

# ドイツにおける計画確定決定の 執行停止（2・完）

湊 二郎\*

## 目 次

はじめに	
I 取消訴訟の延期効とその排除	
II 延期効の命令・回復（一般論）	（以上、398号）
III 延期効の命令が求められた例	
IV まとめと検討	
おわりに	（以上、本号）

### III 延期効の命令が求められた例

交通路計画策定迅速化法や計画策定簡素化法の制定以降、計画確定決定に対する取消訴訟の延期効は、多くの事例において法律上排除されている<sup>91)</sup>。したがって、計画確定決定に不服がある者は、取消訴訟を提起するとともに、裁判所に延期効の命令を求める申立てをすることが多い。以下では、そのような事例に関する連邦行政裁判所の決定を取り上げる。

#### 1 連邦行政裁判所1996年5月15日決定・2009年4月2日決定

本案における成功の見込みがあることに着目して、延期効の命令を求める申立てを（一部）認容した判例として、次の2つの決定を挙げることが

---

\* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科教授

91) 交通路計画策定迅速化法の制定前において、計画確定決定に対する取消訴訟の延期効が回復された例につき、湊・前掲注（75）83頁以下参照。

できる。いずれの決定も、有意な瑕疵が補完手続において除去可能である場合であっても、本案における成功の見込みがあるとする立場を示している。

(1) 連邦行政裁判所1996年5月15日決定

計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求める申立てを一部認容した、比較的早い時期の判例として、連邦行政裁判所1996年5月15日決定<sup>92)</sup>がある。この事件では、ハンブルク－ビューヒェン－ベルリン間の鉄道路線の拡充のうちザクセンヴァルト／ブルンシュトルフ区間のための1996年2月13日の計画確定決定が問題になった。申立人は本案訴訟において主位的に当該計画確定決定の取消しを求め、当該計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求めた。本決定は、申立ての適法性を肯定し、特に権利保護の必要性を否定できないと述べている。当該計画確定決定において予定された踏切Rの廃止については停止条件が付されており、公的利益の主体のためにすべての代替措置がとられたことがその条件とされていたが、本決定は、本案手続の終結前にこの条件が成就して踏切が廃止される可能性があることを指摘している。

本決定は、当該計画確定決定において踏切Rの廃止が定められている限りで、鉄道法上の計画確定決定の即時執行についての公的利益は、訴えに関する裁断までこれまでの状態の維持を求める申立人の利益に劣後せざるをえないと述べ、申立てを一部認容した。本決定は、仮の権利保護の手続における事実・法状況の概括的な審査では、当該計画確定決定の取消訴訟については、それが踏切Rの廃止に向けられている限りでのみ勝訴の見込みがあることを指摘している。

申立人は、踏切Rを通じて自己の土地と連邦道路404が公道で接続することの維持を求める自己の利益が十分に認識されず適切に考慮されなかつ

---

92) BVerwG, Beschl. v. 15.05.1996 - 11 VR 3/96 -, NVwZ-RR 1996, 557.

たという衡量の瑕疵を主張した。本決定は、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衡量結果において考慮されることもなかったと述べ、事業案に関わる公的・私的利益を相互に適正に衡量するという要請（衡量要請）の違反を認め、瑕疵の有意性も肯定した。本決定は、認定された衡量の瑕疵が計画確定決定の一部取消しをもたらすかどうかは明らかではなく、被申立人が利益の調査および評価の欠如を補完手続において追完する可能性があることを指摘しながら、それでも、本案手続の終結まで踏切の廃止に伴う自己の土地への不利益な作用から免れているという申立人の利益が、計画確定決定をその点でも即時に執行するという公的利益に優越すると結論づけている。これに関して本決定は、停止条件の成就まで被申立人は踏切Rのこれまでの状態を継続させる用意ができていて、被申立人自身が踏切の閉鎖後に再びそれを開通することも問題ないと考えていることを指摘している。

本決定は、有意な衡量の瑕疵が補完手続において除去されうる場合であっても、本案における成功の見込みがあることを認め、これに着目して申立てを一部認容している点で注目される。もっとも、成功の見込みだけが考慮されているわけではなく、踏切Rを直ちに廃止しなくても問題ないという事情も存在している<sup>93)</sup>。

## (2) 連邦行政裁判所2009年4月2日決定

本案における成功の見込みがあることを決定的に重視して申立てを認容したとみられる判例として、連邦行政裁判所2009年4月2日決定<sup>94)</sup>がある。この事件では、エルベ・ハーフェル運河の計画確定区間7の拡充のための計画確定決定に対して、その所有地（ゼードルフの騎士領（Rittergut））

---

93) 自然保護団体である原告が計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求めた事件で、本案勝訴の可能性があるとする一方、結果の衡量も行った例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.01.1998 - 4 VR 3/97 -, NVwZ 1998, 616 (616, 623).

94) BVerwG, Beschl. v. 02.04.2009 - 7 VR 1/09 -, juris.

の一部を要求される申立人らが訴えを提起するとともに、訴えの延期効の命令を求める申立てをした。本決定は、申立てが適法であることに関しては、連邦水路法の規定により、当該計画確定決定に対する訴えは延期効を發揮しないこと、連邦行政裁判所が第1審かつ終審として裁断すること、したがって同裁判所が本案の裁判所として行政裁判所法80条5項1文により仮の権利保護の申立てに関して判断する権限を有することを指摘している。

本決定は、訴えに関する裁断までこれまでの状態の維持を求める申立人の利益が、計画確定決定の執行可能性についての公的利益に優越するので、申立ては理由がある旨判示し、仮の権利保護の手続において唯一可能な事実・法状況の概括的な審査によれば、当該計画確定決定が法規定および計画確定の原則に違反することが予測され、その違反を申立人らが主張することができ、少なくとも補完手続という結果を伴うことを指摘している。瑕疵が補完手続において除去されうる場合であっても、本案における成功の見込みがあるという立場から、この点に着目して申立てを認容したものとみることができる。本決定は、計画確定庁が、事業案の主体によって検討された路線案のうち優先案とされた案2B (Variante 2B) のみを計画確定手続の対象とし、申立人らの所有地への侵害を最小化する観点から代替案の調査をしなかったことを問題視して、計画確定庁による代替案の審査に関して衡量の瑕疵を認める一方、この瑕疵が補完手続において除去される可能性があり、必ずしも常に当該計画確定決定の内容が変更される結果になるわけではないことも指摘している<sup>95)</sup>。

---

95) 補完手続による瑕疵の除去可能性が認められるためには、違法とされた計画確定決定が適法化される可能性があることが必要であり、計画確定決定の内容を変更しなければならない場合には、補完手続による瑕疵の除去可能性は認められない。湊・前掲注(72) 71頁参照。

## 2 連邦行政裁判所2001年10月29日決定・2005年4月14日決定

前掲連邦行政裁判所2001年10月29日決定および前掲連邦行政裁判所2005年4月14日決定は、瑕疵が計画補完によって除去可能である場合には取消訴訟における勝訴の見込みがないことを示している。後者の決定は、本案における成功の見込みとは切り離された利益衡量を行い、訴えの延期効を命じている。

### (1) 連邦行政裁判所2001年10月29日決定

前掲連邦行政裁判所2001年10月29日決定は、連邦自動車専用道路38の新設のための計画確定決定が争われた事件で、計画補完の可能性を指摘して、延期効の命令を求める申立ての理由具備性を否定している。申立人は、計画が確定された路線の付近の土地所有者である。申立人は、計画が確定された建設事業案が受忍限度を超える騒音の負荷をもたらすとの立場から、当該計画確定決定の取消訴訟を提起するとともに、延期効の命令を求める申立てをした。本決定は、交通路計画策定迅速化法5条2項1文により当該計画確定決定に対する取消訴訟は延期効を有しないこと、しかしながら同法5条1項により連邦行政裁判所は第1審かつ終審として、行政裁判所法80条5項1文により本案の裁判所として訴えの延期効を命じる権限を有することを指摘して、申立てを適法としている。

もっとも本決定は、既述の通り、事実・法状況の概括的な審査では取消訴訟には勝訴の見込みがないことが予測されること、申立人が訴訟を提起して争っていることのみを考慮して即時執行の可能性を奪うことは交通路計画策定迅速化法5条2項1文によって追求される迅速化目的と矛盾することを指摘して、計画確定決定の即時執行を求める利益が申立人の利益に優越すると結論づけている。計画確定決定の取消訴訟の勝訴要件および勝訴の見込みに関して、本決定は次のような一般論を述べている。「行政手続法74条2項2文による保護負担 (Schutzauflage) の可能性を考慮

して<sup>96)</sup>、部門計画法上の衡量の瑕疵は、この瑕疵が計画策定決定全体にとって、それによって計画策定全体又は分離可能な計画策定部分の調和がとれていること（Ausgewogenheit）がそもそも疑わしいものにされるほど、大きな重みを有する場合に限り、攻撃されている計画確定決定の（部分的な）取消しを求める請求権を根拠づけ得るであろうということが顧慮されなければならない。計画確定決定において命じられない又は不十分な防音負担が追完又は改善され得る場合で、それによって計画策定の全体構想が本質的な点において関わることなく、計画策定の利益の絡み合い（Interessengeflecht）の中で今度は他の利益が不利益な影響を受けることがなければ、計画確定決定の客観的な違法性に対応するのはその限りで利害関係人の計画取消しを求める請求権ではなく、計画補完を求める請求権のみである……。行政裁判所法80条5項は取消訴訟の成功の見込みに結びついている一方、原則的に義務付け訴訟の方法でのみ貫徹可能である計画補完の可能性は、計画取消しとそれゆえ行政裁判所法80条5項による仮の権利保護の供与をも排除する。その点で権利保護の縮減の危険は存在しておらず、計画確定決定は事後的にも防音負担によって補完され得るので、決定の仮の執行によって既成事実は生み出され得ない」。

上記の一般論は、事業案の主体に騒音防止措置を命じる保護負担を追完または修正することによって問題が解決される場合、計画補完請求は認められるけれども、計画確定決定の取消しは認められないので、取消訴訟については勝訴の見込みがないということを示すものである。この場合、計画確定決定が執行されたとしても既成事実が発生しないという点も指摘されている。保護負担の追完・修正によっては問題が解決されない場合がないわけではないものの、本決定は、申立人のいう騒音防止の不足が計画策定の調和がとれていることを疑わしいものにしようという具体的な手がか

---

96) 行政手続法74条2項2文は、計画確定庁は事業案の主体に、公共の福祉のためにまたは他人の権利への不利益な作用の回避のために必要な、予防措置（Vorkehrungen）または施設の設置および維持を命じなければならないことを定めている。

りを申立人は主張しておらず、それらが明らかであるともいえないと述べている。この事件では、騒音防止の不足を理由として計画確定決定が取り消される見込みはないということである<sup>97)</sup>。

## (2) 連邦行政裁判所2005年4月14日決定

前掲連邦行政裁判所2005年4月14日決定は、計画補完について言及する一方で、取消訴訟における勝訴の見込みを否定せず、結果の衡量を行ったうえで延期効を命じている。この事件では、ベルリン・シェーネフェルト空港の拡充のための2004年8月13日の計画確定決定に対して、計画事業案のために所有地を要求される者や近隣の土地所有者等である申立人らが訴えを提起し、仮の権利保護の供与を求める申立てをした。本決定は、仮の権利保護の供与を求める申立てを適法とし、交通路計画策定迅速化法5条1項により連邦行政裁判所が行政裁判所法80条5項1文の意味における本案の裁判所として延期効の命令に関する裁断のための権限を有すること、2013年改正前の航空交通法10条6項1文により当該計画確定決定に対する訴えは延期効を有しないことを指摘している<sup>98)</sup>。

本決定は、申立ての大部分につき理由具備性を肯定し、土壤汚染対策や地下水保全、建設準備措置等を除いて、訴えの延期効を命じた。本決定は、その限りで、本案手続の終結まで執行措置から免れているという申立人らの利益が、争われている計画確定決定の即時執行についての被申立人および事業案の主体である被呼出人 (Beigeladene) の利益に優越することを指摘している。

本決定は、本案における権利保護を確保するという仮の権利保護の機能

---

97) ライプチヒ／ハレ空港の拡充が問題になった事件で、本決定と同様の論法により、延期効の命令を求める申立てを退けた例につき、湊・前掲注 (75) 98頁以下参照。

98) 本決定は、計画事業案に結び付けられた水域使用のための水法上の許可に対する訴えも延期効を有しないものとしているところ (vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.04.2005 - 4 VR 1005/04 -, BVerwGE 123, 241 (243)), これに対する批判として, vgl. Hoppe, in: Eyermann (Fn. 49), § 80 Rn. 17.

に配慮して、仮の権利保護の供与に関する裁断に当たっては、まず先に訴訟の見通しに着目しなければならないことを指摘する。しかし本決定は、本案手続においては多数の事実・法問題が解明されなければならないところ、それらは行政裁判所法80条5項1文の手続の範囲内において概括的な審査の方法では明らかにされえない旨述べ、申立人らが取消訴訟で勝訴するか否かについては不明とした。なお本決定は、イミシオンの予防が不十分な事例では原則的に、義務付け訴訟の方法で貫徹される計画補完請求権のみが存在し、行政裁判所法80条5項1文に基づく仮の権利保護は通常は認められないけれども、近隣の保護のための計画策定主体の構想が「計画策定全体の調和がとれていることが疑わしいものにされるように思われる」ほど重大な瑕疵を示す場合には、計画取消しが問題になる旨述べており、申立人らがこの方向で主張していること、その主張が通るかどうかは現段階では判断できないことを指摘している。取消訴訟における勝訴の見込みがないとはいえないということである。

利益衡量に関して本決定は、攻撃されている計画事業案の実現はそれによって影響を受ける地域の外観を持続的に変化させる侵害と結びついていること、計画確定決定が無制限に即時執行されると既成事実が発生し、私人の法的地位だけでなく公的利益が害され<sup>99)</sup>、私人の法的地位の保護のために必要とされるだけでなく公的利益のためにも考慮されなければならないイミシオン防止法上の予防措置が十分効果を発揮しないという結果をもたらすおそれがあること、延期効の命令によって被呼出人に生ずる不利益は仮の権利保護が拒否された場合に差し迫る損害に比べて重大ではないこと、裁判所は本案手続を2006年中頃までに終結する努力をするので延期効の命令による遅延には限界があること、延期効の命令から除外されている

---

99) 計画確定決定の有する取用法上の先行効果による影響を受ける者（取用の利害関係人）が、事業案に対立する公的利益の侵害をも争うことができること（完全審査請求権）については、湊二郎「計画確定決定の取消訴訟における出訴資格と理由具備性（1）」立命381=382号（2019年）14頁以下、湊・前掲注（44）90頁参照。

措置によって申立人らに受忍不可能な犠牲は課されないことを指摘している。結果の衡量が行われているとみることができる。既述の通り、本決定は、訴訟の結末が未確定である場合の利益衡量に当たっては、法律上延期効が排除されていることが考慮事項になるという立場を示していた。本決定は、申立てを大部分で認容する一方で、建設準備措置等については延期効の命令から除外しており、その点で事業案を実施する側の利益にも配慮しているといえる。

この事件の本案訴訟では、計画補完請求の一部が認容されたものの、計画確定決定の取消請求は退けられた<sup>100)</sup>。もしもこの結末が本決定の時点で予測できていたとしたら、延期効の命令を求める申立ては認容されなかったであろう。他方で判決は2006年3月に出されており、本案手続を2006年中頃までに終結するという目標は達成されている。

### 3 連邦行政裁判所2008年5月20日決定・7月30日決定

同じ計画確定決定が争われた事件で、本案における成功の見込みとは切り離された利益衡量を行い、申立てを一部認容した判例として、次の2つの決定を挙げることができる。

#### (1) 連邦行政裁判所2008年5月20日決定

連邦道路B173の建設措置のための2007年12月11日付けの計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の命令を求める申立てを一部認容した判例として、連邦行政裁判所2008年5月20日決定<sup>101)</sup>がある。ザクセン州において承認された自然保護団体である申立人は、計画されたB173の路線が、州道路S223との結節点から建設区間の東の終点までの地域において欧州自然保護法に違反することを主張した。本決定は、申立ての適法性に問題はないことを指摘するとともに、当該計画確定決定が上記の地域に関わる限りで申立ての理由具備性を認め、その限りで本案手続の終結まで執行措置

---

100) 湊・前掲注 (75) 100頁以下参照。

101) BVerwG, Beschl. v. 20.05.2008 - 9 VR 10/08 -, juris.

をとらないことを求める申立人の利益が計画確定決定の即時執行を求める被申立人の利益に優越すると述べている。

本決定は、本案手続においては共同体法に基づく希少種保護に関わる多数の事実・法問題が解明されなければならない、仮の権利保護の手続における事実・法状況の概括的な審査でその解答を十分確実に予測することはできないと述べ、この状況の下では、共同体法上も保護された自然保護および風景保全という重要な公的利益が害されるという結果をもたらさうであろう、上記の地域における既成事実の発生を阻止することが適切な利益衡量に対応すると判示して、前掲連邦行政裁判所2005年4月14日決定の参照を指示している。共同体法上保護された自然保護・風景保全の公的利益の侵害という既成事実の発生のおそれを重視した判断であり、結果の衡量が行われたものとみることができる。

他方で本決定は、計画が確定された事業案の残りの部分に関しては、申立ての理由づけについての説明がないとして、申立ての理由具備性を否定している。当該部分に関しては、延期効が命じられなければならない理由が申立人によって説明されていないということであると解される。

## (2) 連邦行政裁判所2008年7月30日決定

連邦道路B173の建設措置のための2007年12月11日付けの計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の命令を求める申立てを一部認容したもう1つの判例として、連邦行政裁判所2008年7月30日決定<sup>102)</sup>がある。土地所有者である申立人は、ファルケナウの町の端にある自己所有地が洪水被害を受ける危険が高まること、さらに、ファルケナウのB173への接続のための路線の選択により5000平方メートル以上の自己所有地を要求されるころ、自己所有地を侵害しない代替案に反対する自然保護法上の利益の重みづけの誤り（Fehlgeichtung）があることを主張した。本決定は、当該計

---

102) BVerwG, Beschl. v. 30.07.2008 - 9 VR 8/08 -, juris.

画確定決定が、ファルケナウの接続を含め、S223との結節点から建設区間の東の終点までの地域に関わる限りで、申立てを認容した。本決定は、本案手続においてはこの地域における洪水防止および自然保護という複数の事実・法問題が解明されなければならない、仮の権利保護の手続における事実・法状況の概括的な審査でその解答を十分確実に予測することはできないと述べ、この状況の下では、基本権によっても保護された重要な申立人の利益が害されるという結果をもたらさうであろう、上記の地域における既成事実の発生を阻止することが適切な利益衡量に対応すると判示している。申立人の土地所有権を侵害する既成事実の発生のおそれを重視した判断である。

本決定は、計画が確定された事業案の残りの部分に関しては、申立ての理由具備性を否定している。申立人は事業案全体について計画の正当化(Planrechtfertigung)を争ったが、本決定は、当該事業案が連邦遠距離道路のための法律上の需要計画において緊急の需要があるものとして取り上げられていることにかんがみて、申立人の主張に成功の見込みがないことは明白である旨述べている<sup>103)</sup>。

#### 4 連邦行政裁判所2010年9月22日決定

計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の命令を求める申立てを認容した判例として、連邦行政裁判所2010年9月22日決定<sup>104)</sup>も注目される。この事件では、ザクセン州において承認された自然保護団体である申立人が、連邦道路B173およびB101(フライベルクの迂回路(Ortsumgehung))の建設のための2010年2月24日の計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の命令を求めた。申立人は、計画された路線が欧州自然保護法と両立しえないと主張した。本決定は、本案手続の終結まで執行措置をとらないとこと

---

103) 計画の正当化は、計画確定の不文の実体的要件とされる。湊・前掲注(99)19頁以下、湊・前掲注(44)94頁以下参照。

104) BVerwG, Beschl. v. 22.09.2010 - 9 VR 2/10 -, juris.

を求める申立人の利益が、計画確定決定の即時執行を求める被申立人の利益に優越するとして、申立ての理由具備性を認めた。申立ての適法性は問題になっていない。

本決定は、計画された道路建設のうち、結節点4の東側から計画確定の終点までの部分に関しては、第2段階の建設区間であって、同年はもちろん翌年についても建設開始の準備が整っておらず、資金調達可能性も不明であることを指摘して、法律上前提とされた通常の事例とは異なって現実的な執行の利益が欠けており、利益衡量は被申立人の不利になると結論づけている。法律上延期効が排除されているとしても、実際に執行の利益が認められなければ、執行停止を求める利益が優越するということである。通常の事例とは異なって、本案における成功の見込みから検討する手法はとられておらず、結果の衡量が行われているともいえない。本決定は、計画の利害関係人としては仮の権利保護の申立てに期間制限が付されているために申立てをせざるをえないところ、これを不要にするために、被申立人は上記の区間に関して行政裁判所法80条4項1文により計画確定決定の執行を職権で停止することができたであろうという点も指摘している。近い将来において計画確定決定が執行される見込みがないため、行政庁が執行停止の権限を行使すれば良いにもかかわらず、その権限が行使されなかった場合には、このことが利益衡量において被申立人にとって不利な事情として扱われるということである<sup>105)</sup>。

本決定は、事業案のうち、第1段階の建設区間である、計画確定の始点から結節点4までの部分に関しても、本案手続の終結まで執行措置をとらないことを求める申立人の利益が優越することを認めている。本決定は、

---

105) 計画許可が近い将来において執行されえないという状況においては、計画許可庁は行政裁判所法80条4項1文による執行停止の権限を用いるべきであったことを示した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.09.2001 - 4 VR 40/01 -, NVwZ-RR 2002, 153 (154)。本決定と同様に、計画確定決定が近い将来において執行される見込みがないことに着目して、延期効の命令を求める申立てを認容した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.03.2011 - 9 VR 2/11 -, NVwZ 2011, 820 Rn. 2.

利益衡量に関しては、本案における法的争訟の結末が未確定であるということをもまず考慮しなければならないと述べ、共同体法に基づく希少種保護に関わる多数の事実・法問題が設定されており、仮の権利保護の手續における事実・法状況の概括的な審査でその解答を十分確実に予測することはできないことを指摘している。そのうえで本決定は、当該事業案は遠距離道路需要計画において緊急の需要があるものとされ、上記の区間については高められた執行の利益があることを認めながら、既成事実の発生を阻止することが適切な利益衡量に対応すると述べ、共同体法上保護された自然保護という重要な公的利益が害されるという結果がもたらされるおそれがあることを指摘している。また本決定は、被申立人が近々森林の一部の開墾を実施しようとしており、それによって希少種保護法上の規定の保護法益への否定的な影響が生ずることを排除することができず、既成事実がもたらされるであろうとも述べている。第 1 建設区間については高い執行の利益があることが認められているものの、それ以上に共同体法上保護された自然保護等の公的利益の侵害という既成事実の発生のおそれが重視されている。この点に関しては、前掲連邦行政裁判所2008年5月20日決定(Ⅲ3(1))との共通性がある<sup>106)</sup>。

## 5 連邦行政裁判所2012年3月1日決定

連邦行政裁判所2012年3月1日決定<sup>107)</sup>は、ヘッセン州において承認された自然保護団体である申立人が、連邦自動車専用道路A44の新設のための2011年10月28日の計画確定決定の即時執行に対して行政裁判所法80条5項1文による申立てをしたところ、被申立人が、一定の自然保護措置を除いて2013年3月末まで当該計画確定決定の執行を見合わせることを確約

---

106) 本決定と同様に、EU 法上保護された希少種保護等の公的利益の侵害という既成事実の発生のおそれに着目して、延期効の命令を求める申立てを認容した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.10.2012 - 7 VR 7/12 -, juris Rn. 4.

107) BVerwG, Beschl. v. 01.03.2012 - 9 VR 7/11 -, NVwZ 2012, 571.

し、両当事者が仮の権利保護の手続の完結を宣言する（für erledigt erklären）に至った事件で、仮の権利保護の手続を打ち切るとともに、費用の9割を被申立人が負担し、1割を申立人が負担するものとしている。

本決定は、被申立人が確約した範囲内において申立てが認容されたとであろうことが予測される旨述べるとともに、法律上計画確定決定の即時執行が命じられているとしても、事業案の主体が長期間（本件では決定の日から約17ヶ月間）執行措置を意図しない場合には、その即時執行について優越的な公的利益は存在しないこと、そのような事例においてはむしろ計画確定庁が職権で行政裁判所法80条4項1文により即時執行を停止することが考えられることを指摘している。延期効の命令を求める申立てが認容された事例ではないものの、前掲連邦行政裁判所2010年9月22日決定（Ⅲ4）との共通性がみられる<sup>108)</sup>。

## 6 連邦行政裁判所2015年1月23日決定

2017年の改正で削除される前の環境・法的救済法4a条3項が妥当していた時期において、計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求める申立ての理由具備性について判断した判例として、連邦行政裁判所2015年1月23日決定<sup>109)</sup>を挙げるができる。申立人は鉄道路線6207（ドイツ／ポーランド国境-ロスラウ）に接する土地の所有者であり、クナッペンローデ-ホルカードイツ／ポーランド国境線の拡充および電化事業案のための2014年3月31日の鉄道法上の計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求める申立てをした。申立人は当該計画確定決定によって自己の所有地の一部に地役権を設定されることになる。申立人は、計画確定手続において当該事業案の自然への影響が十分には調査されなかったことを主張し、本

---

108) 環境・法的救済法の規定により承認された環境保護団体が計画確定決定に対する訴えの延期効の回復を求めたところ、行政庁が即時執行を制限し、その限りで両当事者が手続の完結を宣言した例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.02.2017 - 9 VR 2/16 -, juris Rn. 1.

109) BVerwG, Beschl. v. 23.01.2015 - 7 VR 6/14 -, NVwZ-RR 2015, 250.

案訴訟において主位的に当該計画確定決定の取消しを求め、予備的に当該計画確定決定の違法性および執行不可能性の確認を求めた。

本決定は、連邦行政裁判所が行政裁判所法50条1項6号により本案の裁判所として同法80条5項1文と結合した同法80a条3項2文による申立てに関して裁断する権限を有することを指摘して、申立ての適法性を認めたが、理由具備性は否定した。本決定は、申立ての理由具備性の判断に関する一般論については、前掲連邦行政裁判所2014年9月16日決定の参照を指示して、①裁判所は衝突する執行・延期の利益の衡量に基づいて裁断すること、②この利益衡量の本質的な要素は本案における法的救済の成功の見込みの判断であり、それは事実・法状況の概括的な審査に基づいてのみ行うことができること、③即時の裁断という特別の緊急性または事実・法問題の複雑性のために、本案における法的救済の成功の見込みを概括的に判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならないことを指摘するとともに、2017年改正前の環境・法的救済法4a条3項はこの審査の基準を法的救済の成功の見込みに関してのみ修正するが、包括的な利益衡量の要求に変更はない旨述べている。

本決定は、事実・法状況の概括的な審査によれば、申立人は当該計画確定決定の取消しもその違法性および執行不可能性の確認も求めることができまいだろうと述べており、申立人の主張はその主要な部分において当該計画確定決定の適法性についての疑いを生じさせるものではないこと、当該計画確定決定の客観的な適法性が未確定である部分に関しては、問題となっている違反と申立人の所有地が要求されることとの間に因果関係が認められないことを指摘している<sup>110)</sup>。本決定は、本案手続において希少種

---

110) 計画確定決定により土地が収用される者が原告である場合に、問題の瑕疵があってもなくても原告の土地が収用されることは変わらないという事情があるときには、取消訴訟の理由具備性は認められない。湊・前掲注(99)15頁以下、湊・前掲注(44)90頁以下参照。

保護に関する瑕疵が認められる可能性を否定してはいないものの、当該瑕疵は計画補完によって除去可能であり、これを理由とする計画確定決定の取消しや違法確認は認められないこと、事業案の実現後であっても瑕疵の除去が可能であることを指摘している。申立人の主張する瑕疵が計画補完によって除去可能であるために取消訴訟における勝訴の見込みがなく、延期効の命令を求める申立てが退けられたという点では、前掲連邦行政裁判所2001年10月29日決定（Ⅲ 2(1)）との共通性がある。

## 7 連邦行政裁判所2020年10月28日決定，連邦憲法裁判所2021年5月20日決定

### (1) 連邦行政裁判所2020年10月28日決定

連邦行政裁判所2020年10月28日決定<sup>111)</sup>では、ハンブルク－バート・オルデスローエ間の都市鉄道（S-Bahn）路線の新設事業案のうちハンブルク内の計画策定区間1のための2020年8月24日の計画確定決定が争われた。申立人らは当該計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求めた。申立人1は計画が確定された事業案のためにその所有地の一部を要求されることになる。申立人2～6の住宅は計画策定区間1の地域内にあり、彼らは騒音による影響を主張している。申立人7～27の所有地は後続の計画策定区間2の地域内にある。申立人28はシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州により承認された自然保護団体である。本決定は、申立人1は所有権に影響を受ける者として、申立人2～6は騒音により影響を受ける者として申立適格を有することを認めたが、その他の申立人の申立適格については最終的な判断を行わず、すべての申立人との関係で申立ての理由具備性を否定した。

本決定は、行政裁判所法80条5項により本案の裁判所は一般鉄道法18e条2項1文により即時に執行可能な計画確定決定に対する訴えの延期効を

---

111) BVerwG, Beschl. v. 28.10.2020 - 7 VR 3/20 -, juris.

命じることができる」と述べたうえで、前掲連邦行政裁判所2015年1月23日決定の参照を指示して、① 裁判所は衝突する執行・延期の利益の衡量に基づいて裁断すること、② この利益衡量の本質的な要素は本案における法的救済の成功の見込みの判断であり、それは事実・法状況の概括的な審査に基づいてのみ行うことができること、③ 即時の裁断という特別の緊急性または提起された事実・法問題の複雑性のために、本案における法的救済の成功の見込みを概括的に判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならないことを指摘している。さらに本決定は、前掲連邦行政裁判所2005年4月14日決定の参照を指示して、相互に対立する執行・延期の利益の重みづけに当たっては、立法者が一般鉄道法18e条2項1文に基づいて執行の利益に相当な重みを付与しているということが重要な意味を有すると述べ、計画確定手続が長期間となったとしてもこの重みは小さくならないことを指摘している。

本決定は、本件では相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならないと述べ、その理由に関しては、申立てに関する裁断を延期することはできないこと、申立人により提起された事実・法問題の解明は本案手続に留保されていなければならないことを指摘している。上記③に該当することが示されているといえる。申立てに関する裁断の緊急性については、計画確定決定の即時執行に有利となる一般鉄道法18e条2項1文による立法者の基本決定から生ずる迅速化の要請のほか、建設現場の整地のために開墾工事を自然保護法上の理由から2月末までに実施しなければならず、この時点までに開墾工事が完了しなければ事業案の実現が1年遅れることが指摘されている。申立人らは環境適合性審査の瑕疵や自然保護法の規定の違反、代替案の審査に関する衡量要請の違反等を主張していたが、本決定は、これらは本案手続を実施して初めて解明されうる問題である旨述べている。

本決定は、被申立人および被呼出人の執行の利益が、申立人の延期の利益に優越すると判示している。本決定は、即時執行に有利となる一般鉄道法18e条2項1文による立法者の基本決定から出発すると、被呼出人によって開始された工事の続行によって修復不可能ないしは原状回復不可能な結果は発生しないという点が重要であり、既成事実が発生しないと述べるとともに、万一本案における裁断までに実施された建設準備措置ないし建設措置が違法であることが判明しても、発生した結果は開墾された土地に再び植樹する等の方法で除去ないし原状回復されうると述べている<sup>112)</sup>。本決定は、本案における裁断は2021年すなわち拡充措置の継続中に行われることが予測されるので、鉄道の運行に起因する申立人らの被害を考慮に入れる必要はないことも指摘している。

## (2) 連邦憲法裁判所2021年5月20日決定

前掲連邦行政裁判所2020年10月28日決定に不服がある異議申出人が、事実・法状況の概括的な審査を放棄して結果の衡量が行われたことによって実効的な権利保護を求める自己の権利（基本法19条4項）を侵害されていると主張して、憲法異議を申し出た事件で、連邦憲法裁判所2021年5月20日決定<sup>113)</sup>は、基本法19条4項は侵害されていないと判示した。本決定は、連邦行政裁判所は「当該事件が、高度な、緊急の手續においては処理することのできない複雑性を示し、かつ、異議申出人にとって何らの差し迫る修復不可能な不利益も認識できない」という理由により是認できる方法で結果の衡量に基づいて仮の権利保護の手續における裁断をしたと述べ、前掲連邦憲法裁判所2016年9月14日決定の参照を指示している。同決定のいう適法性審査が不可能な場合に該当するので、結果の衡量を行うことは憲

---

112) オルデンブルク-ヴィルヘルムスハーフェン間の鉄道路線の拡充のための計画確定決定が争われた事件で、本決定と同様の論法で延期効の命令を求める申立ての理由具備性を否定した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.12.2019 - 7 VR 6/19 -, juris Rn. 14.

113) BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 - 1 BvR 224/21 -, juris.

法上も許されると考えられる<sup>114)</sup>。

本決定の判示によると、異議申出人は後続の計画区間の付近に居住しており、計画された路線とは別の路線が必要であることを主張している模様である。本決定は、先行する計画区間における計画確定決定の実施によって異議申出人にとって覆すことのできない負荷がもたらされるとはいえないこと、連邦行政裁判所の判例によると計画策定はその実現の全段階において代替案と比較検討されなければならないこと<sup>115)</sup>、連邦行政裁判所が本件においてこの法解釈から離れて計画者による代替案審査の統制を見合わせることを示す手がかりは存在しないことを指摘して、異議申出人が連邦行政裁判所の手続において主張する別の路線の必要性は本案の裁断においても後続の計画確定決定を争う範囲内においても権利保護保障に対応する方法で考慮されうるのであろうと述べている。路線案の選択に関する瑕疵については後続の計画確定決定の取消訴訟においても審査可能であり、救済を受けられるという立場が示されている<sup>116)</sup>。

## 8 連邦行政裁判所2021年6月15日決定

連邦行政裁判所2021年6月15日決定<sup>117)</sup>は、環境・法的救済法の規定に

---

114) 仮の権利保護における事実・法状況の審査は、結果が不可逆である場合にいかなる事例においても憲法上要請されているのではないと述べる連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.12.2020 - 7 VR 8/20 -, juris Rn. 2.

115) 本決定が参照を指示している連邦行政裁判所2016年4月28日判決は、区間ごとに計画が確定される場合でも、より適切な代替案の問題が、先行する部分に限定された計画確定手続の範囲内でしか取り上げられないという結論はもたらされないことを指摘している。Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 - 9 A 9/15 -, BVerwGE 155, 91 Rn. 178.

116) その後、連邦行政裁判所2021年9月16日判決は、第2計画確定区間の付近の土地所有者である原告らおよび自然保護団体である原告の提起した訴えについて、彼らの出訴資格を否定し、訴えを却下した(vgl. BVerwG, Urt. v. 16.09.2021 - 7 A 5/21 -, juris Rn. 12, 17)。連邦行政裁判所2021年10月5日判決は、所有地を収用される原告らおよび騒音被害を受ける原告らの訴えを適法としたが、理由具備性を否定した(vgl. BVerwG, Urt. v. 05.10.2021 - 7 A 16/20 -, juris Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 05.10.2021 - 7 A 17/20 -, juris Rn. 11)。

117) BVerwG, Beschl. v. 15.06.2021 - 4 VR 6/20 -, juris.

より承認された団体である申立人が、送電線の設置・稼働のための計画確定決定に対する訴えの延期効の命令を求めた事件で、申立てを一部認容している。当初の計画確定決定は、申立人の訴えに基づき、連邦行政裁判所2016年1月21日判決<sup>118)</sup>によってその違法性および執行不可能性が確認された。その後の補完手続は、2020年8月12日の計画補完決定をもって終結した。申立人は、当該計画補完決定による補完後の計画確定決定に対して訴えを提起した。申立人は、被申立人が、① オーデルタール下流鳥類保護地区について有意な侵害を否定したこと、② ショルフハイデ＝コリーン鳥類保護地区等の2つの地区について有意な侵害を肯定する一方、地下ケーブルの可能性を否定したことには連邦自然保護法（BNatSchG）の規定に照らして瑕疵がある旨主張した。本決定は、①については概括的な審査のできない問題が投げかけられており、②についても本案手続に留保されざるを得ないと述べ、本案における成功の見込みは現時点では見通すことができないので、結果の衡量の方法で裁断すると判示した。本決定は、エネルギー経済法43e条1項1文により法律上命じられた即時執行可能性のゆえに、執行の利益には相当な重みが認められることを指摘する一方、結果の衡量に基づいて、この執行の利益は申立人の延期の利益に対して部分的に優先するにすぎないと述べている。

本決定は、送電線の北側部分である送電塔1から送電塔217の間の地域については、訴えの延期効を求める申立人の利益が優越することを認めており、送電線の設置はEU法上要請される鳥類保護地区の保護に関わり、少なくとも2つの地区を有意に侵害すること、いったん設置が行われると、申立人が勝訴した後の原状回復に相当な費用がかかり、保護された鳥類種の個体の喪失を既にもたらしうること、他方で延期効を命じると、被呼出人が示した日程表に対して約1年の遅延が生ずることが予測されるところ、発生する遅延は甘受可能であるように思われることを指摘してい

---

118) BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14 -, BVerwGE 154,73. この判決は、湊・前掲注(44) 87頁で取り上げている。

る。送電線の南側部分である地域については、利益衡量は申立人の不利になるとされ、エネルギー経済法43e条1項1文における法律上の延期効の排除とは相違して、延期効の命令によって防除することが適切であるような侵害がこの区間で差し迫っていることを申立人は具体的に主張していないこと、前掲連邦行政裁判所2016年1月21日判決が計画確定決定全体の違法性および執行不可能性を確認したというだけでは延期効の命令が必要であるとはいえないこと、補完後の計画確定決定に瑕疵があるとすればどのような結果がもたらされるのかは現時点で見通すことができないことが指摘されている<sup>119)</sup>。

## IV まとめと検討

### 1 法律による延期効の排除

行政裁判所法80条1項1文は、取消訴訟が延期効を有することを規定し、執行停止原則を採用しているところ、計画確定決定に対する取消訴訟の延期効は法律上排除されている場合がある。1991年の交通路計画策定迅速化法は、同法が適用される旧東ドイツ地域等の交通路に関わる計画確定決定に対する取消訴訟の延期効を排除した。1993年の計画策定簡素化法によって連邦遠距離道路法や当時の連邦鉄道法（現在は一般鉄道法）に、法律上緊急の需要が確定されている事業案のための計画確定決定に対する取消訴訟の延期効を排除する規定が追加された。その後、航空交通法や連邦水路法、エネルギー経済法にも、延期効の排除に関する規定が追加された。行政庁が即時執行を命じることも可能であるが（行政裁判所法80条2項1文

---

119) こちらの地域については、裁判所が延期効の命令を求める申立てに関する裁断をするまで仮に延期効を命じることを求める申立て（中間決定を求める申立て）もされていたが、この申立ても退けられている（vgl. BVerwG, Beschl. v. 12.11.2020 - 4 VR 6/20 -, juris）。裁判所が仮の権利保護に関する裁断をするまでに実効的な権利保護の供与という憲法上の要請に違反して既成事実が発生するおそれがある場合には中間決定が必要であることを示した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.08.2012 - 7 VR 7/12 -, juris Rn. 2.

4号)、2006年の連邦水路法改正に関する立法資料では、法律により延期効を排除することで行政費用が減少することが指摘されている。交通路計画策定迅速化法の制定以降、計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の排除に関する規定を設ける法律の範囲は拡大し続けている<sup>120)</sup>。

連邦遠距離道路法、一般鉄道法、連邦水路法は、連邦遠距離道路、連邦の鉄道の事業施設、連邦水路に関するすべての計画確定決定に対する取消訴訟の延期効を排除しているわけではない。しかし2020年の行政裁判所法改正で、他の法律に特別の定めがない場合でも、「連邦交通路及びモバイル通信ネットワークに関わる事業案の許認可を対象とする……行政行為に対する第三者の不服申立て及び訴訟」の延期効が排除されることとなった(同法80条2項1文3a号)。したがって、連邦遠距離道路法の規定によっては延期効を排除されていない連邦遠距離道路に関する計画確定決定に対する取消訴訟であっても、行政裁判所法80条2項1文3a号によって延期効が排除されることが考えられる<sup>121)</sup>。そうであるとする、計画確定決定に対する延期効の排除は従来以上に拡大されたことになる。

法律上延期効が排除されている場合でも、本案の裁判所は申立てに基づいて延期効を命じることができる(行政庁が即時執行を命じた場合、本案の裁判所は申立てに基づいて延期効を回復することができる。行政裁判所法80条5項1文)。計画確定決定の取消訴訟の場合、連邦行政裁判所が第1審かつ終審として本案の裁判所になることがある(同法50条1項6号参照)。連邦行政裁判所は、裁判所が延期効を命じるかどうかを判断するに当たっては、法律上延期効が排除されていることが考慮事項になるという立場をとってい

---

120) 2020年改正後の海上風力発電法(WindSeeG)54a条2項は、計画確定決定または計画許可に対する法的救済について、取消訴訟の延期効の排除に関するエネルギー経済法43e条1項(から3項まで)の規定を適用するものとしている。多くの法律により延期効が排除されていることに対する批判につき、石塚・前掲注(2)15頁参照。

121) 行政裁判所法80条2項1文3a号にいう「連邦交通路」には連邦自動車専用道路や連邦道路が含まれ、「事業案の許認可」としてはまず計画確定が問題になることを指摘する説として、vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider (Fn. 6), § 80 Rn. 173b, 173d.

る（前記Ⅱ 2(5)参照）。2020年の行政裁判所法改正に関する立法資料（政府案理由書）には、インフラ的かつ超地域的な意味のある事業案の迅速な執行の利益は、第三者の利益に原則的に優越するとの記載があるところ（前記Ⅰ 2）、このような利益評価を全く無視するというのも困難ではないかと思われる<sup>122)</sup>。しかし、連邦行政裁判所の判例には、法律上延期効が排除されていることが考慮事項になることを指摘しながら、訴えの延期効を一部命じたものがあり（前記Ⅲ 2(2)、Ⅲ 8）、法律上前提とされた通常の事例とは異なって、現実的な執行の利益が欠けることを認めたものもある（前記Ⅲ 4）。したがって、法律上延期効が排除されていることが、立法者の決定として当然に優先するというわけではない。

## 2 申立ての理由具備性の判断基準

延期効の命令・回復を求める申立てに理由があるかどうか（理由具備性）について、行政裁判所法はその要件ないし判断基準を法定していない。2013年の環境・法的救済法改正で追加された同法 4 a 条 3 項は、本案の裁判所は「全体の衡量の範囲内において行政行為の適法性について深刻な疑いが存在する場合」に延期効を命令・回復することができるという基準を定めていたが、この規定は2017年の改正で削除された。この規定は、本案における成功（勝訴）の見込みがある場合に限り申立てが認容されることを定めているようにみえなくもないが、連邦行政裁判所は、当時においても現在においても、本案における成功の見込みが未確定である場合には、成功の見込みとは切り離された利益衡量を行うという立場をとっている。

---

122) 1996年の行政裁判所法80条 2 項 1 文 3 号の改正にあたり、連邦政府は、投資および職場の創出を促進することが規律の目標であること、立法者の評価は、個別事例において必要な、即時執行についての公的利益が優越するか否かの衡量に当たって意味を有しうることを指摘している（vgl. BT-Drs. 13/4069, S. 2）。それに対して、法律上延期効が排除されただけでは執行停止の判断要素は変更されないと主張する説として、vgl. Alfred G. Debus, Überwiegendes Vollzugsinteresse wegen gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung?, NVwZ 2006, 49 (51).

連邦行政裁判所2014年9月16日決定は、延期効の命令・回復を求める申立ての理由具備性の判断に関する一般論として、①裁判所は行政行為の執行を求める利益とその延期を求める利益の衡量に基づいて裁断する、②この利益衡量の本質的な要素は本案における法的救済の成功の見込みの判断であり、それは事実・法状況の概括的な審査に基づいて行う、③本案における法的救済の成功の見込みを判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならない旨述べている（前記Ⅱ 2(2)）。連邦行政裁判所2015年1月23日決定（前記Ⅲ 6）、連邦行政裁判所2020年10月28日決定（前記Ⅲ 7(1)）も、同様の判示をしている<sup>123)</sup>。

上記②の本案における成功の見込みの判断は、上記①の利益衡量の一部とされている。上記③は、本案における成功の見込みとは切り離された利益衡量であり、結果の衡量とも呼ばれている。まずは事実・法状況の概括的な審査に基づいて本案における成功の見込みを判断し、それが不可能な場合には結果の衡量を行うというのが通常の展開である。連邦行政裁判所2005年4月14日決定は、本案における権利保護を確保するという仮の権利保護の機能に配慮して、まずは訴訟の見通しに着目すべきことを指摘している（前記Ⅲ 2(2)）。ただし、連邦行政裁判所2010年9月22日決定は、計画確定決定にかかる事業案の一部について近い将来において執行の見込みがないことから、その部分に関しては成功の見込みに言及することなく申立人の利益が優越することを認めている（前記Ⅲ 4）。したがって、本案における成功の見込みの判断が常に先行するわけではない。学説においては、本案における成功・不成功が明白であるかどうかに着目する考え方もみられるが、上記①～③においては、成功・不成功の明白性を基準とする立場

---

123) 計画確定決定に対する訴えの延期効の回復が求められた事件で、①～③の基準に従って申立ての理由具備性を判断しているとみられる判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.03.2020 - 3 VR 1/19 -, NVwZ 2020, 1050 Rn. 24-26.

は示されていない。判示されているのは、本案における成功の見込みを概括的な審査に基づいて判断するということである<sup>124)</sup>。

連邦憲法裁判所2016年9月14日決定は、仮の権利保護の供与に関する裁判に当たって概括的な審査は原則的に憲法上問題ないけれども、差し迫る権利侵害とともに必要な審査の密度が高まり、裁判所は事実・法状況を完結的に審査することを義務付けられうること、適法性審査が不可能である場合に限り結果の衡量が重要であることを指摘している（前記Ⅱ 2(3)）。この判示をふまえれば、本案における成功の見込みについては常に概括的な審査で足りるとはいえず、より詳細な審査を行うことが可能であり必要である場合にはそれによるべきであると考えられよう<sup>125)</sup>。その点で、前記②は修正を要するのではないと思われる<sup>126)</sup>。もっとも、連邦憲法裁判所の立場でも、概括的な審査は原則的に憲法上問題なく、憲法上問題のない

124) 「概括的な審査」について、緊急の必要性のゆえに審査の強度に制限があり、裁判官の確信形成についての要求が本案手続との比較において引き下げられると説明するものとして、vgl. Buchheister, in: Wysk (Fn. 3), § 80 Rn. 54. 概括的な審査では詳細な審査が行われないう点では一致があるものの、どの程度の裁判官の確信が必要であるかについては争いがあることを指摘する説として、vgl. Windthorst (Fn. 64), S. 687.

125) 連邦自動車道路のための計画確定決定に対する訴えの延期効の命令が求められた事件で、「可能な限り当該計画確定決定の包括的な法的及び事実的統制を行うこと」が必要であると述べた連邦行政裁判所の決定もある（vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.01.1998 - 4 VR 3/97 -, NVwZ 1998, 616 (616)）。適時に権利保護を供与するという要請が無視されない限り、裁判所は仮の権利保護の手続においても完全な審査を行うことが許されると主張する説として、vgl. André Niesler, Die gerichtliche Regelung des Sofortvollzugs als „kleine Hauptsacheentscheidung“, in: Klaus Ferdinand Gärditz/Karen Keller/André Niesler (Hrsg.), Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, 2020, S. 307 (317). 他方、概括的な審査で本案における成功の見込みが判明する事例では（例えば前記Ⅲ 1(2)）、より詳細な審査は必要ないであろう。

126) 事実状況の調査については概括的な審査で原則的に十分であるが、裁判官は法状況を可能な限り完全に審査しなければならないと主張する説として、vgl. Kay Windthorst, in: Klaus F. Gärditz (Hrsg.), VwGO mit Nebengesetzen: Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 80 VwGO Rn. 238-239; vgl. auch Buchheister, in: Wysk (Fn. 3), § 80 Rn. 54; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 4), Rn. 959, 960. 前記Ⅲで取り上げた連邦行政裁判所の決定の中では、事実状況の審査の強度と法状況のそれを区別すべきことを示したものはない。

概括的な審査によって本案における成功の見込みを判断できない場合には結果の衡量が許される。したがって前記①～③は、概括的な審査を行うほかならない通常の事例においては連邦憲法裁判所によっても承認されると考えられる。連邦憲法裁判所2021年5月20日決定は、結果の衡量に基づいて申立てを退けた連邦行政裁判所2020年10月28日決定の判断を是認している（前記Ⅲ7(2)）。

### 3 連邦行政裁判所の具体的判断

#### (1) 本案における成功の見込みがある場合、補完手続

連邦行政裁判所が延期効の命令を求める申立ての理由具備性について具体的にどのような判断をしているかを見てみると、本案における成功の見込みがあることから、申立人の利益が優越することを認め、申立てを（一部）認容した例として、連邦行政裁判所1996年5月15日決定（前記Ⅲ1(1)）、連邦行政裁判所2009年4月2日決定（前記Ⅲ1(2)）がある。いずれの決定においても、事実・法状況の概括的な審査により、衡量の瑕疵が認定されており、補完手続による瑕疵の除去可能性が否定されていない。計画確定決定の有意な瑕疵が補完手続によって除去可能である場合、本案訴訟では計画確定決定の違法確認判決が下され、違法とされた計画確定決定の執行は不可能とされる。したがって、有意な瑕疵が補完手続によって除去可能である場合にも延期効の命令を求める申立てが認容されるという点に違和感はない。

前者の決定では、踏切Rの廃止に関して衡量の瑕疵が認められ、その限りで計画確定決定の取消訴訟について勝訴の見込みがあるものとされているところ、踏切Rを直ちに廃止しなくても問題ないという事情も指摘されている。他方で後者の決定は、本案における成功の見込みがあることを決定的に重視して、申立てを認容している。本案訴訟において少なくとも計画確定決定が違法であり執行不可能であることを確認する判決が下される見込みがある場合、それにもかかわらず即時執行を求める利益が優越する

という事態は通常考えられず、申立人の利益が優越すると評価されるのが普通であろう。もっとも、計画確定決定に対する訴えの延期効が求められる事例で、連邦行政裁判所が本案における成功の見込みがあることを認めるのは、そう頻繁にあることではない<sup>127)</sup>。連邦行政裁判所2009年4月2日決定は、代替案（路線案）の審査に関する衡量の瑕疵を認定しており注目されるが、連邦行政裁判所2020年10月28日決定（前記Ⅲ7(1)）および連邦憲法裁判所2021年5月20日決定（前記Ⅲ7(2)）は、これを本案手続において解明される問題として位置づけている<sup>128)</sup>。

## (2) 本案における成功の見込みがない場合、計画補完

事実・法状況の概括的な審査の結果、本案における成功の見込みがないことを指摘して、申立ての理由具備性を否定した例として、連邦行政裁判所2001年10月29日決定（前記Ⅲ2(1)）、連邦行政裁判所2015年1月23日決定（前記Ⅲ6）を挙げることができる<sup>129)</sup>。前者の決定では新設される連邦自動車専用道路の付近の土地所有者が受忍限度を超える騒音被害を主張し、後者の決定では、鉄道の拡充事業案のために自己所有地の一部を要求される申立人が自然保護・希少種保護に関する瑕疵を主張した。いずれの決定も、申立人の主張する瑕疵があるとしても事後的に計画補完によって除去可能であることを指摘している。計画補完請求権は義務付け訴訟の形式で

---

127) 建築許可の執行停止が求められる事例では、本案における成功の見込みがあることを認めた裁判例も少なくない。湊二郎「ドイツにおける建築許可の執行停止」魔法39巻2号（2007年）25頁以下参照。

128) 近年、本案訴訟においては、道路等の路線案の審査・選択に関する衡量の瑕疵を認定して計画確定決定の違法を確認する判決がみられるようになってきている（湊二郎「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」立命386号（2020年）56頁以下参照）。ただし、仮の権利保護の手続において衡量の瑕疵を認定した判例も存在しているのであるから、これを当然に本案手続で解明される問題とみなすことは適切ではないだろう。

129) 申立人が出訴資格を欠くことを指摘して、計画確定決定の変更決定の即時執行についての公的利益が優越すると判断した近時の判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.02.2021 - 9 VR 1/21 -, juris Rn. 4.

貫徹されるというのが判例であり、計画補完請求権が認められるからといって計画確定決定の取消判決や違法確認判決が下されることはない。例えば、騒音防止措置や自然保護措置が必ずしも十分とはいえないものの、道路や鉄道の路線の選択に瑕疵はないという場合には、計画補完による問題解決が可能であると考えられる。このような場合、事業案の実施は停止されず、必要に応じて騒音防止措置や自然保護措置が追加・改善されることになる。もっとも、騒音防止や自然保護に関わるすべての瑕疵が計画補完によって事後的に除去可能というわけではない。連邦行政裁判所2001年10月29日決定も、騒音防止の不足を理由として計画確定決定が取り消される可能性があることを一般論としては認めている。

### （3） 成功の見込みとは切り離された利益衡量，結果の衡量

本案における法的救済の成功の見込みを判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復，他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならないというのが判例である。結果の衡量に当たっては、即時執行によって既成事実が発生するおそれがあるか否かが問題とされ、そのおそれがある場合には申立人の利益が優越するとされる傾向がある。

既成事実の発生のおそれを肯定した例として、連邦行政裁判所2008年5月20日決定（前記Ⅲ3(1)）および連邦行政裁判所2010年9月22日決定（前記Ⅲ4）は、共同体法上保護された自然保護ないし希少種保護という公的利益が侵害されるおそれを認めており、連邦行政裁判所2005年4月14日決定（前記Ⅲ2(2)）は、私人の法的地位の保護のために必要とされるだけでなく公的利益のためにも考慮されなければならないイミシオン防止法上の予防措置が十分効果を発揮しないおそれがあることを指摘している。連邦行政裁判所2008年7月30日決定（前記Ⅲ3(2)）は、自己所有地が洪水被害を受けるおそれがあり、さらに事業案のために自己所有地を要求される申立人の基本権（所有権）の侵害に着目して既成事実の発生のおそれを肯定して

いる。前三者の決定は、公的利益の侵害を(も)問題にしているのが特色である。連邦行政裁判所2021年6月15日決定(前記Ⅲ8)は、鳥類保護地区が有意に侵害される地域については訴えの延期効を命じているが、原状回復が不可能であると述べておらず、既成事実の発生のおそれがあることを明言していない。

連邦行政裁判所2005年4月14日決定は、訴訟の結末が未確定である場合の利益衡量に当たっては、立法者が当時の航空交通法10条6項1文により執行の利益に相当な重みを付与していることは無視できない旨述べていたが、申立てを大部分において認容し、訴えの延期効を命じている。連邦行政裁判所2021年6月15日決定は、エネルギー経済法43e条1項1文による法律上の即時執行命令のゆえに執行の利益に相当な重みが認められることを指摘して、申立人が鳥類保護地区の侵害を具体的に主張していない地域との関係では申立てを退けている。連邦行政裁判所2020年10月28日決定(前記Ⅲ7(1))は、申立てに関する裁断の緊急性を根拠づけるに当たって、一般鉄道法18e条2項1文により計画確定決定に対する取消訴訟の延期効が排除されていることに言及するとともに、結果の衡量に関しては、同法18e条2項1文による立法者の基本決定から出発すれば既成事実が発生しないことが重要である旨述べ、執行の利益が優越すると結論づけている。個別事例において少なくとも既成事実の発生のおそれがある場合には、法律上延期効が排除されているとしても、申立人の利益が優越すると考えられているといえよう<sup>130)</sup>。

---

130) 利害関係人に課せられた負荷が重大であるほど、措置が変更不可能なものを生じさせるほど、権利保護請求権はますます強く、ますます後退してはならないというのが中心的な基準であると主張する説として、vgl. Andreas Große, Roma locuta, causa finita?, NVwZ 2005, 773 (773). 即時の建設ストップを正当化する被害を申立人が主張するか否かが重要であり、建設準備措置や建設措置がもたらす被害に関しては既成事実の発生のおそれの有無が重要である旨述べる説として、vgl. Peter Wysk, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG: Kommentar, 22. Aufl. 2021, § 75 Rn. 89d.

#### （4） 實際上即時執行の必要性が低い場合

連邦行政裁判所2010年9月22日決定（前記Ⅲ4）は、道路建設事業案のうち結節点4の東側から計画確定の終点までの部分に関しては、同年においても翌年においても建設開始の準備が整っておらず、現実的な執行の利益がないことを指摘して、申立人の利益が優越することを認めている。本案における成功の見込みには言及がなく、結果の衡量が行われているともいえない。近い将来において執行の見込みがない場合には、申立ての適法要件としての権利保護の必要性（前記Ⅱ1(2)(e)）が欠けるとも考えられるが、連邦遠距離道路法等の規定により申立ての期間が制限されている状況の下では（前記Ⅱ1(2)(d)参照）、計画確定決定に不服がある者としては期間内に申立てをしないわけにはいかないという事情がある。むしろ、行政裁判所法80条4項1文の規定により行政庁が執行を停止することができるにもかかわらず、この権限が行使されなかったことが、被申立人にとって不利な事情として評価されている。

延期効の命令を求める申立てがなされた後に、被申立人が計画確定決定の執行を一定の期間見合わせることを確約し、両当事者が仮の権利保護の手続の完結を宣言することもある（連邦行政裁判所2012年3月1日決定（前記Ⅲ5））。こちらも、實際上即時執行の必要性が低く、行政庁が執行停止の権限を行使することができた事例である。延期効の命令を求める申立てが認容されているわけではないものの、本案における成功の見込みの判断や結果の衡量が行われることなく、仮の権利保護に関する問題が解決されているとみることができるともいえる。

#### （5） 申立ての全部認容・一部認容

延期効の命令を求める申立てを全部認容して、争われている計画確定決定の執行を停止した例としては、連邦行政裁判所2009年4月2日決定（前記Ⅲ1(2)）、連邦行政裁判所2010年9月22日決定（前記Ⅲ4）がある。申立てを一部認容した例としては、連邦行政裁判所1996年5月15日決定（前記

Ⅲ 1(1)), 連邦行政裁判所2005年4月14日決定(前記Ⅲ 2(2)), 連邦行政裁判所2008年5月20日決定(前記Ⅲ 3(1)), 連邦行政裁判所2008年7月30日決定(前記Ⅲ 3(2)), 連邦行政裁判所2021年6月15日決定(前記Ⅲ 8)を挙げる事ができる。連邦行政裁判所1996年5月15日決定や連邦行政裁判所2008年5月20日決定, 連邦行政裁判所2008年7月30日決定は, 申立てを退けた部分については, 本案における成功の見込みがないという立場を示している。計画確定決定にかかる道路等の路線のうち, 一部の区間については違法の疑いがあるものの, 残りの部分については違法がないというケースでは, 實際上即時執行の必要性が低い場合はともかくとして, 違法の疑いのない部分については執行が停止されないことになるであろう。

連邦行政裁判所2005年4月14日決定は, 成功の見込みとは切り離された利益衡量により, 建設準備措置等を訴えの延期効から除外している。結果の衡量に当たっては, 争われている計画確定決定の執行を停止するか否かの二者択一にとどまらず, 原状回復が可能な範囲で執行を認めるといった選択肢も考慮に入れられるべきであろう。もちろん, 事業案が本格的に実施されるまでに本案訴訟における判決を下すことによっても, 同様の結論をもたらす事ができる。連邦行政裁判所2020年10月28日決定は, 申立ての理由具備性が否定される理由の1つとして, 本案手続における裁断までに実施される開墾工事等が原状回復可能であることを示している(前記Ⅲ 7(1)参照)。

#### 4 日本法の視点から

行政事件訴訟法25条1項は執行停止原則を採用しているところ, ドイツの行政裁判所法80条1項1文は取消訴訟が延期効を有することを規定し, 執行不停止原則をとっている。しかし, 連邦遠距離道路法や一般鉄道法には, 法律上緊急の需要が確定されている事業案のための計画確定決定に対する取消訴訟の延期効を排除する規定があり, 航空交通法や連邦水路法, エネルギー経済法にも, 計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の排除に

ついて定める規定がある。さらに、2020年の行政裁判所法改正で追加された同法80条2項1文3a号は、連邦交通路およびモバイル通信ネットワークに関わる事業案の許可に対する取消訴訟の延期効を排除している。したがって、計画確定決定に不服がある第三者が出訴する場合、法律上執行不停止原則がとられていることが少なくない。もっとも、あらゆる計画確定決定について執行不停止原則が採用されているわけではないので<sup>131)</sup>、日本法との違いはなお残されている。

法律上延期効が排除されている場合（または行政庁が即時執行を命じた場合）には、計画確定決定に不服がある者が延期効の命令（または回復）を求める申立てをすべきことになるところ、日本法の視点から特に注目されるのは、申立てに理由があるかどうか（理由具備性）についての判断基準である。連邦行政裁判所の判例によると、①裁判所は行政行為の執行を求める利益とその延期を求める利益の衡量に基づいて裁断する、②この利益衡量の本質的な要素は本案における法的救済の成功（勝訴）の見込みの判断であり、それは事実・法状況の概括的な審査に基づいて行う、③本案における法的救済の成功の見込みを判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならない（結果の衡量）。この点、連邦憲法裁判所は、仮の権利保護の供与に関する裁断に当たって概括的な審査は原則的に憲法上問題ないけれども、差し迫る権利侵害とともに必要な審査の強度が高まり、裁判所は事実・法状況を完結的に審査することを義務付けられうること、適法性審査が不可能である場合に限り結果の衡量が重要であることを指摘している。連邦憲法裁判所の判示をふまえば、②については常に概括的な審査で足りるわけではな

---

131) 循環経済法（KrWG）35条2項1文は、ごみ処理場（Deponie）の設置・稼働は計画確定を要することを規定しているところ、同法には計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の排除を定めた規定はない。同法35条2項に基づく計画確定決定に対する訴えの延期効の回復を求める申立てを認容した裁判例として、vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.07.2016 - 7 MS 19/16 -, DVBl 2016, 1279 Rn. 7.

く、より詳細な審査が可能かつ必要である場合にはそれによるべきであるといえよう。

以上のような(連邦憲法裁判所の判示をふまえて修正された)連邦行政裁判所の考え方は、一般論としては合理的かつ妥当なものといえることができる。したがって日本においても、同様の方向が目指されるべきではないかと思われる<sup>132)</sup>。ただし行政事件訴訟法25条に定める執行停止の要件は、その文言上、ドイツ法の考え方とは完全には対応していない。連邦行政裁判所の判例では、本案における成功の見込みがあることを決定的に重視して申立てを認容するものや(前記Ⅲ1(2))、現実的な執行の利益が認められない道路建設区間に関して本案における成功の見込みの判断や結果の衡量を行うことなく申立てを認容するものがみられる(前記Ⅲ4)ところ、このような理由で執行停止の申立てを認容することは、行政事件訴訟法25条2項の文言を重視する立場からは支持されないであろう<sup>133)</sup>。他方で連邦行政裁判所は、結果の衡量に当たっては、既成事実の発生のおそれの有無に着目するとともに、原状回復が不可能とはいえないものの相当な費用を要する事例について執行停止を認めた例もある(前記Ⅲ8)。こちらは日本でも比較的受け入れられやすい考え方といえよう。

ドイツの行政手続法75条1a項は、計画維持の観点から、有意な瑕疵が計画補完または補完手続によって除去されうる場合には、計画確定決定は取り消されないことを規定している。計画補完請求権は義務付け訴訟の形式で貫徹されるというのが判例であり、騒音防止措置や自然保護措置を追

132) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕』(有斐閣, 2019年)217頁は、執行停止の判断は、結局のところ、訴訟の途中で、原告側の現状悪化の防止の利益と処分庁側の公益の早期実現の要請をいかに調整するかにあるとする。

133) 長谷川佳彦「仮の救済」芝池古稀『行政法理論の探究』(有斐閣, 2016年)499頁は、理論的見地から、本案における勝訴が明白な場合であっても、仮の救済がない場合の申立人の不利益が軽微であり、勝訴判決後でも十分に回復できるものであるときには、仮の救済を行う必要はないともいえるとする。他方で芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』(有斐閣, 2006年)110頁は、立法論としては、一定程度以上の公益上の支障がない場合には、国民の側の損害を問わず執行停止を認めることも考えられるとする。

加する等、計画補完によるべき場合には執行停止は認められない。本案訴訟において有意な瑕疵が補完手続によって除去可能であることが判明した場合には、計画確定決定が違法であり執行不可能であることを確認する判決が下されるところ、このような判決が下される見込みがあるときには、延期効の命令を求める申立ても認容されている。日本における公共事業に関する計画が争われる場合についても、将来的には、計画ないし処分を取り消すか否かにとどまらず、計画の修正や手続のやり直し等を通じた問題解決の手段を用意することが望ましい<sup>134)</sup>。その場合、仮の救済に関しても、計画の修正等の必要性はありうるものの執行は停止しないパターンと、執行を停止するパターンを区別することが考えられる。もっとも、ドイツ法における計画補完と補完手続の区別は難解なので、これと全く同じというわけにはいかないかもしれない。

## おわりに

行政裁判所法80条1項1文は、取消訴訟が延期効を有することを規定し、執行停止原則を採用している。しかし、連邦遠距離道路法や一般鉄道法には、法律上緊急の需要が確定されている事業案のための計画確定決定に対する取消訴訟の延期効を排除する規定があり、航空交通法や連邦水路法、エネルギー経済法にも、計画確定決定に対する取消訴訟の延期効の排除について定める規定がある。さらに、2020年の行政裁判所法改正で追加された同法80条2項1文3a号は、連邦交通路およびモバイル通信ネットワークに関わる事業案の許認可に対する取消訴訟の延期効を排除している。

法律上延期効が排除されている場合（または行政庁が即時執行を命じた場合）には、計画確定決定に不服がある者が延期効の命令（または回復）を求

---

134) この点については、湊・前掲注(72) 87頁を参照。

める申立てをすべきことになるところ、申立てに理由があるかどうか（理由具備性）について、行政裁判所法はその要件ないし判断基準を法定していない。連邦行政裁判所の判例によると、① 裁判所は行政行為の執行を求める利益とその延期を求める利益の衡量に基づいて裁断する、② この利益衡量の本質的な要素は本案における法的救済の成功（勝訴）の見込みの判断であり、それは事実・法状況の概括的な審査に基づいて行う、③ 本案における法的救済の成功の見込みを判断することが不可能である場合、相互に対立する利益が一方では延期効の命令・回復、他方ではその拒否に結び付けられた結果を考慮しながら重みづけられなければならない（結果の衡量）。②については、常に概括的な審査で足りるというわけではなく、より詳細な審査が可能かつ必要である場合にはそれによるという内容に修正されるべきである。

連邦行政裁判所の判例においては、事実・法状況の概括的な審査により本案における成功の見込みがあることを認めて申立てを認容した例、反対に成功の見込みがないとして申立ての理由具備性を否定した例がみられるところ、代替案（路線案）の審査に関する衡量の瑕疵が補完手続によって除去可能である場合も本案における成功の見込みがあるものとされ、他方で騒音防止措置や自然保護措置が不十分であるとしても計画補完によって事後的に追加・改善可能である場合には本案における成功の見込みがないものとして扱われている。本案における成功の見込みが判断できない場合の結果の衡量に当たっては、既成事実の発生のおそれの有無が問題とされ、そのおそれがある場合には申立人の利益が優越するとされる傾向がある。空港の拡充が問題になった事件で、結果の衡量に基づいて建設準備措置等を除いて訴えの延期効を命じた例もあり、このような方法で対立する利益の調整が行われることもある。通常の事例とは異なるものとして、現実的な執行の利益が認められない道路建設区間に関して本案における成功の見込みの判断や結果の衡量を行うことなく申立てを認容した例もある。

日本法の視点から特に注目されるのは、申立ての理由具備性の判断基準

である。連邦行政裁判所の考え方すなわち前記①～③は、②については修正を要するものの、一般論としては合理的かつ妥当なものといえることができる。したがって日本においても、同様の方向が目指されるべきではないかと思われる。