、手続に関する権利が特に計画策定において基本権を保障する機能を果たすということ(2)を考慮しなければならない。

まず、瑕疵の「明白」性があった。1981年判決(II 2(2))以来、連邦行政裁判所は、瑕疵の「明白」性を制限的に解釈して、客観的に把握可能な事実状況に基づく衡量過程の外側には注意を向けるが、衡量過程の内側で個々の計画策定機関の構成員の動機を探求しない²³⁷⁾。しかし、衡量過程の内側・外側を厳密に分別することは困難である²³⁸⁾。また、学説における衡量瑕疵論という衡量の欠落など、衡量の瑕疵の種類によっては、瑕疵の「明白」性判断に支障をきたしうる。そもそも、「明白」性が否定された事案はほとんどなく、2004年改正後に「衡量素材の調査・評価」の瑕疵が問題となった2008年判決では、瑕疵の「明白」性について言及されていなかった(II 3(2))。このように、特にEuGHによる判決以降、瑕疵の結果への影響に加えて瑕疵の「明白」性が要求される意義について、再考を迫られている²³⁹⁾。また、計画維持の利益がいかなる基本法上の要保護性を与えられるべきか、あるいは当該利益と権利保護(基本法19条4項)、法治国原理(20条3項)、法的安定性そして信頼保護といった基本原理との関係を今一度考えるべきでは

ないか²⁴⁰⁾。

2つの計画維持規定に共通する要件の2つ目に、瑕疵の結果への影響があった。1981年判決(II 2(2))以来の連邦行政裁判所の解釈によれば、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められる場合に、この要件が充足される²⁴¹⁾。このような具体的な可能性は、「計画の書類、あるいはその他の認識可能な若しくは容易に思いつく状況に基づいて、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしえた可能性が明らかになる場合には、常に存在する」²⁴²⁾。近時のEuGH判決が下されるまでは、このような解釈が長らく実務を支配していた。もっとも、本稿のように近時のEuGH判決の射程・波及効を広く及ぼす立場からは、瑕疵の存在を主張する側ではなく、計画策定機関の側で、秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能であるかどうかの問題となる(II 3(3)c)。そのような具体的な手がかりが証明可能でないならば、瑕疵の結果への影響が認められる。その際に、事実審としては、瑕疵がなかった場合に計画策定機関の仮定的な意思形成に意味のあると考えられるあらゆる資料と事情を考慮しなければならない²⁴³⁾。これには、計画確定決定およびそこで確定された資料の他、行政関係書類、事業主体から提出さ

236) BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238; *Michael Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 40), §214 Rn. 118.

237) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33; BVerwG, Beschl. v. 16.08.1995 - 4 B 92/95 -, NVwZ-RR 1996, 68; BVerwG, Beschl. v. 26.08.1998 - 11 VR 4/98 -, NVwZ 1999, 535; BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 - 11 A 3/98 -, BVerwGE 107, 350; BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10 -, BVerwGE 139, 150; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

238) 山田・前掲注106)122頁。

239) 瑕疵の「明白」性を要求することは、EU法に適合しないと主張するものとして、*Martin Kment*, *Zur Europarechtskonformität der neuen baurechtlichen Planerhaltungsregeln*, AöR 130 (2005), 570 (596); *Thomas Bunge*, *Zur gerichtlichen Kontrolle der Umweltprüfung von Bauleitplänen*, NuR 2014, 1 (10).

240) *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 216.

241) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33; BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Beschl. v. 24.11.2011 - 9 A 23/10 -, BVerwGE 141, 171; BVerwG, Urt. v. 19.02.2015 - 7 C 11/12 -, BVerwGE 151, 213.

242) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33 (39f.).

243) BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14 -, BVerwGE 154, 73; BVerwG, Urt. v. 18.06.2020 - 3 C 3/19 -, BVerwGE 168, 287.

れた資料（計画の理由づけ、議事録など）、その他の認識可能なまたは明らかなあらゆる事情が含まれる。

さらに、上記2つの明文上の要件に加えて、瑕疵の重大性を要求する見解もある²⁴⁴⁾。瑕疵が重大である場合に是正する期間を制限することは、法治国原理、私人の実体権および裁判を受ける権利の重大で過度な侵害につながるおそれがある。衡量結果における瑕疵の主張期間に制限がなくなったのは、こうした経緯からであった（II 3(1)d）。衡量過程における瑕疵の是正期間は制限されている（建設法典 215 条 1 項）こととのバランス、衡量過程における瑕疵はある程度重大なものが想定されていること、そして既に明文で瑕疵の明白性と当該瑕疵の結果への影響が要件として挙げられていることに鑑みれば、計画維持規定の要件として瑕疵の重大性まで一律に要求することは正当化し難い²⁴⁵⁾。

以上の議論のコロラリーとして、現在においては、既に述べたような瑕疵の「明白」性あるいは当該瑕疵の結果への影響が認められない限りで、計画維持の利益に優位性が認められることになる。

近時の EuGH 判決の射程の広さに鑑み、従来よりも計画維持規定の適用余地が狭まる見通しが立っていた（II 3(3)c）。そうすると、相対的に、衡量の瑕疵の認定にスポットライトがあたる。そこで 4 では、いかなる場合に衡量過程・衡量結果に瑕疵が認められるかについて、学説における衡量瑕疵論の助太刀をもらいながら考察を続けたい。

4 衡量瑕疵論の再訪

4 では、学説における衡量瑕疵論を駆使し

ながら、衡量過程と衡量結果がそれぞれどのような司法審査を受けるのかについて、再考する。

「衡量過程」と「衡量結果」の概念上の重要性については、2 で少し触れた。現行の建設法典（II 3(1)）上、期間制限に関する規定と計画維持規定に服するののかという点において、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が大きく異なる²⁴⁶⁾。このことは、連邦行政裁判所も意識している（II 3(5)）。

衡量要請が、衡量結果のみならず衡量過程をも制御・統制すること自体に、争いはない（2）。1974 年判決は、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡のいずれも審査し、衡量結果については衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡を審査すると述べ²⁴⁷⁾、学説上の論争を招いた（II 1(2)）。2004 年改正の立案担当者は、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価を審査し、衡量結果については衡量の不均衡に限り審査するとの見解に立つ²⁴⁸⁾ようである（II 3(1)）。2008 年判決、連邦行政裁判所 2010 年 9 月 22 日判決、そして BVerwG 2015 年判決からも、立法資料の上記部分を引用して同様の見解に立つ傾向が見て取れる（II 3(2), (5)）。学説の多数も、衡量要請は衡量過程・衡量結果に同じ基準で要求されるものではなく、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価を審査し、衡量結果については衡量の不均衡に限り審査すべきであるという²⁴⁹⁾。また、2016 年判決や BVerwG 2015 年判決の一般論では、衡量の誤評価が衡量の不均衡に一括してまとめられて衡量の誤評価への言及がなかった（II 3(4), (5)）が、衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別が相対的であること

244) Joachim Lege, Abkehr von der sog. „Abwägungsfehlerlehre“?, DÖV 2015, 361 (373).

245) Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 216.

246) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 117; Jürgen Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §214 Rn. 136.

247) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309 (315).

248) BT-Drs. 15/2250, S. 65f.; Erbguth, a.a.O. (Fn. 143), 802 (807); Martin Wickel/Karin Bieback, Das Abwägungsgebot - materiell-rechtliches Prinzip oder Verfahrensgrundsatz?, DV 39 (2006), 571 (571).

249) Erbguth, a.a.O. (Fn. 54), 1230 (1232f.); Jürgen Kühling, in: Nikolaus Herrmann, Fachplanungsrecht, 2000, S. 79; Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 601; Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §215 Rn. 13a.

は、既に 1974 年判決でも示唆されていた (II 1(2))。

では、以上の裁判例の分析成果を活かして、本稿ではどのように考えるか。地区詳細計画を策定する際には、計画策定機関において、諸利益が描出・解明・調整・衡量される。まず、諸利益が描出・解明される。平場で並べられたあらゆる利益 (特に私益) は、「調査・評価」の手続を経て (2)、「衡量上顧慮すべき利益」という概念を通してスクリーニングされ、一定の重みを与えられる²⁵⁰⁾。1979 年決定、1998 年判決そして 2008 年判決が示すように、ここでの「衡量上顧慮すべき利益」とは、「事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならない」利益をいう (II 1(3), 3(2))。「衡量上顧慮すべき利益」は、訴訟法にその出自をもち、規範統制手続の申立適格を基礎づける。そのため、さらに本案において、「衡量上顧慮すべき利益」をその要保護性に依じて重みづけ最終的に調整・衡量する必要がある。このように、諸利益の描出・解明・調整・衡量は一連の流れの中で実現されるのであって、その一部のみを切り出して、衡量瑕疵論の説くような法理をあてはめるのはもとより適切ではない。衡量瑕疵論においても、衡量の誤評価と衡量の不均衡は分離できないという指摘が、従来から存在した²⁵¹⁾。衡量瑕疵論の説く 4 つの構成要件は、衡量要請を具体化する説明概念の 1 つにすぎない。

既に 2 で述べたとおり、衡量過程とは、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程であると同時に、個々の段階における実際の外的手続の経過のみならず、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明しそれらの要保護性に依じて重みづけ調整・衡量する内的 (な論証) 手続の経過を意味した。このような動態的な衡量過程の統制は、利益衡量が行われているか否か (衡量の欠落) はもちろ

ん、「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明、さらには当該諸利益の要保護性に依じた重みづけにまで及ぶ。

衡量結果とは、右にみた過程の終着点に目印をつけて固定化し、当該時点・地点で判断・決定されたものをいった (2)。衡量結果について厳格な司法審査をすることは、まさに計画裁量と相容れない。このような限界を認識していた 1974 年判決や BVerwG2015 年判決は、衡量過程の終着点での判断・決定について解決されるべき問題を特定して、個別ルールを適用することで、衡量結果に瑕疵があるとの合意に達した (II 1(2), 3(5))。言い換えれば、諸利益の調整・衡量が明らかに誤っている場合に限り、衡量結果に衡量要請違反があるというべきであろう²⁵²⁾。

先送りした問題として、衡量過程における衡量要請違反と衡量結果における衡量要請違反のいずれを (先に) 判断すべきか、あるいはいずれも判断すべきかという問いがあった。1974 年判決は、いずれも判断しており、前者とは独立に後者をも検討した (II 1(2))。BVerwG2015 年判決は、前者を判断することを妨げられない状況下で、後者のみを検討した (II 3(5))。このように、連邦行政裁判所は、先に衡量過程に衡量要請違反があるかを検討し、その後に衡量結果に衡量要請違反があるかを検討するという思考を広げるわけではない。必ずしも、前者の後に後者を検討しなければならないという論理的な先後関係があるわけでもない。衡量結果 (だけ) をみて、諸利益の調整・衡量が明らかに誤っている場合には、後者のみを判断することは制限されない。

諸利益の要保護性に依じた重みづけによって、最終的な衡量結果が一意に定まることもあれば、さらに最終的な判断・決定の際に複雑な利益の調整・衡量が要求されることもある²⁵³⁾。翻って、衡量過程において、諸利益

250) BVerwG, Beschl. v. 06.12.2011 - 4 BN 20/11 -, BauR 2012, 621; BVerwG, Beschl. v. 12.01.2016 - 4 BN 11/15 -, ZfBR 2016, 263; BVerwG, Beschl. v. 30.11.2016 - 4 BN 16/16 -, NVwZ 2017, 563; BVerwG, Beschl. v. 10.07.2020 - 4 BN 50/19 -, BauR 2020, 1767.

251) *Manssen*, a.a.O. (Fn. 45), S. 74; *Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 50), 201 (205f.).

252) *Winfried Brohm*, *Öffentliches Baurecht. Bauplanungs-, Bauordnungs- und Raumordnungsrecht*, 3. Aufl., 2002, §13 Rn. 23; *Köck*, a.a.O. (Fn. 220), §36 Rn. 131.

のウェイトづけそのものも容易くない場合がある。このような複雑に輻輳する諸利益の調整・衡量については、節を改めて考察する。

5 衡量要請の現代的意義

4でみたように、計画策定機関による諸利益の重みづけや調整・衡量は、複雑な衡量過程を辿り、衡量結果に至る。計画裁量が認められて、計画策定機関の行った判断・決定を裁判所が尊重すべき場合があるとしても、衡量要請によって一定の統制が行われる。衡量要請それ自体は、「建設管理計画の策定の際には、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において、適正に衡量されなければならない」（建設法典1条7項）というもので、民事法における信義則と同様、計画策定機関への行為規範としても裁判所への統制規範としても不明確さが残る²⁵⁴。ただし、連邦憲法裁判所によれば、衡量要請は具体的事実関係に即した柔軟で適切な利益衡量を可能にするものであり、立法府が考慮すべき個々の利益の重みづけに関する具体的な基準を示していないことについては、憲法上疑義はない²⁵⁵。この基準を明確にすべく、連邦行政裁判所は、「衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関係する諸利益との調整が個々の利益の客観的な重さと釣り合いな方法で行われる場合である」などと述べてきた。しかし、現実の事案における衡量過程・衡量結果次第で、裁判

所がこの定式からは直ちに結論を提示し難い場合もあった。

それに対する1つの処置が、「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項の追加であった(2)。より注目したいのは、それ以前から連邦行政裁判所の工夫のもと編み出されていた、個別ルールである。個別ルールとは、衡量要請を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準である。本稿ではそのような個別ルールとして、決定の先取りが行われた場合の処理(II 1(2))、計画策定によって新たな紛争を生じさせないとの紛争克服の要請(II 1(2), II 3(5))、住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならないとの分離要請(II 1(2))、そして事案に即した財産権の保護(II 3(4), (5))があることを確認した。衡量過程において決定の先取りが行われた場合、第1に、決定の先取りが事案に即して正当化されなければならないが、第2に、先取りの際に計画法上の管轄秩序が保たれたままでなければならないが、第3に、先取られた決定が内容上異議を唱えられてはならない²⁵⁶。紛争克服の要請によれば、建設管理計画の策定に際して、問題を後続の手續に移転できるが、未解決の利益相反が後続手續で適切に解決されないことが計画段階で既に予見できる場合には移転できない²⁵⁷。分離要請によれば、住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならない²⁵⁸。そして、所有権侵害の態様・程度によりその要保護性が左右されることが、考慮されなければならない²⁵⁹。

このような個別ルールの根拠は、どこに求められるか。そもそも、個別ルールは、衡量

253) *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §1 Rn. 132.

254) *Lege*, a.a.O. (Fn. 244), 361 (373f.); *Nicolai Panzer*, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §47 Rn. 100.

255) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174.

256) BVerwG, Urt. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, 331; BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309 (319ff.); BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Beschl. v. 15.04.1988 - 4 N 4/87 -, BVerwGE 79, 200.

257) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Beschl. v. 17.02.1984 - 4 B 191/83 -, BVerwGE 69, 30; BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

258) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 - 4 CN 3/11 -, BVerwGE 143, 24.

259) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537; BVerwG, Urt. v. 23.11.2016 - 4 CN 2/16 -, BVerwGE 156, 336.

要請を判断するために具体的事実関係に即して再構成された個別具体的な基準であった。個別ルールは、衡量要請規定（建設法典1条7項）から派生する。個別ルールの中には、さらに法律（憲法を含む）により規範化されているものもある。個別ルールのうち決定の先取りは一部建設法典11条と12条に、分離要請は1条等に、事案に即した財産権の保護は基本法14条に、それぞれ根拠が求められる²⁶⁰。また、紛争克服の要請は、衡量要請そのものから導出されるとされている²⁶¹。これまでの裁判例の分析から分かるとおり、連邦行政裁判所は、衡量要請から柔軟に個別ルールを導いて遵守する。もつとも、無制限に衡量要請から個別ルールを分岐させることは、「衡量素材の調査・評価」を手続上義務づけ司法への統制規範として機能をもたせようとする近時の傾向（2）に逆行する。そのため、個別ルールは、建設法典などの法律で規範化される可能性は排除されない²⁶²ものの、裁判所が個別ルールを定立するにあたっては、衡量要請との連鎖が保たれたままでなければならない。

分析中に掲げたものの他、いかなる個別ルールが結論の導出に役立つのか、ごく簡単に例示する。連邦憲法裁判所によれば、

衡量要請は、特に憲法上の比例原則を顧慮しなければならない²⁶³。一種の比例原則の表れとして、異なる質・要保護性をもつ建築地域同士が対立する場合に土地の利用にあたっては相互に配慮しなければならないという顧慮要請（*Gebot der Rücksichtnahme*）がある²⁶⁴。次に、周囲に負担をかける者は影響を受ける近隣住民に配慮しなければならないが、しかも負担の発生源の近くに居住する者には負担を受忍すべき義務が高まる²⁶⁵。また、場合によっては、慎重に立地の代替案や計画実施の代替案（建設法典3条1項参照）を吟味する必要がある²⁶⁶。さらに、長期的には実行が困難な地区詳細計画の指定は無効であり²⁶⁷、地区詳細計画における指定が経済的にみて不能である場合には地区詳細計画の発効を阻止することができる²⁶⁸。

このようなネットワーク関係にある諸利益の調整²⁶⁹は、利益の性質（私益・公益）によって類型化されることもある。公益・公益間の利益調整については、II 1(2)で言及した個々の利益ごとの重みづけについて法律（建設法典1条6項や1a条等）で定められた衡量指令によって、行方を左右されることがある²⁷⁰。例えば、1974年制定時の連邦イミション防止法（BImSchG）50条は、有害な環

260) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

261) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; *Berkemann*, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (18ff.); *Riese*, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §114 Rn. 224. 紛争克服の要請の詳細につき, *Bernd Martin Groh*, *Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht: Umweltschutz durch Bebauungsplanung und Anlagenehmigungsrecht*, 1988, S. 63ff.; *Märten Pfeifer*, *Der Grundsatz der Konfliktbewältigung in der Bauleitplanung: Das Verhältnis der Bauleitplanung zu nachfolgenden Genehmigungsverfahren*, 1989, S. 10ff.

262) 計画策定に関連する対立が法律という手段によって解決されなければならないことを主張するものとして, *Schmidt-Almann*, a.a.O. (Fn. 27), 541 (543).

263) BVerfG, Beschl. v. 23.07.1987 - 2 BvR 826/83 -, BVerfGE 76, 107; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

264) *Felix Weyreuther*, *Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz*, BauR 1975, 1 (1ff.).

265) BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 -, BVerwGE 50, 49; BVerwG, Urt. v. 25.02.1977 - IV C 22.75 -, BVerwGE 52, 122; BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 - 4 C 96/79 -, BVerwGE 67, 334.

266) BVerwG, Beschl. v. 28.08.1987 - 4 N 1/86 -, NVwZ 1988, 351; BVerwG, Urt. v. 20.05.1999 - 4 A 12/98 -, NVwZ 2000, 555; BVerwG, Beschl. v. 24.04.2009 - 9 B 10/09 -, NVwZ 2009, 986.

267) BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 - IV C 39.75 -, BVerwGE 54, 5; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283.

268) BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Urt. v. 06.05.1993 - 4 C 15/91 -, NVwZ 1994, 274.

269) BVerwG, Urt. v. 09.06.1978 - IV C 54.75 -, BVerwGE 56, 71.

270) *Sjöfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §1 Rn. 204.

境影響を可能な限り回避すべきことを規定し、利益の重みづけの際にはこの規定が顧慮されなければならないとされた（最適化要請（Optimierungsgebot）²⁷¹⁾）。また、公益・私益間の利益調整については、当然に一方が他方に優先せず、具体的な状況に応じて調整が正当化されるかを検討する必要がある²⁷²⁾。あるいは、私益・私益間の利益調整については、利益の同質性ゆえに可能な限り平等な負担を必要とし（平等原則）、具体的な状況に応じて法的地位や私益の扱いに差異を認める²⁷³⁾。もっとも、利益を私益と公益とに截然と分別し難い場合があることも従来から想定されていたことに加えて²⁷⁴⁾、利益の性質による類型化の有用性も明らかでない。

当然、以上の考察によって、個別ルールが記述し尽くされたわけではない。また、これらの個別ルールの適用により、いかなる場合にも判断が可能となるわけではない。特に、個別ルール同士がいかなる関係にあるのか、競合・衝突することはあるのか、そして仮にこれを肯定する場合にいかにして利益の調整・衡量を行うかは、依然問題として残る。

6 計画裁量の再訪

より根深い問題として、分析した判決が個別ルールを手がかりにして初めて地区詳細計画の違法・無効を導いていることの意味について、今一度考察する必要がある。特に、衡量要請を具体的事実関係に即して再構成した個別ルールと計画裁量との関係について、再度問い直す必要がある。1974年判決とBVerwG2015年判決は、計画裁量を理由に、衡量結果における衡量要請違反の統制には限界が設定されることを述べていた（II 1(2), 3(5)）。他方で、1969年判決（II 1(1)）に代表

される裁判例では、一般に計画裁量は決して無制限に認められるものではなく、一定の法的義務を遵守しているかどうかは行政裁判所によって統制されることが判示されている²⁷⁵⁾。個別ルールは、計画裁量が認められる場合にも必ず遵守されなければならない最低限のルールということになろうか。しかし、近時の裁判例では、計画裁量が語られる機会自体がほとんどない²⁷⁶⁾。専ら個別ルールとの関係で、裁判所が計画策定機関の衡量過程・衡量結果をどの程度尊重しているかといった考察は尽きていない。ここでは、問題提起にとどめたい。

IV. 結論

1 結論

「法治国上の計画策定の本質に内在する」衡量要請は、計画策定機関にとっては行為規範として、裁判所にとっては計画裁量の統制規範として、登場・発展・確立・定着し、そして変容してきた。本稿は、ドイツ連邦行政裁判所におけるそのような衡量要請の展開を具体的な事実関係にまで具に立ち入って通時的に辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを分析してきた（II, 分析成果としてIII 1）。その後、判例分析で得られた成果を逆から辿ることで、ドイツ計画法に関する判例・学説上の諸論点の考察の不足を補い新たな問題を提起した（III）。本稿は、IIIで考察した難題に一定の解を与えるために、ヨーロッパ化の影響を意識して連邦行政裁判所の裁判例を具体的事実関係に即して通時的に分析する1つの試みであったともいえる。

271) BVerwG, Urt. v. 22.03.1985 - 4 C 73/82 -, BVerwGE 71, 163; BVerwG, Urt. v. 04.05.1988 - 4 C 2/85 -, NVwZ 1989, 151.

272) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144.

273) BGH, Urt. v. 11.11.1976 - III ZR 114/75 -, BGHZ 67, 320; Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 629.

274) Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 93f.; Helmuth Schulze-Fielitz, Sozialplanung im Städtebaurecht, 1979, S. 307.

275) BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110.

276) 僅かに計画裁量に言及した例として、BVerwG, Beschl. v. 09.02.2015 - 4 BN 20/14 -, ZfBR 2015, 489.

2 残された問題

繰り返しになるが、本稿は、ドイツ計画法に由来する衡量要請の一般化、さらにはその日本法への示唆を研究するものではない（I 2(1)）。行政の主体が行う利益衡量とそれに対する司法審査はドイツに限らずフランス²⁷⁷や日本にもみられる共通の法現象であるが、本稿は、あくまでドイツ計画法に関する知見を獲得することに主眼を置いて、その裁判例を分析し関係論点について考察を深めた。

さらに、既に指摘したものを除いても、以下2点の問題が残されていることを指摘しておかなければならない。第1に、本稿は、分析・考察的を地区詳細計画上の衡量要請に絞ったが、その実質的適法性は計画の必要性（建設法典1条3項1文）や空間秩序の目的との適合（1条4項）などその他の要件によっても判断される²⁷⁸。衡量要請とその他の実質的要件との相互関係について、本稿は検討していない²⁷⁹。

第2に、特定の計画策定決定について、自然言語を用いた決定理由を形式的で数値を用いた方法に置き換えることを提案する教授資格申請論文がある²⁸⁰。このことが、計画策定機関の衡量決定を透明化し、その統制に資するという²⁸¹。そのような衡量統制の改善案についても、吟味することができなかった。

これらの問題になんらかの回答を示すことを、今後の課題としたい。

* 謝辞

本稿は、2022年12月、東京大学大学院法

学政治学研究科に提出した、研究論文である。その後、加除修整を施した。

完成に至るまでには、多くの方々のお力添えをいただいた。特に、研究論文の指導教員をお引き受けいただいた太田匡彦教授には、ドイツ語（の判例）の読解をはじめとして懇切丁寧なご指導を戴いた。また、脱稿後、東京大学大学院法学政治学研究科助教を構成員とする有志の勉強会（通称：助教勉強会）で報告を行い、分野の垣根を越えて貴重なご教示を受けた。この場を借りて、お礼を申し上げたい。

本稿は、その構成上訳文が大部を占め、ドイツ計画法から日本法への示唆を意図的に避けているため、読み手によって評価が分かれるかもしれない。しかし、（訳語の拙さも含めて）法科大学院生としての1年間の成果を公表し、その後の研究を展開する基礎とすることには意義があると考えて、投稿した次第である。

* 本稿の執筆にあたり、公益財団法人末延財団から助成を受けた。記して謝意を表す。

（たなか・ひろと）

277) フランスにおける費用便益衡量 (bilan coût-avantages) を詳細に分析し、日本に示唆を与えるものとして、互理格『公益と行政裁量』(弘文堂、2002)がある。

278) このうち、計画の必要性を過度に強調する裁判例として、BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231. 逆に、このような動向に歯止めをかける裁判例として、BVerwG, Urt. v. 27.03.2013 - 4 C 13/11 -, BVerwGE 146, 137.

279) 例えば、部門計画に関する連邦行政裁判所 1975年2月14日判決 (BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.)などがこの素材を提供する。また、地区詳細計画の適法性について、形式的適法性と実質的適法性を概観する邦語での文献として、ブローム＝大橋・前掲注10)115-145頁。

280) *Ekkehard Hofmann, Abwägung im Recht*, 2007.

281) *Hofmann, a.a.O. (Fn. 280), S. 287ff.*