

計画確定決定の衡量統制に 関する一考察（2・完）

— 衡量の瑕疵とその有意性 —

湊 二郎*

目 次

はじめに	
I 衡量要請と衡量の瑕疵	
II 衡量の瑕疵の有意性	
III 騒音防止措置	(以上, 385号)
IV 代替案の審査・選択	
V まとめと検討	
おわりに	(以上, 本号)

IV 代替案の審査・選択

空港の立地や道路・鉄道等の路線の選択に関して、衡量の瑕疵の有無が問題になるケースがみられる。特に路線の代替案の審査・選択に関しては、有意な衡量の瑕疵を認めた連邦行政裁判所の判決が複数存在しており注目される⁹³⁾。

* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科教授

93) 路線の代替案, 立地の代替案, 技術的な代替案ないしは実施の代替案を区別すべきことを主張する説として, vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 74 Rn. 120a. 連邦行政裁判所が, 路線の代替案とは異なって, 実施方法に関する代替案の審査に関しては積極的でないことを指摘する説として, vgl. Martin Kment, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17 -, NVwZ 2018, 1329 (1330-1331).

1 空 港

空港の建設・拡充のための計画確定決定が争われた事件では、立地の選択に関して裁判所がどのように審査を行うかという点について、一般論を示した判決がみられる。これらの判決で示された一般論は、道路の路線の選択が問題になる事件においても参照されている。

前掲連邦行政裁判所1986年12月5日判決は、ミュンヘン第2空港を建設するための計画確定決定が争われた事件で、計画確定庁がエルディングー・モースを立地として選択したことを適法とした控訴審裁判所の判断を是認している。同判決は、立地の適切性は通常は公的・私的利益の衡量に依存するとの立場から、裁判所の役割は「なされた衡量が過程及び結果の点で法的に有意な瑕疵を示すか否かの審査に限定されている」と述べている。これに関して控訴審裁判所は、計画確定庁が申請された立地を退けて代替となる立地を優先しなければならないのは、計画確定庁にとって後者が「一義的により良く適切な」ものとして思い浮かばなければならない（sich aufdrängen müssen）場合に限られるという立場をとっていた。それに対して同判決は、計画確定庁が利益の重みづけを誤った結果、ある別の立地が優先することを誤認した場合には、それは違法であり、当該行政庁にとってある別の立地が「明白に」より良く適切なものとして思い浮かばなければならなかったことは必要ではないと述べている。もっともその後の判例においては、代替案が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかった場合にも、違法性が認められるものとされるようになる。

前掲連邦行政裁判所2006年3月16日判決は、ベルリン・シェーネフェルト空港の拡充が問題になった事件に関するものである。この事件では、立地に関する決定は州発展計画（Landesentwicklungsplan）で行われており、国土整備法（ROG）の規定により計画確定庁は州計画上の立地比較の結論に拘束されるという事情があった⁹⁴。同判決は、州計画上の立地決定は計

94) 空港の立地が通常は国土整備において指定されることを指摘する説として、vgl. Schaefer (Fn. 92), Rn. 180; Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 72 Rn. 48. 国土整備に

画確定決定とともに行政裁判所による審査（付随統制（Inzidentkontrolle））の対象になるとの立場から、州計画上の立地選択の審査を行い、その適法性を肯定している。同判決はまず、衡量要請に関する判例において発展した原則によると「真剣に考慮に値する立地の代替案が調査され、評価され、相互に衡量されなければならない」と述べ、これが部門計画だけでなく州計画の策定にも妥当することを指摘する。同判決は、立地の選択が違法であるのは、「退けられた代替案が一義的に優先に値する解決策として思い浮かばなければならなかったであろう場合、又は計画策定庁が個々の利益の瑕疵ある調査、評価若しくは重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合」であると述べている。同判決は、州計画策定主体が、既存のベルリンの3空港の収容能力を拡大する案を退け、将来の全航空運輸をシェーネフェルトの立地に集中させる案を採用したことについて、衡量の瑕疵を否定している。同判決の示した一般論はその後、連邦行政裁判所が道路の路線の選択に関する衡量の瑕疵の有無を判断するに当たっても参照されている。

2 道 路

(1) 需要計画と路線決定、ゼロ代替案

連邦遠距離道路の建設・拡充事業案に関しては、連邦遠距離道路拡充法（FStrAbG）の附則に掲げられる需要計画（Bedarfsplan）において、当該事業案について交通需要があることが法律上確定する場合がある⁹⁵⁾。しかし

↘ による立地計画の仕組みについては、山本紗知「ドイツ国土整備法に基づく空港立地計画と環境保護——その可能性と限界」一法12巻3号（2013年）413頁以下参照。

95) Vgl. Sauthoff, in: Ziekow (Fn. 1), § 11 Rn. 16, 18. 鉄道に関しては、連邦鉄道路線拡充法（BSWAG）で需要計画が定められる場合があり（vgl. BVerwG, Urt. v. 09.11.2017 - 3 A 4/15 -, BVerwGE 160, 263 Rn. 33）、送電線に関しては、エネルギー線拡充法（EnLAG）で需要計画が定められる場合がある（vgl. BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17 -, BVerwGE 161, 263 Rn. 2）。空港に関しては連邦の需要計画は存在しないことを指摘する説として、vgl. Wysk, in: Ziekow (Fn. 1), § 15 Rn. 29.

ながら連邦行政裁判所1997年4月10日判決⁹⁶⁾は、需要計画が定められているからといって連邦遠距離道路の建設が環境的観点でも問題がないということにはならず、環境保護やその他の観点から退けられることはありうるとの立場から、立法者の評価により交通需要が存在するという状況は、ゼロ代替案の審査を見合わせることを正当化しない旨述べている。需要計画が定められた連邦遠距離道路の建設事業案であっても、当該事業案を断念するという選択肢がありうることになる⁹⁷⁾。

ただし同判決は、計画確定の段階でゼロ代替案が明示的に検討されていなかったとしても直ちに衡量の瑕疵に該当するわけではなく、計画確定庁は先行する計画策定段階でなされた決定を自己のものとするができることと述べ、連邦遠距離道路法16条の路線決定 (Linienbestimmung) を挙げている。同法16条1項1文は、交通およびデジタルインフラのための連邦省が州計画策定庁との協議のうえで連邦遠距離道路の計画策定および路線選定を決定するものとし、同法16条2項1文は、「路線選定の決定に当たっては、事業案に関わる公的及び私的利益が環境適合性及び国土整備手続の結論を含めて衡量において考慮されなければならない」と規定している。したがって、路線決定に当たっても衡量を行うことが予定されている。路線決定の段階でゼロ代替案を含めて適正な衡量が行われていたとすれば、その点では問題はないことになる。

同判決は、路線決定は最終的な計画策定を準備する基本決定の性格をもち、計画確定庁は内部関係において原則的に路線決定によってなされた連邦交通大臣の計画策定決定に拘束されると述べている。他方で同判決は、路線決定は後続の計画確定とともに裁判所による審査の対象であり、計画

96) BVerwG, Urt. v. 10.04.1997 - 4 C 5/96 -, BVerwGE 104, 236.

97) ゼロ代替案の審査は、事業案に対立する利益の重みが当該事業案の断念を強いるか否かについての審査であり、狭い意味における代替案の審査ではないと主張する説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 5), § 74 Rn. 54. それに対して、ゼロ代替案も代替案として考慮に入れられなければならないことを主張する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 74 VwVfG Rn. 140.

確定庁は外部に対してはその適法性について責任をとらなければならないこと、計画確定庁が瑕疵のある路線決定を、当該瑕疵が除去されるように努力することなく受け入れた場合には、最終的な計画策定決定が瑕疵を帯びることを指摘している⁹⁸⁾。路線決定には瑕疵がなくても、路線決定の時点と計画確定決定の時点で事情が変化しているケースもありうる⁹⁹⁾。したがって計画確定庁は、常に路線決定に従っていれば足りるというわけではない¹⁰⁰⁾。後述の通り、連邦行政裁判所の判例の中には、路線決定に基本的に合致する道路の路線案が採用された事件で、有意な衡量の瑕疵を認められたものがある（後記(4)および(5)）。

ゼロ代替案の審査に関しては、連邦行政裁判所2013年5月3日判決¹⁰¹⁾も注目される。この事件では、連邦自動車専用道路A14の新設のための計画確定決定が争われた。2004年の遠距離道路需要計画では、A14は4車線の自動車専用道路で、緊急の需要があるものとして等級づけられていた。当該計画確定決定に組み込まれた解説報告書（Erläuterungsbericht）には、緊急の需要があるのでゼロ代替案を審査する必要はない旨の記載があったところ、同判決はこの点を不適切とした。しかし同判決は、当該計画確定決定には、立法者の決定は計画策定によって優遇される利益に特別な重みを与えるものの、この利益は対立する利益によって乗り越えられうる旨の記載があることを指摘して、被告が環境利益にそのような重みを付与しなかったことは計画上の形成の自由の範囲内の決定であると判示している。

98) 連邦遠距離道路法16条1項に基づく路線決定は行政行為ではなく、道路建設責任の主体および第三者に対する法的拘束力は計画確定決定によって初めて発生することを指摘した判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 26.06.1981 - 4 C 5/78 -, BVerwGE 62, 342 (343-344).

99) 裁判所が衡量の瑕疵の有無を審査するに当たっては計画確定決定の発出の時点における事実および法状況が基準になることを指摘する判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 15.12.2016 - 4 A 4/15 -, BVerwGE 157, 73 Rn. 24.

100) 路線決定に合致する計画確定決定が第三者との関係で直ちに正当化されるわけではなく、計画確定庁が自ら路線の選択に関する衡量を行うことが重要であることを指摘する判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 12.08.2009 - 9 A 64/07 -, BVerwGE 134, 308 Rn. 26.

101) BVerwG, Urt. v. 03.05.2013 - 9 A 16/12 -, BVerwGE 146, 254.

この判示は、実質的にゼロ代替案が審査されたことを認めたものと解される。この事件の原告は、4車線かつ交差点のない道路の新設を断念して既存の道路網を拡充するという「ゼロプラス代替案（Null-Plus-Variante）」が採用されるべきことを主張したが、同判決は、代替案が異なるプロジェクトになる場合は、それはもはや代替案とは言えない旨述べ、原告の主張を退けている。ゼロ代替案の審査は必要であるが、異なるプロジェクトにつながる代替案は、審査する必要はないということである。

（2）粗分析に基づく代替案の排除

連邦行政裁判所1996年1月25日判決¹⁰²⁾は、自動車専用道路A60の建設のための計画確定決定が争われた事件で、代替案の考慮に関する一般論を提示している。同判決はまず、代替案が真剣に考慮に値する場合には、計画策定庁はそれらを衡量素材の一部として、それらに客観的に認められる意味を伴って、ありうる代替案に関わる公的・私的利益の比較審査に取り入れなければならないことを指摘する。もっとも同判決によると、計画策定庁は、すべての代替案を同程度に詳細かつ包括的に調査することを義務付けられているのではなく、適正な決定と合目的な手続形成にとって必要な限りで事実関係を解明すれば良いのであって、「粗分析（Grobanalyse）に基づいて適切ではないように思われる代替案を、既に早期の手続段階で排除することができる」。代替案の中には、詳細な調査を要するものと、早期の手続段階で排除可能なものがあるということである¹⁰³⁾。同判決は、衡量の瑕疵が認められるためには、計画策定庁によって退けられた解決策が代替可能であったであろうというだけでは足りず、この解決策が計画策定庁にとって思い浮かばなければならなかったであろうということが必要

102) BVerwG, Urt. v. 25.01.1996 - 4 C 5/95 -, BVerwGE 100, 238.

103) 同判決に先立って、「最初の粗い評価基準」に基づいて現実的でないことが判明する代替案を排除することは法的に問題ないことを指摘した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.06.1992 - 4 B 1-11/92 -, NVwZ 1993, 572 (574).

であることを指摘している。同判決は結論的に衡量の瑕疵を否定しているが、次に紹介する2つの判決(後記(3)および(4))は、粗分析に基づく代替案の排除に関して有意な衡量の瑕疵を認めている¹⁰⁴⁾。

(3) 連邦行政裁判所2010年11月24日判決

連邦行政裁判所2010年11月24日判決¹⁰⁵⁾は、連邦自動車専用道路A281の部分区間2/2のための2009年4月7日の計画確定決定に対して、同区間とカッテントゥルマー・ヘア通りとの接続路を建設するために家屋敷を取り壊される原告1や、騒音被害を受けるおそれのある原告2らが出訴した事件に関するものである。当該計画確定決定において採用された路線は「南案(Südvariante)」と呼ばれるもので、プレーメン市議会の議決した土地利用計画で定められていた路線に適合しないものであった。事業案の主体は2000年にA281の該当部分の路線構想に関する調査を委託し、南案を含む複数の路線案が比較検討されたところ、南案が最良との結論になった。プレーメンの政府は、2003年・2004年の交通調査において南案に同意した。2006年に計画確定手続が開始され、計画確定庁は、代替案の選択に当たって、土地利用計画で示された都市建設上の構想には拘束されないという立場に立ち、2003年・2004年の交通調査で推薦された南案を採用した。建設法典7条1文は、公的計画策定主体が、建設法典の規定により土地利用計画の策定手続に参加した場合において、土地利用計画に異議を述べなかつたときは、その計画策定を土地利用計画に適合させなければならない旨規定する。同判決は、当該計画確定決定が建設法典7条1文に違反することを認めるとともに、南案を採用する決定には衡量の瑕疵があるものとした。

104) フランクフルト・マイン空港の拡充が問題になった前掲連邦行政裁判所2012年4月4日判決は、粗分析に基づく代替案の排除を適法とした高等行政裁判所の判断を是認している。Vgl. BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 - 4 C 8/09, 4 C 9/09, 4 C 1/10, 4 C 2/10, 4 C 3/10, 4 C 4/10, 4 C 5/10, 4 C 6/10 -, BVerwGE 142, 234 Rn. 128.

105) BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 - 9 A 13/09 -, BVerwGE 138, 226.

同判決は、一般論として、「衡量素材の編成に当たっては、すべての真剣に考慮に値する代替案が考慮されなければならない、それらに認められる意味を伴って、あり得る代替案にそれぞれ関わる公的及び私的利益の比較審査に取り入れなければならない」と述べる。次に同判決は、計画確定庁にとって「粗分析に基づいて適切ではないように思われる代替案を、それ〔＝計画確定庁〕は既に早期の手續段階で排除することが許される。それに対して、ある路線が優先に値することが既に衡量素材の粗分析に当たって判明するのでなければ、行政庁はその場合におも真剣に考慮に値する路線の代替案をさらなる計画策定手續において、より詳細に調査及び比較しなければならない」と述べている。そして同判決は、路線の選択に当たっての計画上の形成の自由の限界をこえているのは、「選択されたものとは別のある路線選定が、すべての衡量上有意な利益の考慮のもとで、一義的に、公的及び私的利益を全体としてより侵害しないので、より良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合、又は計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査、評価若しくは重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合」と述べている。

同判決は、計画確定庁が土地利用計画の拘束性を認識したとすれば、土地利用計画で定められた路線に適合しない南案は、既に粗分析の段階で排除されなければならなかったであろう旨述べ、衡量決定は瑕疵があるものとした。また同判決は、計画確定庁がゼロ代替案を検討しなかった点でも衡量の瑕疵を認めている。同判決は、計画確定手續の進行中に行われた政治的な協議の結果、部分区間 2/2 とカッテントゥルマー・ヘア通りとの接続路は過渡期のためのみ建設し、建設区間 5 の供用開始後はその一部を撤去するものとされたことを指摘して、計画確定庁は改めて衡量を行い、特に当該路線の建設を一時的に断念するという問題を検討しなければならなかったであろう旨述べている。同判決は一般論として、計画確定手續が進行する中で路線の選択にとって本質的な新たな展開が生じた場合、計画確定庁はそれを考慮に入れて、それまでになされた決定を再審査しな

ければならないと述べるとともに、計画確定決定に先行する需要計画や路線決定がゼロ代替案の審査を排除することはないことを指摘している。さらに同判決は、接続路を建設する案が選択されたことが、影響を受ける私的・公的利益の瑕疵ある調査・評価に起因するものであることも認めている。

同判決は、被告が発生させた瑕疵は2013年改正前の連邦遠距離道路法17e条6項1文の意味において有意であることも判示している。同判決は、衡量の瑕疵が計画確定決定自体および関連する交通調査から判明するので、同法17e条6項1文の意味における明白な瑕疵が問題になっていることを認めた。同判決は、当該瑕疵が衡量結果にも影響を及ぼしたことも認めており、土地利用計画への適合義務の違反があること、接続路の建設に関して多数の調査・評価の不足があることから既に、異なる決定がなされた抽象的ではない可能性が存在する旨述べているほか、原告1の家屋敷の取壊しを回避する路線選定の可能性が検討されなかったこと、被告が原告2らの利益をより侵害しない路線選定をすることも排除されえないことを指摘している。同判決は、土地利用計画に適合しない南案を採用した決定に衡量結果における瑕疵を認めているようにも思われるが、衡量結果における瑕疵が明示的に認定されているわけではなく、はっきりしない。

(4) 連邦行政裁判所2013年11月6日判決

連邦行政裁判所2013年11月6日判決¹⁰⁶⁾は、連邦自動車専用道路A20の新設のための2012年4月30日の計画確定決定を、バート・ゼーゲベルクの南に位置する市町村が争った事件に関するものである。当該計画確定決定において採用されたのは、バート・ゼーゲベルクと原告市町村の区域境界線付近を通る路線であった。代替案の比較検討は計画確定手続に先行する

106) BVerwG, Urt. v. 06.11.2013 - 9 A 9/12 -, NuR 2014, 277.

路線決定の段階で行われており、当該計画確定決定において採用された路線は、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州およびニーダーザクセン州の申請に基づいて2005年7月28日に連邦交通省が決定した路線選定に基本的に合致するものであった。それに対して同判決は、原告市町村の区域に関わらなかったであろう、より大きく南に迂回する路線（以下これを「南迂回路線」という）を計画確定庁が粗分析に基づいて退けたことを問題視して、計画確定庁が路線の選択に当たって有意な瑕疵を発生させたことを認めた。

同判決は、一般論として、衡量素材の編成に当たっては、すべての真剣に考慮に値する代替案が考慮されなければならない、それらに認められる意味を伴って、ありうる代替案に関わる公的・私的利益の比較審査に取り入れなければならないこと、計画確定庁は粗分析に基づいて適切ではないように思われる代替案を排除することが許されるが、ある路線が優先に値することが粗分析に当たって判明しない場合には、なお真剣に考慮に値する代替案をより詳細に調査および比較しなければならないことを指摘する。同判決は、路線の選択に当たっての計画上の形成の自由の限界をこえているのは、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合か、計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合であると述べている。

同判決は、南迂回路線の交通上の有効性の調査が放棄され、この代替案が粗分析の段階で排除された点で瑕疵を認めた。同判決は、当該瑕疵のために、南迂回路線に反対し、採用された路線を支持するものとして計画確定決定において掲げられた公的利益（全体の路線が長くなること、用地の使用が増えること、全体のイミションが高まること等）にどのような重みが認められるのかを評価することができず、これらの利益が調査もされなかったことを指摘している。さらに同判決は、2013年改正前の連邦遠距離道路法17e条6項1文に照らして、当該衡量の瑕疵が結果に影響を及ぼしえな

かったということを認定することもできない旨述べている¹⁰⁷⁾。

(5) 連邦行政裁判所2016年2月10日判決

前掲連邦憲法裁判所2015年12月16日決定の判示を援用して、道路の路線の選択に関して有意な衡量の瑕疵を認めたものとして、連邦行政裁判所2016年2月10日判決¹⁰⁸⁾を挙げることができる。この事件では、連邦道路B87の建設のための計画確定決定を、粘土の採掘に関する鉱業所有権(Bergwerkseigentum)の主体である原告が争った。問題の道路計画は、原告が採掘権を有する場所のほぼ中央を通るという、1999年3月16日の路線決定にかかる路線を基礎とするものであった。この路線選定に対する原告の異議に基づいて、事業案の主体は、同路線を含む複数の路線案の比較を行った。この比較に当たっては、路線の長さや必要な用地面積等の4要素についてはそれぞれ2～8点の評価をし、影響を受ける粘土採掘用地を含むその他の要素についてはそれぞれ1～4点の評価をするという21要素の基準で代替案の重みづけが行われ、路線決定にかかる路線に合致する路線案3が優先案とされた。採掘地区のうち北東角のみを通るという、原告の支持する路線案1は次点の評価であった。

同判決は、一般論として、計画上の形成の自由の限界をこえているのは、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合か、計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合であると述べている。同判決は、被告は原告の鉱業権を、それに連邦鉱業法124条1項により認められる意味を伴って衡量に取り入れることをしなかったと述べ、計画確定決定において採用された案を選択したこと

107) 連邦道路の新設のための建設道路(Baustraße)が問題になった事件で、計画確定手続において原告が提案した代替案が粗分析の方法で排除された点で有意な衡量の瑕疵を認めた判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 22.11.2016 - 9 A 25/15 -, NVwZ 2017, 627 Rn. 40-47.

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

には瑕疵がある旨判示した。同判決は、原告の鉱業所有権は代替案の重みづけに当たって用いられた21要素の基準のうち1要素としてのみ考慮され、しかも1～4点の評価となっているところ、この基準は最適化要請の意味において対立する利益の調整を試みるものとはいえないことを指摘している（最適化要請については前記I 3(3)参照）。

同判決は、上記の明白な衡量の瑕疵は衡量結果に影響を及ぼしたので、連邦遠距離道路法17c条および行政手続法75条1a項1文より有意であると述べている¹⁰⁹⁾。同判決は、「有意性が否定され得るのは、計画確定庁が秩序適合的な（ordnungsgemäß）衡量の事例においても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な場合に限られる」と述べ、前掲連邦憲法裁判所2015年12月16日決定の参照を指示している。同判決は、連邦鉱業法124条1項の最適化要請を満たす鉱業所有権の重みづけを行った結果、計画確定にかかる路線を採用する決定がなされる可能性も完全には排除できないことを指摘しつつ、そのためには計画確定庁が最適化要請を顧慮した包括的な衡量決定を行うことが前提であって、裁判所が仮説的な衡量を行うことは許されない旨述べ、上記の意味における具体的な手がかりは本件では存在しないと結論づけている。

3 鉄 道

連邦行政裁判所2017年11月9日判決¹¹⁰⁾は、ニュルンベルク－エーベンスフェルト間の鉄道のうち「フェルト北」区間を拡充する事業案のための、連邦鉄道局の計画確定決定が争われた事件で、有意な衡量の瑕疵を認めている。特に問題になったのは、新たに建設される都市鉄道（S-Bahn）の路線であった。当該計画確定決定が採用した路線は、当初は単線で、既存路線の新

109) 連邦遠距離道路法17c条は、計画確定の法的効力について、同条各号の基準に従って行政手続法75条を適用するものとしている。衡量の瑕疵の有意性については、連邦遠距離道路法17c条各号に特別の定めがないので、行政手続法75条1a項1文がそのまま適用される。

110) BVerwG, Urt. v. 09.11.2017 - 3 A 4/15 -, BVerwGE 160, 263.

停車場「シュターデルン南」で東に方向を変え、連邦自動車専用道路A73と交差して商業・工業地区に到達し、その後複線となり、計画確定区間の北部で貨物列車の路線に接続するというものであった(以下これを「路線A」という)。路線Aに対する代替案は、新規の都市鉄道の路線を既存路線と束ねる(bündeln)というものであり(以下これを「路線B」という)、原告は路線Aよりも路線Bが採用されるべきことを主張した。同判決は被告が路線Aを選択したことに衡量の瑕疵があることを認めるとともに、当該瑕疵は一般鉄道法18c条および行政手続法75条1a項1文により有意であると判示した¹¹¹⁾。

同判決は、一般論として、ある事業案の実施の代替案の選択は部門計画法上の衡量決定であり、計画確定庁は真剣に考慮に値するすべての代替案を考慮しなければならず、それらに認められる意味を伴って、ありうる代替案に関わる公的・私的利益の比較審査に取り入れなければならないと述べる一方、計画上の形成の自由の限界をこえているのは、行政庁が選択に当たって個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合か、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合に限られると述べている。同判決は、路線Aも路線Bも一義的に優先に値するとはいえないとしたが、被告が2つの案の衡量に当たって法的に有意な瑕疵を発生させたことを認めている。

被告は当該計画確定決定において、バイエルン州の委託を受けて会社Iが行った利益費用調査(Nutzen-Kosten-Untersuchungen)を基礎として、路線Aの利益費用比率(Nutzen-Kosten-Verhältnis)は1.18であるが、路線Bの利益費用比率は0.93にとどまると想定しており、この観点を路線の選択にとって決定的なものとしていた。同判決は、利益費用調査を衡量に取り入れたこと自体は問題ないが、路線Bの利益費用比率が0.93であるという

111) 一般鉄道法18c条は、計画確定の法的効力について、同条各号の基準に従って行政手続法75条を適用するものとしている。衡量の瑕疵の有意性については、一般鉄道法18c条各号に特別の定めがないので、行政手続法75条1a項1文がそのまま適用される。

点は十分に根拠づけられておらず、路線Aの利益費用比率を1.18としたことにも疑問があるとして、新たな利益費用調査を行えば路線Bの利益費用比率が1を超え、路線Aの利益費用比率を上回ることも排除しきれない旨述べ、重みづけに関する瑕疵を認めている。また同判決は、路線Aと路線Bが必要とする用地面積の比較に関して、計画確定手続において原告側が路線Bの用地使用は複線区間の短縮によって相当減少しうることを主張したにもかかわらず、当該計画確定決定がこの要求を退けたことに着目して、路線Bに関する検討が不十分であることを指摘している。さらに同判決は、被告が路線Aの建設のために使用される農地に関する私的・公的利益の意味を誤認したこと、既存路線の付近住民の騒音防止利益の意味を誤認したことも認定している。

同判決は、路線代替案の明白な衡量の瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしたこと、したがって有意であることを認めている。同判決は、有意性が否定されうるのは、計画確定庁が秩序適合的な衡量の事例においても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な場合に限りされると述べ、前掲連邦行政裁判所2016年2月10日判決の参照を指示している。本件に関しては、被告が衡量の瑕疵を回避する場合にも路線Aを優先したであろうという具体的な手がかりは存在しないこと、路線Bには飲料水取水施設との距離が近いという欠点があるが、この欠点は自然・景観、農業利用および道路関係への切断効果（Zerschneidungswirkung）が少ない等の利点によって調整されうることが判示される一方、再度の利益衡量が被告に留保されていなければならないことも指摘されている。

4 送 電 線

(1) 連邦行政裁判所2017年6月22日判決

連邦行政裁判所2017年6月22日判決¹¹²⁾は、超高压架空送電線

112) BVerwG, Urt. v. 22.06.2017 - 4 A 18/16 -, NVwZ 2018, 332.

(Höchstspannungsfreileitung) の設置・稼働のための計画確定決定が争われた事件で、路線の選択に関して衡量過程における瑕疵があることを認めたが、その有意性は否定した。被呼出人 (Beigeladene) は2014年2月に計画確定を申請していた。当時の計画では、新送電線は大部分において既存送電線の西を並行して走るものとされていたが、送電塔46から新送電線は北北東に向きを変え、既存送電線と交差し、その後再び方向転換して送電塔50の前で既存送電線と交差することとなっていた (この案は「交差案 (Kreuzungsvariante)」と呼ばれる)。この交差案では、原告の住居から235メートル離れた場所に送電塔47を設置することが予定されていた。2015年7月に被呼出人は計画を変更して、新送電線は原告の住居付近においても既存送電線の西を並行して走るものとされた (この案は「並行案 (Parallelvariante)」と呼ばれる)。並行案では、新送電線が原告の住居に接近し、原告の住居から約120メートル離れた場所に送電塔47が設置されることとなった。シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州のエネルギー転換・農業・環境・農村空間のための省が発した計画確定決定では並行案が採用され、交差案は退けられた。その理由としては、交差案は超過費用 (Mehrkosten) が高額であるという点が指摘されていた。

同判決は、一般論として、路線の選択に当たっての計画上の形成の自由の限界をこえているのは、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして行政庁にとって思い浮かばなければならなかったであろう場合か、計画策定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合であると述べている。当該計画確定決定においては交差案の場合にはかなりの額の補償を要することが記載されていたところ、裁判手続において被告が衡量の時点ではこの補償額を見積もることができなかったことを認めたため、同判決は、その点でさらなる調査が必要であったことを指摘して、衡量過程における瑕疵を認めた。

しかしながら同判決は、当該瑕疵は衡量結果に影響を及ぼさなかったの

で、2019年改正前のエネルギー経済法（EnWG）43条9文およびシュレスヴィヒ=ホルシュタイン州行政法142条1a項1文により顧慮されないと判示した¹¹³⁾。同判決は、瑕疵が顧慮されないのは、当該瑕疵がなければ計画策定決定が異なる結果になったであろうという具体的な可能性が欠ける場合であると述べたうえで、前掲連邦憲法裁判所2015年12月16日決定の判示を引用して、衡量の瑕疵を回避する場合に異なる衡量決定が出されなかったであろうという想定は、計画確定庁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と述べている。同判決は、交差案の場合には超過費用が少なくとも250万ユーロになることを指摘して、この超過費用が非常に高いこと、計画確定決定は原告の利益よりもそのような費用を回避することを優先しようとしたことを認定し、被告が超過費用をさらに調査したとすれば異なる決定をしたであろうという具体的可能性はありえないと結論づけている¹¹⁴⁾。

（2）連邦行政裁判所2018年3月14日判決

連邦行政裁判所2018年3月14日判決¹¹⁵⁾は、超高圧架空送電線のための計画を確定するケルン行政区政府の計画確定決定が争われた事件で、路線の代替案の選択に関して有意な衡量の瑕疵を認めている。当該計画確定決定においてはヒュルトの市街地帯を通る案が採用され、付近の住宅所有者である原告らが出訴した。代替案である「案5a/5b（Variante 5a/5b）」は

113) 2019年改正前のエネルギー経済法43条7文は、計画確定手続については同法の基準に従って行政手続法72条から78条までが適用されることを定めており、2019年改正前のエネルギー経済法43条9文は、同法の基準が、計画確定手続が州行政手続法により規律されている場合にも妥当することを定めている。シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州行政法142条1a項1文は、事業案に関わる公的・私的利益の衡量に当たっての瑕疵は、それらが決定に影響を及ぼさなかったことが明白である場合には、有意でないことを規定している。

114) 計画確定庁が地下ケーブルを選択しなかったことに関して、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼさなかったことを指摘した例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 14.06.2017 - 4 A 10/16, 4 A 12/16, 4 A 14/16, 4 A 15/16 -, juris Rn. 56-58.

115) BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17 -, BVerwGE 161, 26.

ヒュルトの森林地域を通る案であったが、当該計画確定決定は、当該森林地域が影響を受けることや、プールバッハやフィッシュェニヒの住宅の上を新たな、またはより多くの送電線が通ることになること等を理由として、この案を退けた。

同判決は、一般論として、路線の代替案の選択は部門計画法上の衡量決定であり、計画上の形成の自由の限界をこえているのは、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして行政庁にとって思い浮かばなければならなかったであろう場合か、計画策定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合であると述べている¹¹⁶⁾。同判決は、案5a/5bを選択することが行政庁にとって思い浮かばなければならなかったとはいえないが、個々の利益の調査、評価および重みづけに瑕疵があったので、決定は違法であると判示した。同判決は、計画確定にかかる送電線に関しては、その両側に多数の住宅が存在しているというヒュルトの市街構造を計画策定庁は考慮しなければならなかったことや、案5a/5bとの選択に当たっては送電線がもたらす視覚的な影響をも考慮しなければならないこと等を指摘している。案5a/5bに関しては、計画確定決定は影響を受ける住宅地の構造や既存送電線がもたらす影響を考慮しておらず、既存送電線を撤去する可能性を検討していないこと、自然・景観保護や超過費用に関する検討が不十分であること等を指摘している。

同判決は、衡量に当たっての瑕疵が、明白でありかつ衡量結果に影響を及ぼしたので、2019年改正前のエネルギー経済法43条9文およびノルトライン＝ヴェストファーレン州行政手続法75条1a項1文により有意であると判示した¹¹⁷⁾。同判決は、瑕疵の明白性に関しては、本件における瑕疵

116) 同様の一般論を提示する近時の判決として、vgl. BVerwG, Urt. v. 04.04.2019 - 4 A 6/18 -, juris Rn. 42.

117) ノルトライン＝ヴェストファーレン州行政手続法75条1a項1文は、事業案に関わる公的・私的利益の衡量に当たっての瑕疵は、それらが明白でありか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る。

が策定過程、計画の理由書またはその他の書類から判明することを指摘している。また同判決は、瑕疵が顧慮されないのは、当該瑕疵がなければ計画策定決定が異なる結果になったであろうという具体的な可能性が欠ける場合であると述べたうえで、前掲連邦憲法裁判所2015年12月16日決定の判示を引用して、衡量の瑕疵を回避する場合に異なる衡量決定が出されなかったであろうという想定は、計画確定庁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と述べている。同判決は、このような具体的な手がかりを否定しており、その理由として、計画確定庁が不十分に調査された利益にどのような重みを与えようとしたのかが不明であることを指摘している。

V まとめと検討

1 連邦建設法・建設法典と部門計画法

連邦行政裁判所1975年2月14日判決は、建設管理計画に関する連邦行政裁判所1969年12月12日判決の参照を指示しつつ、計画策定を授権する規定が計画上の形成の自由をも授権すること、衡量瑕疵論という衡量の欠落、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均衡がなければ衡量要請違反は認められないことを判示している。計画上の形成の自由の根拠および衡量要請違反に関して、建設管理計画の場合と計画確定決定の場合を同様に扱うものであり、連邦建設法に関する判例が部門計画法に輸入されたということが出来る。建設管理計画は市町村の議会が議決するものであり、申請に基づく行政行為である計画確定決定とは、計画策定手続も法的性格も異なっているが、この点は重視されていない。議会の有する形成の自由に対しては裁判所の統制は制限される一方、行政行為である計画確定決定に対しては裁判所のより強い統制が及ぶという考え方もありえないではないものの、このような立場はとられていない。

衡量の瑕疵の有意性に関しては、まず、1979年の連邦建設法改正で、建

設管理計画について、衡量過程における瑕疵はそれらが明白でありか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規定が設けられた(155b条2項2文)。その後、1993年の計画策定簡素化法により、衡量に当たっての瑕疵はそれらが明白でありか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規定が部門計画法に追加された。さらに、1996年の許可迅速化法により、同内容の規定が行政手続法75条1a項1文として追加された。ここでも、連邦建設法において建設管理計画について導入された仕組みが、部門計画法ないし計画確定決定についても採用されたということができる。連邦建設法155b条2項2文は連邦行政裁判所1981年8月21日判決によって合憲とされたため、これと同様の規定が部門計画法に追加されたことも不思議ではない。ただし、部門計画法に追加された衡量の瑕疵の有意性に関する規定および行政手続法75条1a項1文は、衡量過程の語を用いていない。計画策定簡素化法および許可迅速化法の立法資料では、これらの規定が衡量過程における瑕疵を対象にすることが示されている。しかし判例においては、部門計画法の衡量の瑕疵の有意性に関する規定を、衡量結果における瑕疵にも適用しているように思われるものや、衡量の瑕疵以外の実体的瑕疵に適用したものがある(II 2参照)。もっとも、衡量結果における瑕疵の有意性を否定したとみられる連邦行政裁判所の判例はない。衡量結果における瑕疵は常に明白であり結果に影響を及ぼしていると考えれば、衡量結果における瑕疵の有意性が上記の規定によって否定されることはないことになる。

2004年の建設法典改正で、衡量要請(1条7項)とは別個に、建設管理計画の策定に当たっては衡量にとって意味がある利益(衡量素材)が調査および評価されなければならないとの規定が追加され(2条3項)、この規定の違反が手続規定の違反として位置付けられた(214条1項1文1号)。その結果、建設法典においては、当該規定の違反(衡量素材の調査・評価に関する瑕疵)と伝統的な意味における衡量の瑕疵との関係をいかに解すべきかという問題が生じている。それに対して部門計画法においては、このよ

うな議論はみられない¹¹⁸⁾。ただし近時の連邦行政裁判所の判例においては、計画確定庁による路線の選択に関して、個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、有意な瑕疵が生じうるとの一般論を示すものが見られる（後記2(1)も参照）。そのほか、建設法典には、衡量素材の調査・評価に課する瑕疵や、その他の衡量過程における瑕疵は、1年以内に市町村に対して書面で主張されなければ、顧慮されなくなるとの規定があるが（215条1項1文1号・3号）、部門計画法および行政手続法には、衡量の瑕疵に特有の主張期間を定める規定はない¹¹⁹⁾。

いずれにしても、部門計画法および行政手続法には衡量の瑕疵を区分する明文の規定は存在せず、これらの法律の規定の解釈適用に当たっては、衡量の瑕疵を細かく分類する必要はないとも考えられる。ただし、行政手続法75条1a項1文は、本来的には衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵の区別を前提とした規定であるので、少なくともこの2種類の瑕疵に関しては明確に区別する必要があるのではないかと思われる。しかし判例においては、衡量過程における瑕疵や衡量結果における瑕疵という語を用いることなく衡量の瑕疵を認めるものも少なくなく、区別の基準は完全には明らかではない（後記2(2)も参照）。

2 衡量の瑕疵の類型

(1) 伝統的な衡量瑕疵論と判例の展開

衡量の瑕疵には、衡量の欠落、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均

118) 2004年の建設法典改正によって部門計画法における衡量要請は影響を受けておらず、衡量要請の実体法的な性質が完全に維持されていることを指摘する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 74 VwVfG Rn. 161.

119) 行政手続法には、計画確定手続における異議申出期間内に提出されなかった異議を裁判手続においても排除する趣旨の規定があるが（73条4項3文）、欧州司法裁判所はこれがEU指令により予定されていない制限であることを認定し（vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 -, NVwZ 2015, 1665 Rn. 78）、環境・法的救済法（UmwRG）には当該規定の適用除外を定める規定が設けられた（7条4項）。この問題に関しては、湊・前掲注（4）5頁以下で取り上げている。

衡があるというのが、伝統的な衡量瑕疵論である。衡量の欠落を明示的に認めたものとして、ライプチヒ／ハレ空港における夜間の離着陸が問題になった連邦行政裁判所2006年11月9日判決(Ⅲ3(3))、連邦自動車専用道路A14の新設に関する連邦行政裁判所2014年1月8日判決(Ⅰ3(1))がある。他方で衡量の不均衡を否定したのものとして、ミュンヘン第2空港の滑走路の配置が問題になった連邦行政裁判所1986年12月5日判決、連邦自動車専用道路A71の建設に関する連邦行政裁判所2000年10月27日判決、ヴェーザー川に沈埋トンネルを建設することが問題になった連邦行政裁判所2011年11月24日判決がある(Ⅰ3(4)参照)。ベルリン・シェーネフェルト空港における夜間の離着陸が問題になった連邦行政裁判所2006年3月16日判決(Ⅲ3(2))は、夜間飛行を支持する観点が過大評価され、これに反対する観点が過小評価されたことを指摘しており、衡量の誤評価だけでなく衡量の不均衡をも認めているように思われる。

連邦行政裁判所2010年11月24日判決(Ⅳ2(3))は、連邦自動車専用道路A281の建設が問題になった事件で、衡量素材の編成に当たっては、すべての真剣に考慮に値する代替案が考慮されなければならないと述べるとともに、計画確定庁がゼロ代替案を検討しなかったことを指摘している。この瑕疵は衡量の不足に含めて考えることができる。同判決は、ブレーメン市の土地利用計画に適合しない路線が採用された点でも瑕疵を認めているところ、個々の利益の重みづけを誤ったものとして考えると、衡量の誤評価があることになり、さらに利益相互間の調整を誤ったとすると、衡量の不均衡があることになる。他方で、考慮に値しない代替案が考慮されたものとして考えると、伝統的な衡量瑕疵論では想定されていなかった瑕疵があることになる¹²⁰⁾。計画確定庁による代替案の審査・選択に関する衡量

120) 伝統的な衡量瑕疵論において、衡量に取り入れられるべきでない利益が衡量に取り入れられたという瑕疵が想定されていなかったのは、衡量に取り入れられるべき利益の範囲が広いという点に関係があるように思われる。被衡量利益の包括性を指摘した説として、芝池・前掲注(2)27頁参照。

統制については、特有の判例法理の発展がみられる。

同判決は、路線の選択に関して、個々の利益の瑕疵ある調査、評価または重みづけの結果、有意な瑕疵が生じうることも指摘している。個々の利益の瑕疵ある重みづけは衡量の誤評価に該当するといえる。評価と重みづけが同義であるとする、個々の利益の瑕疵ある評価も衡量の誤評価に該当することになる。他方で、瑕疵ある調査・評価が、衡量上有意な利益を発見して衡量に取り入れる段階で生ずる瑕疵であるとする、これらは衡量の不足に対応することになる¹²¹⁾。調査が不十分であることを（も）指摘して衡量の瑕疵を認めたものとして、同判決のほか、連邦自動車専用道路A20の路線の選択に関する連邦行政裁判所2013年11月6日判決（IV 2(4)）、送電線の設置に伴う補償金の額の算定が問題になった連邦行政裁判所2017年6月22日判決（IV 4(1)）、送電線の路線の選択に関する連邦行政裁判所2018年3月14日判決（IV 4(2)）がある。判例においては、調査が不十分であることは衡量の瑕疵の一部とされており、手続の瑕疵として構成されているのではない。

連邦行政裁判所2010年11月24日判決は、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかった場合も、計画上の形成の自由の限界をこえていると述べている。同判決は、「一義的により良い」というのは、公的・私的利益を全体としてより侵害しないということである旨説明しており、そのような代替案が選択されなかった場合には、衡量の誤評価ひいては衡量の不均衡があるとみることもできる¹²²⁾。

121) 建設法典における衡量素材の評価に関する瑕疵を、伝統的な衡量瑕疵論における衡量の不足に対応するものと解する説として、vgl. Ulrich Stelkens, Planerhaltung bei Abwägungsmängeln nach dem EAG Bau, UPR 2005, 81 (84). 調査が不十分であることを衡量の不足に含める説として、vgl. Ziekow, in: Ziekow (Fn. 1), § 6 Rn. 35-36. 評価と重みづけを同義とし、調査を衡量の不足に関わるものと解する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 74 VwVfG Rn. 138, 144.

122) 利益の重みづけおよび調整に関して、計画確定庁は公的・私的利益を最も侵害しないメ

(2) 衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵

行政手続法75条1a項1文は、衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵の区別を前提とした規定であるので、少なくともこの規定の適用に当たっては、両者の瑕疵を区別する必要があるように思われる。しかし判例においては、衡量過程における瑕疵や衡量結果における瑕疵という語を用いることなく衡量の瑕疵を認めるものも少なくなく、区別の基準は完全には明らかではない¹²³⁾。

連邦行政裁判所1974年7月5日判決は、建設管理計画に関するものであるが、衡量の欠落は衡量過程のみに関わる瑕疵である旨判示している。連邦行政裁判所1984年5月30日判決は、一般論として、計画確定庁が真剣に考慮に値する代替案を顧慮しない場合には衡量過程は瑕疵があると述べている。連邦行政裁判所2012年4月4日判決(Ⅲ3(4))は、空港における夜間の離着陸に関して、午前0時から午前5時までの時間帯における夜間航空事業を許容することを正当化する根拠が計画確定決定の理由において記載されておらず、裁判手続においても追完されない場合には、衡量過程における瑕疵を認定することができると述べている。送電線の設置に伴う補償金の額の算定に関して調査不足を指摘した連邦行政裁判所2017年6月22日判決(Ⅳ4(1))は、衡量過程における瑕疵を明示的に認めている。衡量の初期・中間段階において生ずる瑕疵は、衡量過程における瑕疵に分類されるのが自然である。もっとも、そのような瑕疵が最終的に衡量結果における瑕疵をもたらす可能性はある。

↘ 事業案の実現のための解決策を発見すべきであることを主張する説として、vgl. Jan Ziekow, VwVfG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 74 Rn. 27.

123) 衡量過程と衡量結果の関係が完全には解明されていないことを指摘する説として、vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 40 Rn. 157; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 74 VwVfG Rn. 157. 衡量過程と衡量結果を分離することが実務上困難となることを予想していた説として、宮田三郎『行政計画法』(ぎょうせい, 1984年)118頁。衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵の区別については、湊・前掲注(3)186頁以下も参照。

連邦行政裁判所1986年12月5日判決は、衡量の不均衡の場合には衡量結果に瑕疵がある旨述べており、衡量の不均衡があるかどうかという観点から衡量結果の審査を行った判例がみられる（I 3(4)参照）。それに対して連邦行政裁判所1996年5月15日決定は、申立人の利益が、それに客観的に認められる重みを伴って、衡量過程において評価されることもなく、衡量結果においても考慮されなかったと述べている。この判示は、衡量の不足ないし衡量の誤評価が衡量結果における瑕疵にも該当するという趣旨に解される。衡量の誤評価と衡量の不均衡は強く関連しているので、衡量の誤評価は衡量過程における瑕疵であって、衡量の不均衡は衡量結果における瑕疵であると割り切ることは難しい場合もありうる¹²⁴⁾。

連邦行政裁判所1991年1月29日判決（III 3(1)）、連邦行政裁判所2006年3月16日判決（III 3(2)）は、空港における夜間の離着陸の制限に関する規律が、内容的に調和がとれていないことを指摘しており、衡量結果における瑕疵を認めているように思われる。後者の判決は、午前0時から午前5時までの時間帯においては原則的に離着陸をしないことを求めているところ、この立場からすれば、同時時間帯における離着陸が計画確定決定において許容されている場合には、衡量結果に瑕疵があることが疑われるといえよう。連邦行政裁判所2012年4月4日判決も、フランクフルト・マイン空港において22時から午前6時の間に許容される離着陸数を暦年平均150とする規律について、衡量結果における瑕疵を認めているように思われる。

道路等の路線の選択が、計画上の形成の自由の限界をこえているのは、①選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合か、②計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合であるというのが近年の判例である。①の場合には衡量結果に

124) 個々の利益の重みづけと利益相互間の調整を区別することが困難であることを指摘する説として、vgl. Stelkens (Fn. 121), S. 84. それに対して、両者を区別することは有意義であると主張する説として、vgl. Ziekow, in: Ziekow (Fn. 1), § 6 Rn. 38.

おける瑕疵があり、②の場合には衡量過程における瑕疵があると解することもできるように思われる¹²⁵⁾。②は、その文言上、衡量過程に瑕疵があり、さらに衡量結果にも瑕疵がある場合という趣旨に解される可能性もある。しかしながら連邦行政裁判所2016年2月10判決(IV 2(5))は、路線の選択に当たって有意な重みづけの瑕疵があったことを認める一方、適正な重みづけを行った結果、同じ路線が選択される可能性を否定していない。したがってこの判決は、路線の選択に関して衡量結果における瑕疵を認めていないといえる。連邦行政裁判所2017年11月9日判決(IV 3)や連邦行政裁判所2018年3月14日判決(IV 4(2))も、②に該当することを認める一方、適正な衡量を行った結果、同じ路線が選択される可能性を否定しておらず、路線の選択に関して衡量結果における瑕疵を認めていないと解される。

3 衡量の瑕疵の有意性

(1) 衡量の瑕疵の有意性に関する規定の追加

1979年の連邦建設法改正で、衡量過程における瑕疵はそれらが明白でありか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規定が設けられた(155b条2項2文)。連邦行政裁判所1981年8月21日判決は、この規定の憲法適合的解釈を行い、①議事録、理由書やその他の書類から判明する、客観的に確認可能な状況に起因する瑕疵は「明白」であり、②瑕疵がなければ計画策定が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、当該瑕疵は衡量結果に「影響を及ぼした」といえると述べている。その後、衡量に当たっての瑕疵はそれらが明白でありか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規定が部門計画法に追加され、同内容の規定が行政手続法75条1a項1文として追加された。ここでいう「明白」性および瑕疵が衡量結果に「影響を及ぼした」かどう

125) ①の場合には衡量結果における瑕疵があると解しているとみられる近時の判決として、vgl. BVerwG, Urt. v. 26.06.2019 - 4 A 5/18 -, juris Rn. 61, 84.

かに関しては、連邦行政裁判所1981年8月21日判決の示した解釈が採用されてきた。連邦行政裁判所2005年3月17日判決（Ⅲ 2(2)）、連邦行政裁判所2006年11月9日判決（Ⅲ 3(3)）、連邦行政裁判所2010年11月24日判決（Ⅳ 2(3)）等、瑕疵の有意性を肯定した判例も少なくない。連邦行政裁判所2013年11月6日判決（Ⅳ 2(4)）は、衡量の瑕疵が結果に影響を及ぼしえなかったことを認定することができないことのみを指摘して、瑕疵の有意性を簡単に肯定している。反対に瑕疵の有意性を否定したものとして、自動車専用道路A99の建設に関する連邦行政裁判所1996年3月21日判決、連邦自動車専用道路A3の拡充に関する連邦行政裁判所2011年3月3日判決、ヴェーザー川に沈埋トンネルを建設することが問題になった連邦行政裁判所2011年11月24日判決がある。

（2）連邦憲法裁判所2015年12月16日決定と欧州司法裁判所の判例

連邦憲法裁判所2015年12月16日決定（Ⅱ 3）は、ヴェーザー川に沈埋トンネルを建設するために取り壊されることになる住宅の所有者らが出訴した事件で、行政手続法75条1a項1文と同内容の規定であった2013年改正前の連邦遠距離道路法17e条6項1文そのものは基本的に問題ないこと、衡量の瑕疵がなければ異なる決定がなされたであろうという具体的な可能性が存在する場合に有意性が認められるものとする連邦行政裁判所の判例は、原則的に甘受可能な解釈であることを指摘している。他方で同決定は、所有権を保障する基本法14条1項から生ずる実効的な権利保護の要請に配慮して、「衡量の瑕疵を回避する場合に異なる衡量決定が出されなかったであろうという想定は、計画確定庁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」と判示し、計画確定庁が異なる決定をしたであろうという具体的な手がかりが判明しないというだけでは十分ではないと述べている¹²⁶⁾。

126) 衡量の瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしたか否かを解明することができない場合には、このことは計画確定庁の不利になると主張する説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: ↗

衡量の瑕疵が衡量結果に影響を及ぼさなかったことを裁判所が認定することのできる場合を限定しようとするものであり、連邦行政裁判所1981年8月21日判決に続く2回目の憲法適合的解釈ということもできる。

この決定に先立って、欧州司法裁判所2013年11月7日判決¹²⁷⁾は、法的救済の申立人によって主張された手続の瑕疵がなくても、攻撃されている決定が異なる結果にならなかつたであろうという可能性の存在が証明される場合には、特定の公的および私的プロジェクトの場合の環境適合性審査に関する1985年6月27日の理事会指令85/337/EWG 第10a条の意味における権利侵害が存在しないと国内の判例は、同規定に違反しないと判示する一方¹²⁸⁾、裁判所は法的救済の申立人にはいかなる形式においても立証責任を負わせてはならず、行政庁によって提出された証拠や裁判所に存在する資料に基づいて判断しなければならないことを指摘していた。欧州司法裁判所2015年10月15日判決¹²⁹⁾は、手続規定の違反が決定に影響を及ぼさなかつたことが明白である場合には行政行為は取り消されないことを定める行政手続法46条は、手続の瑕疵と結果との因果関係の存在についての立証責任を法的救済の申立人に負わせている旨述べ、特定の公的および私的プロジェクトの場合の環境適合性審査に関する2011年12月13日の欧州議会および理事会指令2011/92/EU 第11条（指令85/337/EWG 第10a条と同内容の規定）の違反を認定している。これらの判決は、衡量の瑕疵に関するものではないが、瑕疵が結果に影響を及ぼさなかつたことを裁判所が認定することのできる場合を限定しようとするものといえる。連邦憲法裁判所2015年12月16日決定は、このような欧州司法裁判所の判例に影響を受けて

↘Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 5), § 75 Rn. 41.

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

128) 指令85/337/EWG 第10a条によると、加盟国は、十分な利益を有するか、あるいは権利侵害を主張する、影響を受ける公衆の構成員が、公衆参加に関する同指令の規定が適用される決定等の適法性を争うために、裁判所または独立かつ中立の機関での審査手続にアクセスすることを保障するものとされている。

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

いると考えられる¹³⁰⁾。

（3） その後の判例と残された課題

衡量の瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしたか否かの判断に関して、連邦行政裁判所2017年6月22日判決（IV 4(1)）および連邦行政裁判所2018年3月14日判決（IV 4(2)）は、連邦憲法裁判所2015年12月16日決定の判示を引用して、衡量の瑕疵を回避する場合に計画確定庁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か否かを問題にしている。連邦行政裁判所2016年2月10日判決（IV 2(5)）および連邦行政裁判所2017年11月9日判決（IV 3）は、計画確定庁が秩序適合的な衡量の事例においても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な場合に限り有意性が否定されうると述べている。連邦行政裁判所2017年6月22日判決以外の3判決は、上記のような具体的な手がかりを否定し、瑕疵の有意性を肯定している。連邦行政裁判所2017年6月22日判決は、計画確定決定が原告の利益よりも超過費用の回避を優先しようとしたことを指摘して、被告が異なる決定をしたであろうという具体的な可能性はないものとしている。連邦憲法裁判所2015年12月16日決定も、沈埋トンネル案の選択にとって費用面が決定的であったことを指摘して、計画確定庁は住宅所有者の利益を適正に衡量した場合でも沈埋トンネル案を優先したであろうとする連邦行政裁判所の判断を是認しており、共通性がみられる。

130) 欧州司法裁判所2013年11月7日判決を受けて、ドイツの立法者は手続および内容の瑕疵が従前よりも高い程度で顧慮されるものとしなければならないと主張した説として、vgl. Felix Ekaradt, Nach dem Altrip-Urteil: Von der Klagebefugnis zu Verfahrensfehlern, Abwägungsfehlern und Individualklage, NVwZ 2014, 393 (395). 瑕疵がなければ異なる決定がなされたであろうという「具体的な可能性」が存在する場合に限り有意性が認められるとする従前の判例が、原告側に論証責任（Argumentationslast）を負わせるものであることを指摘していた説として、vgl. Jörg Berkemann, Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Planungsrecht, in: Wilfried Erguth/Winfried Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 11 (26).

残された課題として、瑕疵の「明白」性の要件が問題となりうる。連邦憲法裁判所2015年12月16日決定はこの要件を特に問題視していない。しかしながら欧州司法裁判所は、瑕疵が顧慮されるための要件として、瑕疵が結果に影響を及ぼしたか否かとは別個に、瑕疵の明白性が要求されることを想定していないとも解される¹³¹⁾。学説の中には、明白性の要件が、計画策定によって影響を受ける者に主張・立証責任を課すものであると主張して、これを疑問視する説もある¹³²⁾。

4 騒音防止措置・夜間飛行禁止

計画確定決定にかかる事業案に起因する騒音によって付近住民の受ける被害が受忍限度を超えるにもかわらず、何らの対策もとらないことは違法である。この場合、衡量の不均衡ないし衡量結果における瑕疵があるとみることできる。さらに、付近住民の受ける騒音被害が受忍限度に達しない場合であっても、騒音防止措置をとらないことが衡量の瑕疵に該当しうる。騒音被害が僅少とはいえない限り、付近住民の騒音防止の利益が衡量に取り入れられなければならないからである。

空港における夜間の離着陸の制限に関しては、付近住民の騒音被害が受忍限度を超えるか否かとは異なる観点から、有意な衡量の瑕疵を認めた連邦行政裁判所の一連の判決があり注目される。連邦行政裁判所2006年3月16日判決(Ⅲ 3(2))は、「住民の夜の静穏には特別な程度で配慮がなされなければならない」と定める航空運輸法29b条1項2文に着目して、この規

131) 明白な瑕疵のみが顧慮されるとすることはEU法に適合しないと主張する説として、vgl. Thomas Bunge, Zur gerichtlichen Kontrolle der Umweltprüfung von Bauleitplänen, NuR 2014, 1 (5, 9); vgl. auch Martin Kment, Zur Europarechtskonformität der neuen baurechtlichen Planerhaltungsregeln, AöR 130 (2005), 570 (596).

132) Martin Beckmann, Abwägung als Verfahren - Abwägung als materielles Recht, BauR 2016, 1417 (1424). 部門計画法に衡量の瑕疵の有意性に関する規定が追加される前において、前掲連邦行政裁判所1986年12月5日判決は、衡量過程における法的に有意な瑕疵は明白でなければならないという一般的な法原則が存在するか否かについては疑わしいと述べていた。Vgl. BVerwG, Urt. v. 05.12.1986 - 4 C 13/85 -, BVerwGE 75, 214 (246).

定は、航空法上の計画確定手続において、住民の夜の静穏に特別な程度で配慮する義務を行政庁に課すものであって、重みづけの基準の性格を有しており、近隣の騒音防止の利益を劣後させることは高められた正当化を必要とすると述べている。同判決は、ドイツの他の多数の空港では認められていない、時間的に無制限の夜間航空事業を正当化するためには、「立地に特有の夜間航空需要」が必要であると述べるとともに、少なくとも午前0時から午前5時までの時間帯については原則的に離着陸を行わないことを求めている。連邦行政裁判所2012年4月4日判決（Ⅲ3(4)）は、午前0時から午前5時までの時間帯における離着陸には立地に特有の夜間航空需要が必要であるとの立場から、フランクフルト・マイン空港についてはそのような需要が示されていないことを指摘している。ライプチヒ／ハレ空港の拡充が問題になった連邦行政裁判所2006年11月9日判決（Ⅲ3(3)）は、急行貨物運輸については立地に特有の夜間航空需要を肯定しているが、急行貨物運輸以外の旅客運輸等についてはそのような需要を認めていない。

5 代替案の審査・選択に関する衡量統制

計画確定庁による代替案の審査・選択のうち、道路・鉄道等の路線の選択に関しては、有意な衡量の瑕疵を認めた連邦行政裁判所の判決が複数存在しており、特有の判例法理の発展がみられる。連邦行政裁判所2010年11月24日判決（Ⅳ2(3)）は、① 衡量素材の編成に当たっては、すべての真剣に考慮に値する代替案が考慮されなければならないこと、② 計画確定庁は、衡量素材の粗分析に基づいて適切ではないように思われる代替案を早期の手続段階で排除することが許されること、③ ある路線が優先に値することが粗分析に当たって判明しない場合には、なお真剣に考慮に値する代替案をより詳細に調査および比較しなければならないこと、④ 選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならない場合や、⑤ 計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合

には、計画上の形成の自由の限界をこえていることを指摘している。同判決のほか、連邦行政裁判所2013年11月6日判決(IV 2(4))、連邦行政裁判所2016年2月10日判決(IV 2(5))、連邦行政裁判所2017年11月9日判決(IV 3)、連邦行政裁判所2018年3月14日判決(IV 4(2))が有意な衡量の瑕疵を認めている。連邦行政裁判所2010年11月24日判決は、計画確定決定において採用された路線案が粗分析の段階で排除されるべきであったことを指摘しているところ、この案よりも良い案が存在するという意味で、④に該当するとみることでもできる。他の4判決は、適正な衡量を行った結果、同じ路線が選択される可能性を否定しておらず、④に該当するということはできない(すなわち⑤に該当する)。これらの4判決は、路線案相互間の比較検討が不十分であったとする点で共通しており、③に関する義務違反があったということができる。

計画確定決定に先立って、道路等の建設事業案について需要があることが法律上確定することや(需要計画)、連邦交通省による路線決定がなされる場合がある(連邦遠距離道路法16条)。しかしながら連邦行政裁判所2010年11月24日判決は、計画確定決定に先行する需要計画や路線決定がゼロ代替案の審査を排除することはないことを指摘し、計画確定庁がゼロ代替案を検討しなかったという衡量の瑕疵を認めている。連邦行政裁判所2013年11月6日判決および連邦行政裁判所2016年2月10日判決は、路線決定に基本的に合致する路線が選択された事件で、路線の選択に関する衡量の瑕疵を認めている。前者の判決の事案では、路線決定の段階で代替案の比較検討が行われており、後者の判決の事案では、事業案の主体が路線案の比較検討を行っている。学説においては、計画確定庁が、真剣に考慮に値する代替案を審査しなければならないことを強調する説がみられる¹³³⁾。

133) Lieber, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 16), § 74 Rn. 34. 他方で、実際上は大抵事業案の主体が代替案の選択を行っていることも指摘されている。Vgl. Lieber, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 16), § 74 Rn. 57.

おわりに

本稿で検討した、ドイツにおける計画確定決定の衡量統制に関して、注目に値する近年の展開を3点挙げると、まず、①連邦憲法裁判所2015年12月16日決定により、衡量の瑕疵が結果に影響を及ぼさなかったことを裁判所が認定することができるのは、当該瑕疵がなくても計画確定庁が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場合に限り、とされたことが重要である（Ⅱ3）。実効的な権利保護を推進しようとするものであり、欧州司法裁判所の判例の影響もあると考えられる。次に、②付近住民の騒音被害が受忍限度を超えない場合においても、騒音防止措置を要しないとする計画確定庁の判断に衡量の瑕疵が認められるものとされ（Ⅲ2）、空港における夜間の離着陸の制限に関して、騒音被害が受忍限度を超えるか否かとは異なる観点から、衡量の瑕疵が認められていることが注目される（Ⅲ3）。騒音被害が僅少とはいえない限り、付近住民の騒音防止の利益は衡量に取り入れられなければならない。そして、③計画確定庁による道路等の路線の代替案の審査・選択に関して、すべての真剣に考慮に値する代替案が考慮されなければならないこと、選択されたものとは別のある路線選定が一義的により良いものとして思い浮かばなければならなかったであろう場合や、計画確定庁が個々の利益の瑕疵ある調査・評価・重みづけの結果、法的に有意な瑕疵を発生させた場合には、計画上の形成の自由の限界をこえていることが判例上明らかにされている。路線の選択に関する有意な衡量の瑕疵を認めた連邦行政裁判所の判決が複数存在しており（Ⅳ2(3)~(5)、Ⅳ3、Ⅳ4(2)）、この局面における衡量統制は高度に発展しているといえることができる。

他方で、今後も問題になりうるものを2点指摘すると、まず、①行政手続法75条1a項1文が、衡量の瑕疵の有意性が認められるための要件として、瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしたことだけでなく、瑕疵の明白性を

も要求しているという点が挙げられる。連邦憲法裁判所は瑕疵の明白性の要件を問題視していないが、将来的には当該要件が衡量統制を不必要に制限するものとして評価されることになるかもしれない。次に、②同法75条1a項1文は衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵の区別を前提にしていると解されるところ、両者の区別が判例上明確でないという点がある。連邦行政裁判所の判例においては、衡量過程における瑕疵や衡量結果における瑕疵という語を用いることなく衡量の瑕疵を認めるものが少なくなく、衡量の瑕疵の有意性に関する規定を衡量結果における瑕疵にも適用しているように思われるものがある。もっとも、衡量結果における瑕疵の有意性を否定したとみられる連邦行政裁判所の判例はない。

* 本研究は JSPS 科研費 JP18K01264 の助成を受けたものです。