

# 計画確定決定が不可争になった後の救済（1）

湊 二郎\*

## 目 次

はじめに

I 計画確定の法効果

II 事後的命令と補償 (以上、本号)

III 行政手続法による取消し・撤回

IV まとめと若干の検討

おわりに

## はじめに

ドイツの法分野の1つである部門計画法（Fachplanungsrecht）を構成する連邦遠距離道路法（FStrG）や一般鉄道法（AEG）、航空交通法（LuftVG）の規定によると、連邦遠距離道路や鉄道の事業施設、空港等は、計画があらかじめ確定されている場合に限り建設ないし設置・変更することが許されるものとされ（連邦遠距離道路法17条1項1文、一般鉄道法18条1項1文、航空交通法8条1項1文）、計画確定庁による計画確定決定（Planfeststellungsbeschluss）が予定されている。計画確定決定は取消訴訟の対象となる行政行為であるが、行政手続法（VwVfG）には、出訴期間の経過等の理由により計画確定決定が不可争（unanfechtbar）になった場合について定める規定がある。これによると、計画確定決定が不可争になった場合、事業案（Vorhaben）の不作為や施設の除去・変更等を求める請求権は排除されている（同法75条2項1文）。他方で、計画確定決定が不可争になった後で予見不可能な作

---

\* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科教授

用が発生する場合、利害関係人は不利益な作用を排除する予防措置 (Vorkehrungen) 等を求めることができ (同法75条2項2文)、それらは計画確定庁の決定によって事業案の主体に命じられる (同法75条2項3文)。これは事後的な (nachträglich) 命令と呼ばれる仕組みである。また、そのような予防措置等が実行不可能 (untunlich) であるまたは事業案と両立しえない場合には、相当な (angemessen) 金銭補償を求める請求権が認められる (同法75条2項4文)。計画確定決定が不可争になった後で予見不可能な不利益作用が発生する場合については事後的命令および補償によって対処するということであるが、この仕組み以外の救済方法も存在している。判例・学説においては、行政行為の取消し (Rücknahme)・撤回に関する行政手続法48条・49条の規定により、不可争になった計画確定決定が取り消されたり撤回される可能性もあると解されている。

本稿は、ドイツにおける計画確定決定が不可争になった後の救済について、その特色を明らかにすることを目標とする。本稿では、上記の事後的命令および補償の仕組みを主要な考察対象にするとともに (本稿Ⅱ)、行政手続法48条・49条による計画確定決定の取消し・撤回に関する連邦行政裁判所の判例も取り上げたくえて (本稿Ⅲ)、利害関係人の救済のあり方について若干の検討を行う (本稿Ⅳ)。以下ではまず、不作為請求権等の排除を含めた計画確定の法効果に関する行政手続法等の規定を概観する (本稿Ⅰ)。

## I 計画確定の法効果

### 1 行政手続法75条1項

計画確定の法効果について定める行政手続法75条は、その1項において、①計画確定によって事業案の許容性は他の施設についての必要な後続措置 (Folgebmaßnahmen) を含めてそれに関わるすべての公的利益を考慮して確定され (1文前段)、②計画確定と並んでその他の行政庁の決定 (特

に公法上の許認可）は必要でないこと（1文後段）、③計画確定によって事業案の主体と計画によって影響を受ける者の間の公法上の関係は法形成的に（rechtsgestaltend）規律されること（2文）を定めている。①は許可効（Genehmigungswirkung）、②は集中効（Konzentrationswirkung）、③は形成効（Gestaltungswirkung）と呼ばれている<sup>1)</sup>。同法75条1項（および2項・3項）は、1976年の同法制定以来改正されていない。同法の政府案理由書では、①や②によって1つの統一的な決定が保障され、考慮に値するすべての観点が唯一の官署によって評価され考慮されること、③は公法上の関係にのみ妥当し、私法上の関係には妥当しないことが言及されている<sup>2)</sup>。連邦行政裁判所1979年9月7日判決<sup>3)</sup>は、道路建設事業案の許可およびそれによって影響を受ける公法上の法関係の形成に向けられた包括的な計画確定の効果は「あらゆる計画策定に妥当する問題克服（Problembewältigung）の原則」に対応するものであり、この原則によれば、計画事業案によってその周辺に投げかけられる問題の克服のためにも意味があるすべての計画上の観点が計画策定に取り入れられなければならない旨述べている。この意味におけるすべての計画上の観点が計画策定に取り入れられることと、包括的な計画確定の効果との対応関係が示されている<sup>4)</sup>。

## 2 行政手続法75条2項1文

行政手続法75条2項1文は、「計画確定決定が不可争になった場合、事

---

1) Vgl. Werner Neumann/Christoph Külpmann, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, VwVfG: Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 75 Rn. 3; Martin Wickel, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO, Nebengesetze: Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 75 VwVfG Rn. 8.

2) BT-Drs. 7/910, S. 89-90.

3) BVerwG, Urt. v. 07.09.1979 - IV C 58.76, IV C 59.76-, BVerwGE 58, 281.

4) 港の拡充のための計画確定決定が問題になった事件で、陸上における施設の設置が、独自の計画策定構想を要するものであるため、計画確定に含まれる必要な後続措置に該当しないと判示した例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 19.02.2015 - 7 C 11/12 -, BVerwGE 151, 213 Rn. 31.

業案の不作为、施設の除去若しくは変更又はそれらの使用の不作为を求める請求権は排除されている」と規定する。一般に行政行為が不可争になるのは、期間の経過や既判力を有する裁判所の裁断等により、通常の法的救済(不服申立て(Widerspruch)、取消訴訟・義務付け訴訟)がもはや利用できない場合であると解されており<sup>5)</sup>、不可争性(Unanfechtbarkeit)は、行政行為が無効である場合を除いて、その適法性を考慮することなく発生する<sup>6)</sup>。計画確定決定が不可争になった後は、利害関係人は受忍を義務付けられており、事業案を害するような不作为・除去・変更請求権は排除される<sup>7)</sup>。これは排除効(Ausschlusswirkung)または受忍効(Duldungswirkung)と呼ばれている<sup>8)</sup>。ある論者は、計画が確定された事業案は原則として事後的に疑問視されうるべきでないという計画確定法に内在する計画の安定性(Planstabilität)の原理の表現であると述べ<sup>9)</sup>、計画が確定された事業案

---

5) 行政裁判所法(VwGO)74条1項2文によると、不服申立てを要しない場合、取消訴訟は行政行為の告知後1月以内に提起されなければならない、この規定は義務付け訴訟にも準用される(同条2項。なお同法58条に、教示が行われなかった場合の救済規定がある)。行政手続法70条は、正式行政手続において発出された行政行為を対象とする訴えの提起の前には前置手続における審査を要しないことを規定し、この規定は計画確定決定に適用される(同法74条1項2文)。同法70条は前置手続を排除する趣旨であり、それにもかかわらず提起された不服申立ては不適法である(vgl. Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 70 VwVfG Rn. 4)。

6) Vgl. Kryill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 43 VwVfG Rn. 23. 行政行為の不可争性は形式的存続力(formelle Bestandskraft)とも表現される(vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 43 Rn. 20-21)。無効の行政行為は存続力を有しえない(vgl. Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 567)。

7) Vgl. Peter Wysk, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG: Kommentar, 23. Aufl. 2022, § 75 Rn. 1. 事業案の実施のために法律上必要とされる自然保護措置(原告の所有地での植樹)についても受忍義務が及ぶことを示した連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 19.12.2007 - 9 A 22/06 -, BVerwGE 130, 138 Rn. 14.

8) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 38; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 58; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 29.

9) Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 1.

に第三者の事後的な要求および攻撃に対する必要な存続保護（Bestandschutz）が与えられることになる、相当な費用と結びつけられている施設の設置が計画確定の後で再び疑問視されないということが公益上も確保されるべきである、それゆえに計画策定に結び付けられている可能性のあるすべての紛争が常に既に計画確定手続において克服されなければならないと説明している<sup>10)</sup>。同法75条は計画許可（Plangenehmigung）には適用されるが<sup>11)</sup>、他の許可手続には適用できず、類推適用することもできない<sup>12)</sup>。

同法の政府案理由書は、「事業案の不作为又は不可争的に確定された計画に対応する施設の除去及び変更を求める請求権が排除されているということは、計画確定の法形成的効果に対応する」と述べている<sup>13)</sup>。学説においても、形成効と不作为・除去・変更請求権の排除が結びついていることが指摘されている<sup>14)</sup>。公法上の不作为請求権等は形成効によって排除されることも考えられる<sup>15)</sup>。そうであるとする、同法75条2項1文は私法上の

---

10) Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 37. 行政手続法74条2項2文は、計画確定庁が他人の権利への不利益な作用を回避するために必要な施設の設置・維持等を事業案の主体に命じなければならないことを規定しており、計画確定の時点で不利益な作用の回避のための対策が定められていなければならない（後記Ⅱ 1（3））。

11) 行政手続法74条6項は、他人の権利が害されない等、各号の要件が充足される場合に計画確定決定の代わりに計画許可を与えることができること（1文）、計画許可は計画確定の法効果を有すること、計画確定手続に関する規定は原則的に適用されないこと（2文）等を定めている。

12) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 7; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 6; Jan Ziekow, VwVfG: Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 75 Rn. 2.

13) BT-Drs. 7/910. S. 90.

14) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 17; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 58; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 29.

15) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 18a; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 27. 公的施設に起因する騒音の防止を目的とする公法上の不作为請求権については、湊二郎「ドイツにおける単純行政活動に対する不作为訴訟」立命356号（2014年）55頁以下参照。

請求権を排除する点に意義があるとみることもできる<sup>16)</sup>。しかしこの規定は文言上、公法上の請求権と私法上の請求権を区別していない。学説においては、同法75条2項1文が公法上および私法上の不作為・除去・変更請求権を排除すると解する説が多い<sup>17)</sup>。形成効は計画確定決定が不可争になったことを要件としないが<sup>18)</sup>、同法75条2項1文による排除効は計画確定決定が不可争になったときに発生する<sup>19)</sup>。不可争性は個別的に生じるので、個々の利害関係人について別々に認定されなければならない<sup>20)</sup>。

連邦イミシオン防止法 (BImSchG) には、ある土地から近隣の土地への不利益な影響を防除するための「特別な権原 (Titel) に基づかない私法上の請求権」を根拠として、その許可が不可争である施設の操業の停止を求めることができなとする規定がある (14条1文前段)<sup>21)</sup>。特別な私法上の権原に基づく請求権は排除されないということであるが、行政手続法75条

---

16) 私法上の請求権を排除する効果は私権形成的 (privatrechtsgestaltend) 効果と呼ばれることがある。Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 38; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 61; BVerwG, Urt. v. 21.05.1997 - 11 C 1/96 -, BVerwGE 105, 6 (12).

17) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 38; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 61-62; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 29; Kerstin Brandt, Präklusion im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1997, 233 (236).

18) 形成効は計画確定決定の送達によって発生する。Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 18a; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 28.

19) 計画確定決定が不可争になるまでは形成効によって公法上の不作為請求権等が排除され (ただしもちろん取消訴訟で争うことはできる)、計画確定決定が不可争になった後は行政手続法75条2項の問題になると解することが考えられる。Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 28.

20) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 39; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 32. ある原告が取消訴訟で勝訴した場合でも、他の利害関係人に対しては不可争な計画確定決定が存在しうが、計画確定決定が全体として取り消されると、事業案が許容されないことが一般的に確定されると説明するものとして、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 59.

21) 連邦イミシオン防止法14条については、湊二郎「差止請求と行政手続——請求権排除 (Anspruchspräklusion) の法構造」鹿法39巻2号 (2005年) 76頁以下参照。

2項1文に関しても、債務法上の合意に基づいて事業案の主体に対して存在する請求権ないし契約上の請求権は排除されないと解されている<sup>22)</sup>。他方で連邦イミシオン防止法14条は、許可が不可争である場合に、不利益な作用を排除する予防措置ないしは損害賠償を求めることができることを規定しているところ（1文後段・2文）、計画確定決定が不可争になった後でも私法上の予防措置や補償を求める請求権を主張することができるかという問題がある<sup>23)</sup>。予防措置を求める請求権は、それが施設の変更に該当する限りで行政手続法75条2項1文により排除されるとも考えられるが、この規定は文言上、補償請求権を排除してはいない<sup>24)</sup>。他方、事業案の主体が計画確定決定の「外」で行う措置に受忍効は及ばず、計画確定決定に対応しない施設等について不作為・除去・変更請求権は排除されない<sup>25)</sup>。

### 3 部門計画法律の規定

連邦遠距離道路法は、2006年の改正以降、17c条において、計画確定お

---

22) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 38; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 62; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 30.

23) 航空交通法11条は、飛行場について連邦イミシオン防止法14条を準用することを定めており、少なくともその限りで私法上の予防措置を求める請求権が認められるとも考えられる。Vgl. Hans-Peter Michler, Die Duldungswirkung der Planfeststellung, in: Klaus Grupp/Michael Ronellenfisch (Hrsg.), Planung – Recht – Reschtsschutz: Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag, 1999, S. 360, 369.

24) 私法上の予防措置や補償を求める請求権は、計画確定決定が明示的に認めていない限り排除されていると主張する説として、vgl. Markus Deutsch, in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechritz (Hrsg.), VwVfG: Großkommentar, 2. Aufl. 2019, § 75 Rn. 98. 連邦通常裁判所は、例外的に私法上の補償請求権を主張することができる場合があることを認めている（後記II 3(2)）。

25) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 62; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 30. 計画確定決定に含まれない、道路建設庁の第三者の権利への侵害に対して、当該第三者には公法上の防除請求権が認められると判示した連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 21.09.1984 – 4 C 51/80 –, NJW 1985, 1481 (1481).

よび計画許可の法効果について定めている<sup>26)</sup>。同法17c条によると、計画確定および計画許可の法効果については同条各号の基準で行政手続法75条が妥当するものとされ、連邦遠距離道路法17c条各号には、行政手続法75条1項・2項に関しては特別の定めはない。したがって、連邦遠距離道路法の規定による計画確定決定については、行政手続法75条1項・2項1文に定められている法効果が認められると解される。一般鉄道法18c条、連邦水路法(WaStrG)14c条、エネルギー経済法(EnWG)43c条、リニアモーター鉄道計画策定法(MBPlG)2b条、旅客運送法(PBefG)29条4項も同様の規定である<sup>27)</sup>。

航空交通法は、2013年の改正以降、8条1項において、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条までが妥当することを定めており(2016年改正前の航空交通法8条1項5文、改正後の同法8条1項10文)、航空交通法9条1項は、同法27d条1項等による連邦交通省の決定(飛行安全の確保に関する決定)および建設法に基づく建築許可庁の決定には行政手続法75条1項が妥当しないことを定めている<sup>28)</sup>。航空交通法9条1項に定められた例外を除いて、同法による計画確定決定には、行政手続法

---

26) 1953年制定時の連邦遠距離道路法17条には、計画確定はその他の法規定により必要なすべての公法上の許認可を代替する(1項2文)、それによって道路建設責任(Straßenbaulast)の主体と計画によって影響を受ける者の間のすべての公法上の関係は法形成的に規律される(1項3文)、計画が確定力をもって(rechtskräftig)確定された場合、確定された施設に対する除去・変更請求権は排除されている(6項)という規定が置かれていた。当時の同法17条6項については、湊・前掲注(21)84頁以下も参照。

27) 連邦水路法には、連邦水路の拡充または新設が公共の福祉に奉仕し、確定された計画が不可争である場合に、確定された計画の主体に対する保護施設(Schutzeinrichtungen)の設置や損害賠償を求める請求権をも排除する規定がある(21条1項)。1968年制定時の同法21条3項2文は、不可争になった計画確定決定が保護施設の設置、補償または損害賠償を求める請求権を原則的に排除することを定めていた。

28) 建築許可は航空交通法の規定による計画確定の集中効に含まれない(vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 13b)。航空交通法上の計画確定以外の場合には、許可効が建築許可を含むと説明するものとして、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 7 Fn. 4。

75条1項・2項1文に定められている法効果が認められる<sup>29)</sup>。

#### 4 計画確定決定の失効

行政手続法75条4項1文は、不可争性の発生後5年以内に計画の実施が開始されない場合、計画が失効することを定めている<sup>30)</sup>。この場合、計画確定決定は法律により（行政行為を要することなく）失効する<sup>31)</sup>。計画によって影響を受ける第三者は計画確定庁に対して確認訴訟を提起して、計画確定決定の失効の確認を求めることができる<sup>32)</sup>。連邦遠距離道路法17c条1号は、不可争性の発生後10年以内に計画の実施が開始されない場合には計画が失効することを定めるとともに、事業案の主体があらかじめ申立てをした場合に計画確定庁は期間を最大で5年延長できることを定めている<sup>33)</sup>。一般鉄道法18c条1号、連邦水路法14c条1号、エネルギー経済法

---

29) 2013年改正前の航空交通法9条には、計画確定はその他の法規定により必要なすべての公法上の許認可を代替する（1項1文）、それによって事業主と計画によって影響を受ける者の間のすべての公法上の関係は法形成的に規律される（1項2文）、計画が確定力をもって確定された場合、確定された施設に対する除去・変更請求権は排除されている（3項）という規定が置かれていた。同年の法改正に関する立法資料では、当時の航空交通法9条1項1文・2文および3項を削除する理由として、これらの規律が既に行政手続法75条1項および2項1文に含まれていることが指摘されている。Vgl. BT-Drs. 17/9666, S. 28-29.

30) 同法の政府案理由書では、ある事業案について計画が確定されたにもかかわらず、すぐに実施が続かない場合には、計画により影響を受ける土地について売却や賃貸の際の困難等の間接的な不利益が生じることが指摘されている。Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 90.

31) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 60. すべての権利者との関係において不可争性が発生していることが必要であると主張する説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 61; vgl. auch Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 94.

32) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 98; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 101.

33) 2006年改正前の連邦遠距離道路法17条7項1文は、不可争性の発生後5年以内に計画の実施が開始されない場合には計画が失効することを定めるとともに、道路建設責任の主体があらかじめ申立てをした場合に計画確定庁は期間を最大で5年延長できることを定めていた。10年以上もの間不確実な状態に置かれるというのは土地所有者にとって受忍できないと主張する説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 62a.

43c条1号, リニアモーター鉄道計画策定法2b条1号, 航空交通法9条3項も同内容の規定である<sup>34)</sup>。

2013年の改正で追加された行政手続法75条4項2文は, 計画の実施の開始に該当するのは, 計画に従った事業案の実現のための, 僅少 (geringfügig) にすぎないとはいえない意味を有する, 最初に外観上認識可能なすべての活動であること (前段), 実施の開始は後で事業案の実現が中断しても影響を受けないこと (後段) を定めている<sup>35)</sup>。他方で同法77条1文は, その実施が開始された事業案が最終的に放棄される場合, 計画確定庁は計画確定決定を取り消さなければならないことを定めている。事業案の実現が中断されただけでは計画確定決定は失効しないが, 事業案が最終的に放棄される場合には, 計画確定決定は計画確定庁によって取り消され, 失効することになる<sup>36)</sup>。

---

34) バイエルン州行政手続法75条4項1文は, 不可争性の発生後5年以内に計画の実施が開始されない場合, 計画が失効することを定めるとともに, あらかじめ計画確定庁が最大で5年間延長するときには例外を認めている。

35) 2013年の改正前においては, 連邦遠距離道路法17c条4号や一般鉄道法18c条4号, 連邦水路法14c条4号, エネルギー経済法43c条4号等に同内容の規定が置かれていた。道路建設事業案の実現に必要な土地の約3分の1が取得された事案で, 計画の実施の開始があったことを認めた判例として, vgl. BVerwG, Urt. v. 21.10.2009-9 C 9/08-, BVerwGE 135, 110 Rn. 15.

36) 立法資料では, 行政手続法75条4項2文の追加は「疑義を除去するため」であることが示されるとともに, 事業案の一時的な中断と最終的な放棄は区別されなければならないことが指摘されている (vgl. BT-Drs. 17/9666, S. 20)。2013年の改正前において, 計画確定決定の実現が一部に限って行われていない事案で, 計画の実施が最終的に放棄されたことを否定した判例として, vgl. BVerwG, 18.03.2009-9 A 39/07-, BVerwGE 133, 239 Rn. 141.

## II 事後的命令と補償

### 1 条文構造

#### (1) 行政手続法75条2項2文～5文

行政手続法75条2項2文は、「事業案又は確定された計画に対応する施設の、ある他人の権利への予見不可能な作用が計画の不可争性の後で初めて発生する場合、利害関係人は、不利益な作用を排除する予防措置又は施設の設置及び維持を求めることができる」と規定している<sup>37)</sup>。同法75条2項1文によって不作為・除去・変更請求権が排除される一方で、同法75条2項2文で利害関係人に特別な請求権が付与される構造になっている<sup>38)</sup>。ある論者は、受忍効の例外を含むものであると述べ、存続力の苛酷さと、事後的に変化する状況のリスクが緩和されると評している<sup>39)</sup>。不可争性に加えて作用の予見不可能性が請求権の成立要件とされているのが特徴である。予見可能な不利益作用については計画確定の時点で事業案の主体に予防措置等が命じられなければならない（後記II 1(3)）。

行政手続法75条2項3文は、同法75条2項2文による予防措置等が、計画確定庁の決定によって事業案の主体に命じられなければならないことを規定している。これは事後的命令と呼ばれることがある<sup>40)</sup>。したがって同

---

37) 行政手続法の政府案理由書では、当時の連邦水路法22条2項における規律にならったものであることが指摘されている（vgl. BT-Drs. 7/910, S. 90）。1968年制定時の同法22条2項1文は、当事者が不利益な作用を予見できなかった場合には、事後的に負担（Auflagen）が付されることを求めることができることを定めていた。

38) 行政手続法75条2項2文（から5文まで）は「調整効（Ausgleichswirkung）」と呼ばれることがある。Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 3; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 8; Ziekow (Fn. 12), § 75 Rn. 3.

39) Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 63. 1990年改正前の連邦遠距離道路法17条6項2文（後記II 1(4)）によって計画確定決定の存続力の苛酷さが減らされることを指摘した判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 01.07.1988 - 4 C 49/86 -, BVerwGE 80, 7 (10).

40) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 40; Neumann/Külpmann, in: ↗

法75条2項2文の利害関係人は、計画確定庁が事業案の主体に対して事後的命令を発することを求める請求権を有するといえる<sup>41)</sup>。同法75条2項3文の決定は行政行為であり、計画確定決定ではないが、当初の計画確定決定を補完してこれと法的に一体となる<sup>42)</sup>。事後的命令を求める訴えは義務付け訴訟である<sup>43)</sup>。

行政手続法75条2項4文は、「そのような予防措置又は施設が実行不可能である又は事業案と両立し得ない場合には、請求権は金銭における相当な補償に向けられる」と規定する。この場合、予防措置等に関する請求権は、金銭補償を求める請求権に置きかえられる<sup>44)</sup>。実行不可能性および事業案との両立不可能性の要件は、同法74条2項3文による補償の場合と共通している(後記Ⅱ1(3))。同法75条2項4文の補償に関しても、同法75条2項3文により、計画確定庁が決定しなければならないと解されている<sup>45)</sup>。したがって、同法75条2項4文による補償を求める訴えの形式も義務付け訴訟となる。

---

↘ Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 63. 行政手続法の政府案理由書では、当時の連邦水路法22条2項と同様に、事後的負担の語が用いられている (vgl. BT-Drs. 7/910, S. 90)。

41) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 55; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 68; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 3.

42) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 91; Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 58. それに対して、実質的には計画確定決定の変更が問題になっていると主張する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 87.

43) 計画確定決定を争う場合に前置手続は不要であるが(行政手続法74条1項2文、70条1項)、同法75条2項3文による決定についても前置手続を不要とする説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 91. 必要説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 59.

44) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 78; Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 43.

45) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 40; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 91; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 85.

行政手続法75条2項5文は、計画確定手続の終結後に近隣の土地で変化が起きたために同法75条2項2文の意味における予防措置または施設が必要になる場合、これによって生じた費用は、その変化が自然現象またはより高い力（höhere Gewalt）によって惹起されたときを除いて、近隣の土地の所有者が負担しなければならないこと（前段）、同法75条2項4文は適用されないこと（後段）を定めている<sup>46)</sup>。近隣の土地における変化が自然現象またはより高い力によって惹起された場合でも、同法75条2項4文が適用されないため、補償は認められないと解する説が多い<sup>47)</sup>。同法75条2項5文により土地所有者が費用を負担しなければならない場合、計画確定庁は同法75条2項3文による決定で、事業案の主体に予防措置等を義務付けるとともに、土地所有者が事業案の主体に費用を支払うよう命じる<sup>48)</sup>。この決定は行政訴訟の方法で争うことができる。

## （２）行政手続法75条3項

行政手続法75条3項は、予防措置等に関する請求権を主張する場合の手続について定めている。これによると、①同法75条2項2文および4文による請求権を主張する申立ては、計画確定庁に対して書面でなされなければならない（同法75条3項1文）、②申立ては、不可争的に確定された計画に対応する事業案または施設の不利益な作用を利害関係人が知った時点から3年以内に限り許され（同法75条3項2文前段）、③計画に対応する状態

---

46) より高い力とは、利害関係人の領域外の出来事であって、予見不可能であり、その発生またはその結果を最大の注意によって自ら回避することができないものとされる。Vgl. Dieter Kallerhoff/Barbara Stamm, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 32 Rn. 41.

47) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 52a; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 79; Ziekow (Fn. 12), § 75 Rn. 39. 反対説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 80.

48) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 82; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 80. 事業案の主体が計画確定庁に申立てをすることを想定している説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 53.

の成立後30年が経過すると申立てはできない(同法75条3項2文後段)<sup>49)</sup>。事後的命令を求める場合も補償を求める場合も同じ手続になっている<sup>50)</sup>。事後的命令および補償に関する手続は計画確定手続ではなく、計画確定手続の外にある手続である<sup>51)</sup>。

前記②の期間について、連邦行政裁判所2003年10月10日決定<sup>52)</sup>は、憲法上の疑義はないと述べている。この決定は、法律が期間の経過に、裁判所はもはや主張された請求権に関して裁断してはならないという法効果を結びつけることは、原則的に基本法(GG)19条4項と両立しうる<sup>53)</sup>、それは法治国の本質的な要素である法的安定性の理由から正当化されると述べるとともに、3年間の期間が短すぎるとはいえず、利害関係人には、被害を甘受することを欲しない場合には行政手続法75条3項1文に定められた方法でその請求権を行政庁に対して主張する十分な時間が与えられていることを指摘している。

前記③の期間に関して、道路法上の計画確定の実務では騒音の予測は通常約10年から15年の期間について行われているところ、連邦行政裁判所

---

49) 同法の政府案理由書は、当時の連邦水路法22条3項に対応して請求権の時間的な制限を定めた旨説明している(vgl. BT-Drs. 7/910, S. 90)。1968年制定時の連邦水路法22条3項は、申立ては当事者が不利益な作用を知った時点から3年以内に限り許され、計画に対応した状態の成立後30年が経過したときには不可能であることを定めていた。

50) 事後的命令を求める申立てがされた場合において、予防措置が実行不可能であることが判明したときには、計画確定庁は補償請求権を認めなければならないと主張する説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 55. 同法75条2項5文による請求権についても申立要件が妥当することを指摘する説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 84.

51) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 91. 計画確定手続または計画許可手続に関わる紛争について上級行政裁判所や連邦行政裁判所が第1審として裁断することが定められている場合でも(行政裁判所法48条, 50条), 事後的命令および補償に関する紛争については行政裁判所が第1審となる(vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.05.2000 - 11 A 6/99 -, NVwZ 2000, 1168 (1169)).

52) BVerwG, Beschl. v. 10.10.2003 - 4 B 83/03 -, NVwZ 2004, 97.

53) 基本法19条4項1文は、「いかなる者も公権力によってその権利を侵害される場合、彼には出訴の途(Rechtsweg)が開かれている」と規定する。

2007年3月7日判決<sup>54)</sup>は、道路建設事業案の予見不可能な作用を理由とする事後的命令を求める請求権は原則的に行政手続法75条3項2文後段で定められた30年の期間全体について存在すると判示し、計画確定決定の騒音の予測が許容される方法でより短い期間を基礎としていることによって請求権は排除されず、法律で30年と定められた期間は短縮されないと述べている。30年の期間が利害関係人の保護に資する側面もあるということである。他方で学説においては、生命・健康等に対する有害な影響が30年の期間の経過後に認識可能になる事例が考えられるため、30年の期間は憲法上問題ないとはいえないと主張する説もある<sup>55)</sup>。

### （3）行政手続法74条2項2文・3文との関係

計画確定決定（および計画許可）について定める行政手続法74条は、2項において、①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（2文）、②そのような予防措置または施設が実行不可能であるまたは事業案と両立しえない場合には、利害関係人は金銭における相当な補償を求める請求権を有すること（3文）を定めている。これらの規定は、1976年の同法制定以来改正されていない。①は、保護負担（Schutzauflage）ないしは保護措置命令と呼ばれることがある<sup>56)</sup>。①について、同法の政府案理由書は、対立する利益を調整するための計画確定庁の最も重要な手段であり、事業案に関わる公的・私

---

54) BVerwG, Urt. v. 07.03.2007 - 9 C 2/06 -, BVerwGE 128, 177.

55) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 56. 前掲連邦行政裁判所2003年10月10日決定は、前記③の期間の修正が必要かつ許容されるか否かについては結論を留保している (vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.10.2003 - 4 B 83/03 -, NVwZ 2004, 97 (97)).

56) 保護負担の語を用いる説として, vgl. Alexander Schink, in: Hans Joachim Knack/Hans-Günter Henneke, VwVfG: Kommentar, 11. Aufl. 2020, § 75 Rn. 61. 保護措置命令は計画確定決定の構成要素であり, その法的性格は通常は負担であるが, 事業案の許可を内容的に制限することも許されると説明するものとして, vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 168.

的利益を衡量すると事業案が拒否される結果となりうる場合でも、計画確定庁が事業案の主体に義務を課すことによってこれらの利益の考慮を確保したうえで事業案を許容するという結論に到達することがあることを指摘している<sup>57)</sup>。前記②の補償請求権の成立要件である実行不可能性の要件および事業案との両立不可能性の要件は、同法75条2項4文に定める要件と同じである。

行政統法74条2項2文と同法75条2項2文の関係について、前掲連邦行政裁判所2007年3月7日判決は、事業案に関わる公的・私的利益を包括的に衡量するという要請は、計画事業案によってその周辺に投げかけられる、意味のある問題が克服されなければならないという問題克服の原則を含んでおり、同法74条2項2文はこの原則の現れであること、この規定により計画確定庁が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等を命じることは、もちろんこの作用が予見可能である場合に限り可能であること、この意味において予見可能であるとして考慮されなければならないものは、連邦遠距離道路法17条1項2文により要請される衡量の対象であること<sup>58)</sup>、それに対して行政手続法75条2項2文は予見可能ではない作用を対象にすることを意図していることを指摘している。予見可能な不利益作用については計画確定に当たっての衡量において考慮されなければならないが、同法74条2項2文により克服されなければならないが、予見不可能な不利益作用については同法75条2項2文により対処すべきことになる。予見可能な不利益作用が計画確定決定において考慮されていない場合、利害関係人としては、計画

---

57) BT-Drs. 7/910, S. 89. 計画策定に当たっては公的・私的利益が相互に適正に衡量されなければならないという要請(衡量要請(Abwägungsgebot))については、湊二郎「計画確定決定の衡量統制に関する一考察——衡量の瑕疵とその有意性(1)」立命385号(2019年)6頁以下参照。

58) この事件では1976年の計画確定決定(1979年の変更計画確定決定により変更)が問題になっていたところ、1990年改正前の連邦遠距離道路法17条1項2文は、「計画確定に当たっては事業案に関わる公的及び私的利益が衡量されなければならない」と規定していた。

確定決定が不可争になるまでに出訴して争わなければならない<sup>59)</sup>。

#### （4）部門計画法律等の規定

1990年改正前（1974年改正後）の連邦遠距離道路法17条には、①計画確定決定においては道路建設責任の主体に公共の福祉のためにまたは危険、著しい不利益もしくは著しい迷惑に対する近隣の土地の利用の保全のために必要な施設の設置および維持が命じられなければならない（4項1文）、②そのような施設が事業案と両立しえないまたはそれらの費用が追求される保護目的と均衡を欠いている場合には、利害関係人は道路建設責任の主体に金銭における相当な補償を求める請求権を有する（4項2文）、③事業案または確定された計画に対応する施設の予見不可能な作用が計画の不可争性の後で発生する場合、利害関係人は近隣の土地への同条4項による不利益な作用の回避のために必要な施設の設置および維持を求めることができる（6項2文）、④そのような施設が事業案と両立しえないまたはそれらの費用が追求される保護目的と均衡を欠いている場合には、利害関係人は道路建設責任の主体に金銭における相当な補償を求める請求権を有する（6項4文）といった規定が置かれていた。これらの規定は1990年の改正で削除され、この改正に関する立法資料では、州の行政手続法に同内容の規律が含まれていることが指摘されている<sup>60)</sup>。計画確定庁が州の行政庁である場合、州の行政手続法の規定が適用される余地があるところ<sup>61)</sup>、

---

59) 予見可能な作用の事例においては、利害関係人は出訴期間内に計画確定決定を争い、この手続において衡量の瑕疵を主張しなければならないと述べた連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.01.2019 - 4 B 9/17 -, juris Rn. 25. 計画確定決定が必要な保護負担を欠いている場合の訴訟については、湊二郎「計画確定決定と計画補完・補完手続（1）」立命391号（2020年）76頁以下を参照。

60) BT-Dr. 11/4310, S. 96.

61) 行政手続法1条3項によると、州によって連邦法が執行される場合で、行政庁の公法上の行政活動が州の行政手続法によって規律されているときは、連邦の行政手続法は適用されない。他方、連邦遠距離道路法17条では、2006年の改正以降、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、州の行政手続法で

各州の行政手続法には、行政手続法74条2項2文・3文および75条2項・3項との関係では、同内容の規定が置かれていることが多い<sup>62)</sup>。

2006年改正後の一般鉄道法では、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が明記される一方(2018年改正前の一般鉄道法18条3文、改正後の同法18条1項3文)、行政手続法74条2項2文・3文および75条2項・3項に関しては特別の定めは置かれていない<sup>63)</sup>。2013年改正前の航空交通法9条2項は、計画確定決定においては事業主に公共の福祉のためにまたは危険もしくは不利益に対する近隣の土地の利用の保全のために必要な施設の設置および維持が命じられなければならないことを定めていたが、この規定は同年の改正で削除された。立法資料では、当時の同法9条2項で規律される義務は既に行政手続法74条2項2文から生じるので、当該規定が削除されることが指摘されている<sup>64)</sup>。

2007年改正後の航空機騒音防止法(FluLärmG)は、飛行場の施設または事業における変更が飛行場の周辺における騒音の負荷の本質的な変化をもたらす場合には、騒音防止区域を新たに指定しなければならないこと(4条5項1文)、騒音防止区域の指定後遅くとも10年経過後に、騒音の負荷が本質的に変化したか否かまたは次の10年以内に本質的に変化することが予測されるか否かを審査しなければならないこと(4条6項1文)を定めて

---

↘ 手続が規律されている限りでこの基準が準用されることが定められている(行政手続法72条から78条までを除いて州法の適用があるという解釈を示す判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 23.06.2020 - 9 A 22/19 -, BVerwGE 168, 368 Rn. 23)。

62) Vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 74 Rn. 3, § 75 Rn. 6; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 283, § 75 Rn. 99.

63) 行政手続法74条の適用について定める連邦水路法14b条には、2013年の改正以降、水位が変更されることまたは許可もしくはその他の権限に基づく水域の利用が害されることによって著しい不利益が予測される場合にも、計画確定庁は事業案の主体に予防措置または施設の設置および維持を命じることができるとする規定が置かれている(1号)。行政手続法75条2項2文~5文が連邦水路法にも適用可能であると主張する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 64.

64) BT-Drs. 17/9666, S. 29.

いる。連邦行政裁判所2020年2月5日決定<sup>65)</sup>は、同法は特別の定めとして一般的な計画確定法に優先し、行政手続法75条2項2文と同内容の規定であるヘッセン州行政手続法75条2項2文の適用を排除すると述べている。

## 2 事後的命令を求める請求権

### (1) 計画確定決定の不可争性、他人の権利への作用

行政手続法75条2項2文は、「事業案又は確定された計画に対応する施設の、ある他人の権利への予見不可能な作用が計画の不可争性の後で初めて発生する場合」に、利害関係人が予防措置等を求めることができることを規定している。既述の通り、計画確定決定が不可争になった後における不作為・変更・除去請求権の排除（同法75条2項1文）は、確定された計画に対応しない施設には及ばず、計画確定決定の不可争性は利害関係人ごとに判断される（前記I2）。確定された計画に対応しない施設については不作為・変更・除去請求権による対処が可能であり、計画確定決定が不可争になっていない利害関係人との関係では、同法75条2項2文による請求権は生じない<sup>66)</sup>。

事後的命令を求める請求権の成立要件の1つは「ある他人の権利」への作用であり、そのような「権利」の主体である「他人」が、請求権の主体である利害関係人に当たる<sup>67)</sup>。自己の権利に影響を受ける市民が典型例である<sup>68)</sup>。ここでいう権利は、同法74条2項2文にいう権利と同様に、法秩序によって保護されたすべての権利を意味し、基本法14条1項により保護

---

65) BVerwG, Beschl. v. 05.02.2020 - 4 B 32/18 -, juris.

66) 行政手続法75条2項2文との関係でも、計画確定決定の不可争性が利害関係人ごとに判断されることについては、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 44a; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 65.

67) Vgl. Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 163; vgl. auch Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 45.

68) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 66; Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 50.

された所有権のほか、基本法2条2項に基づく基本権を含む<sup>69)</sup>。市町村も事後的命令を求める請求権を有するが、市町村が公共の福祉のみを理由として事後的命令を求めることはできず、自己の権利の侵害を主張することが必要であると解されている<sup>70)</sup>(次の(2)も参照)。

## (2) 市町村による事後的命令の請求

行政手続法75条2項2文は、同法74条2項2文とは異なって、「公共の福祉のため」に予防措置等をとることについては規定していない。1990年改正前の連邦遠距離道路法17条6項2文も、同法17条4項1文とは異なって、公共の福祉のために施設を設置・維持することについては規定していなかった。市町村が同法17条6項2文による請求権を主張しうることを一般論として認めた判例として、次の判決がある。

### (a) 連邦行政裁判所1988年7月1日判決

連邦行政裁判所1988年7月1日判決<sup>71)</sup>は、原告であるニュルンベルク市が、連邦遠距離道路法の規定による、不可争になった計画確定決定の補完を求めて、被告が道路建設責任の主体に事後的な騒音防止措置の実施を命じることを請求した事件に関するものである。本判決は、計画の影響を受ける市町村が、計画高権(Planungshoheit)を保全するために、同法17条4項1文に基づく請求権を「公共の福祉のため」に主張することを認めるとともに<sup>72)</sup>、そのような市町村が同法17条6項2文による請求権を主張しう

---

69) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 36; Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 64. 基本法14条1項1文は所有権および相続権が保障されることを規定し、基本法2条2項1文は、いかなる者も生命および身体を害されないことに関する権利を有することを規定している。

70) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 67; Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 163. 環境団体が環境保護のために事後的命令を求めることも認めない説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 50.

71) BVerwG, Urt. v. 01.07.1988 - 4 C 49/86 - BVerwGE 80, 7.

72) 計画高権は、基本法28条2項1文により保障された自治行政権に含まれると解されてメ

ることも認めている。本判決は、計画の影響を受ける市民にとっても市町村にとっても利益状況は本質において同じであることを指摘して、計画策定によって影響を受ける者は、自己の計画高権に影響を受ける市町村も含めて、発生した不利益な作用が計画確定の時点において既に予見され、同法17条4項1文による請求権が問題になる場合と比較して、より不利な立場に置かれるべきではない旨述べている。

他方で本判決は、同法17条6項2文による請求権には市町村にとって3つの制限があるとして、①請求権は空間的に「近隣の土地」に制限される、②事業案の「予見不可能な作用」に係る措置のみを内容とする、③市町村の計画高権の侵害が不文の要件になると述べている。本判決は、市町村が一般的な性格のエコロジー的な作用のみを主張しようとすることは①の制限と両立しえないだろうと述べ、自然・風景保護の利益はその点で完結的に評価されていることになること、同じことは市町村の経済構造への一般的な影響にも妥当すること、他方で本件の原告は計画が確定された事業案が連邦自動車専用道路の近隣の住居地区に不利益な影響を及ぼすことを主張しているので問題はないことを指摘している。

③に関して本判決は、発生した不利益な作用が影響を受ける地区の計画変更を市町村に強制することは必要ではないが、他方で計画高権の抽象的にすぎない侵害可能性は十分ではなく、市町村がその計画高権を同法17条6項2文の意味において侵害されるのは、作用が予見可能であったとしたら、計画確定の時点で市町村のために同法17条4項1文による保護負担を命じる正当な理由（begründeter Anlaß）が存在したであろう場合である旨述べている。また本判決は、個々の近隣の土地が影響を受けるにすぎない場合には計画高権の侵害は認めがたく、そうでなければ市町村が当該土地

---

ゝいる（基本法28条2項1文は、「市町村には、地域共同体のすべての事務を法律の範囲内において自己の責任で規律する権利が保障されていなければならない」と規定する）。この点も含め、計画確定決定によって計画高権を侵害されると主張する市町村が出訴するケースについては、湊二郎「計画確定決定に対する市町村の計画高権の保護」立命393＝394号（2021年）719頁以下参照。

所有者のために訴訟を担当することになるであろう旨述べている。

行政手続法75条2項2文には「近隣の土地」という文言はないが、本判決はいずれにしても市町村が保護負担や事後的命令を求める場合には計画高権の侵害が必要であるという立場を示しており、計画高権とは無関係の公共の福祉を理由とする事後的命令は想定されていない。同法75条2項2文による予防措置等が求められる場合には、市町村の計画高権がそこでいう「ある他人の権利」に当たると解することになる。なお本判決は原告によって主張された騒音イミシオンの予見可能性および計画高権の侵害については控訴裁判所が判断すべきものとして、事件を差し戻している。

(b) 連邦行政裁判所1999年8月12日判決

連邦行政裁判所1999年8月12日判決<sup>73)</sup>は、市町村が金銭補償を求めた事件に関するものであるが、行政手続法75条2項2文と同内容の規定であるバーデン＝ヴェルテンベルク州行政手続法75条2項2文の解釈が主たる争点になっており<sup>74)</sup>、注目に値する。原告である市町村は、飲料水の供給に奉仕する泉がある土地の所有者である。当該土地は州道路L1204に接しており、この道路は1985年4月30日の計画確定決定に基づいて1985～1986年に拡充された。その際、帯水層の保護のために蛇籠(Gabionen)が用いられたが、拡充工事の終結後、泉の湧出量が約90%減少した。原告は、計画確定決定の発出時には予見不可能な不利益が発生し、被害は技術的にもはや調整不可能であるから、同法75条2項2文および4文により補償請求権を有すると主張した。被告は、同法75条2項2文は公共の福祉ではなく権利侵害を要件としており、地下水は土地所有権の構成要素ではないので基本法14条により保護された法的地位は侵害されていないと主張した。

本判決は、原告が同法75条2項2文にいう「ある他人の権利」とみなさ

---

73) BVerwG, Urt. v. 12.08.1999 - 4 C 3/98 -, NVwZ 2000, 675.

74) 連邦行政裁判所への上告ができる場合について定める行政裁判所法137条1項は、争われている判決が連邦法の違反に基づいている場合(1号)だけでなく、連邦の行政手続法と文言が一致する州の行政手続法の規定の違反に基づいている場合(2号)にも、上告を認めている。

れなければならないような法的地位を有していると述べ、そのような権利はいずれにしても、事業案の不利益な作用が予見可能であったとしたら同法74条2項2文による予防措置を求める請求権をもたらすであろう、利害関係人のすべての法的地位であることを指摘して、前掲連邦行政裁判所1988年7月1日判決の参照を指示している。続いて本判決は、基本法28条2項1文において保障された自治行政権が市町村に実体的な法的地位を与えること、公的な飲料水の供給は基本法28条2項1文の自治行政権保障の保護範囲に含まれること、市町村の自治行政権は市町村の施設の著しい侵害に対しても防除権を与えること、泉の付近の地下水への作用によっても市町村の水供給施設は侵害されることを指摘している。飲料水供給施設等の市町村の施設が侵害される場合、市町村の自治行政権ないしこれに含まれる権利への作用が問題になっているということができ、行政手続法75条2項2文による請求権が成立するということである<sup>75)</sup>。なお本判決は、結論的に原告が相当な金銭補償を受け取る請求権を有することを認めている。

### (3) 不利益な作用の発生

行政手続法75条2項2文は、請求権の成立要件としては、事業案または確定された計画に対応する施設の「作用」が発生することを定めているが<sup>76)</sup>、求められる予防措置等は「不利益な作用」を排除するものであるこ

---

75) 行政手続法74条2項2文にいう他人の権利に市町村の所有権および施設が含まれることを指摘する説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 171. 水供給等の市町村の施設が影響を受ける場合に市町村の任務が侵害されうるとを指摘する説として、vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 66.

76) 作用と事業案ないし確定された計画に対応する施設との間には相当因果関係が必要とされる (vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 69; Ziekow (Fn. 12), § 75 Rn. 31)。前掲連邦行政裁判所1999年8月12日判決の事案では、道路の拡充が原因で泉の湧出量が減少したことについて争いはなかった。Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.08.1999 - 4 C 3/98 -, NVwZ 2000, 675 (675).

とが規定されており、不利益な作用の発生が問題になる。請求権の成立に必要な不利益作用は、同法74条2項2文の場合と同様に、受忍不可能な(unzumutbar)ものでなければならないと解されている<sup>77)</sup>。前掲連邦行政裁判所1988年7月1日判決は、作用が予見可能であったとしたら計画確定の時点で市町村のために1990年改正前の連邦遠距離道路法17条4項1文による保護負担を命じる正当な理由が存在したであろう場合に市町村の計画高権が侵害されると述べていたところ、「連邦遠距離道路法17条4項1文の受忍限度を超える騒音イミシオンは市町村の計画高権をも侵害し得る」ことも指摘しており、騒音イミシオンに関しては受忍限度を超えるかどうかの問題になることを示している。1990年改正前の連邦遠距離道路法17条4項1文に関して、連邦行政裁判所1976年5月21日判決<sup>78)</sup>は、当時の連邦イミシオン防止法1条の意味において「著しい」程度に達しない不利益な影響は考慮されないこと<sup>79)</sup>、不利益な作用の著しさは受忍可能性によって定められること、ここでいう受忍限度は基本法14条による所有権保護が要求する取用法上の受忍限度と同じではなく、その前段階にあることを指摘している。

前掲連邦行政裁判所2007年3月7日判決は、1976年の計画確定決定を根拠として建設された連邦道路B202について、市町村を含む付近の土地所有者らが、自動車交通量の増加に伴う交通騒音の防止措置の事後的命令を

---

77) Vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 75 Rn. 75; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 68. 前掲連邦行政裁判所1999年8月12日判決は、不利益な作用の僅少性のゆえに市町村の施設の保護のための予防措置が行政手続法74条2項2文の意味において必要でない事例があることを指摘するとともに、いつ予防措置が必要であるかはその時その時の特別な状況に依存し、一般的に記述することはできないと述べている (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.08.1999 - 4 C 3/98 -, NVwZ 2000, 675 (676))。

78) BVerwG, Urt. v. 21.05.1976 - IV C 80/74 -, BVerwGE 51, 15.

79) 1974年制定時の連邦イミシオン防止法1条は、同法の目的として、人間・動植物その他の物を、要許可施設が問題になる限りで有害な環境影響から保護し、その他の方法で惹起される「危険、著しい不利益及び著しい迷惑」からも保護すること等を規定していた。

求めた事件に関するものである。本判決は、行政手続法75条2項2文の意味における予見不可能な不利益作用は、騒音の影響が著しく増加する場合にはじめて存在すると述べ、第16連邦イミシオン防止令（交通騒音防止令）における命令制定者の評価に従って、交通騒音の評価レベル（Beurteilungspegel）が少なくとも3デシベル高まる必要があること<sup>80)</sup>、3デシベルを下回る騒音の増加は、例外的に、評価レベルが収用法上の受忍限度を超える場合には著しいといえること、収用法上の受忍限度は住居地域ではおおそ日中70デシベル夜間60デシベル以上であるが、固定的に定められてはならないことを指摘している。収用法上の受忍限度は憲法上の受忍限度といえるところ、これが問題になるのは例外であり、通常は連邦イミシオン防止法等の法令の定めに基づいて設定される受忍限度を超えるか否かが問われることになる<sup>81)</sup>。本判決は、原告らの控訴を退けた上級行政裁判所の決定を破棄して事件を差し戻している。事後的命令を求める請求権の成立可能性は否定されていないが、行政手続法75条2項4文にいう予防措置が実行不可能な場合または道路建設事業案と両立しえない場合に該当する可能性も示唆されている。

不利益が受忍限度を超えるかどうかとは別の観点から、事後的命令の必要性が否定される場合もある。連邦行政裁判所2011年10月19日決定<sup>82)</sup>は、私人である原告の住宅が計画確定決定の時点から長期間経過した後で計画され設置された事件で、行政手続法75条2項2文による事後的な騒音防止を求める請求権は、不可争になった計画確定決定の発出時に存在しておら

---

80) 交通騒音防止令は連邦イミシオン防止法の授権に基づく連邦政府の命令（法規命令）である。同令1条1項は、公の道路・鉄道等の建設や本質的な変更と同令が妥当することを規定し、同令1条2項1文は、変更が本質的である場合として、変更される交通路から生ずる交通騒音の評価レベルが少なくとも3デシベル高まる場合を挙げている（2号）。

81) Vgl. Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 66; Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 158; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 68.

82) BVerwG, Beschl. v. 19.10.2011 - 9 B 9/11 -, NVwZ 2012, 46.

ず計画上固まっていた (verfestigt) ともいえないような建築施設については認められないと判示している。本決定は、前掲連邦裁判所1988年7月1日判決および2007年3月7日判決の参照を指示して、事後的に発生した作用が予見可能であったとしたら保護負担を求める請求権が成立するような場合に限り事後的命令を求める請求権が成立すること、計画確定決定において判断されなければならない騒音に対する予防措置を求める請求権は、少なくとも計画上既に具体化された施設を前提とすることを指摘している。本決定は、同法75条2項5文にいう近隣の土地での変化は保護の対象が事後的に設置された場合を含まない旨述べ、この規定の適用も認めていない。ただし本決定は、市町村が計画高権に基づく請求権を主張する場合には異なる取扱いが妥当する可能性があることも示唆している。

#### (4) 作用の予見不可能性

事後的命令を求める請求権が成立するためには、「予見不可能」な不利益作用の発生が必要である。1990年改正前の連邦遠距離道路法17条6項2文に関して、前掲連邦行政裁判所1988年7月1日判決は、この規定は「計画確定決定の視点から〔見て〕非典型的な (atypisch) 結果」についてのみ対処しようとするものであり、「後で初めて現れる、当事者が合理的に考慮することのできなかつた事実上の展開」が問題になること、計画の影響を受ける市町村の、専門知識をもって不利益作用の発生可能性を評価することのできる (主観的な) 能力は原則的に重要ではなく、客観的な基準が妥当することを指摘している。当該事案で問題になった騒音イミシオンに関しては、計画確定庁が予測される騒音イミシオンを誤って算出したことによって予見不可能性は根拠づけられず、そのような瑕疵は計画確定決定の時点で既に存在していた瑕疵であること、むしろ例えば、通常は考慮する必要のない交通の発展があったか否かを審査しなければならないことが指摘されている。騒音防止が問題になる場合、計画確定庁の予測が誤っていることを主張するのであれば計画確定決定の取消訴訟を提起して争う

べきであるが、計画確定庁の予測に瑕疵があったとはいえないけれども受忍限度を超える騒音が発生するケースでは事後的命令の問題になる。予見不可能性については客観的な基準で判断することが示されていることもポイントである<sup>83)</sup>。

それに対して学説においては、予見不可能性をより緩やかに認めようとする見解もみられる。ある者は、平均的な認識能力を有する利害関係人の視点を基準とするべきであるという立場から、計画確定決定が基礎とした予測や鑑定の正しさを利害関係人に審査させることは期待できず、利害関係人は行政庁によってなされた予測を信頼することが原則的に許されるので、連邦行政裁判所の判例とは異なって、決定が基礎とした予測や鑑定に瑕疵があるために計画確定庁が認識しなかった作用は予見不可能であると主張している<sup>84)</sup>。基本法19条4項（権利保護保障）の観点から、疑わしい場合には予見可能性は否定されなければならない、計画の書類に十分な手がかりのないすべての被害は予見不可能であると主張する説もある<sup>85)</sup>。

前掲連邦行政裁判所1999年8月12日判決は、道路の拡充によって泉の湧出量が減少した事件で、行政手続法75条2項2文と同内容の州行政手続法75条2項2文の要件の充足を認めている。この事件では、道路の拡充に当

---

83) 空港を拡充する計画確定手続のために作成された飛行ルートとは異なる飛行ルートが後続の手続において定められた場合でも、予見不可能な作用は認められない旨述べる判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 31.07.2012 - 4 A 5000/10 -, BVerwGE 144, 1 Rn. 52.

84) Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 71; vgl. auch Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 125; Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 151. 連邦通常裁判所1984年7月12日判決は、1990年改正前（1968年制定時）の連邦水路法22条2項による事後的負担の要件充足性が問題になった事件で、不利益作用の予見不可能性については利害関係人の認識能力に着目する立場をとっていた（vgl. BGH, Urt. v. 12.07.1984 - III ZR 65/83 -, BGHZ 92, 114 (120)）。

85) Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 47b. 前掲連邦行政裁判所2007年3月7日判決は、「既に計画確定決定の予測が認識可能に（erkennbar）瑕疵を帯びていた」場合には事後的命令を求める請求権は存在しないと述べており（vgl. BVerwG, Urt. v. 07.03.2007 - 9 C 2/06 -, BVerwGE 128, 177 Rn. 27）、予測に瑕疵があることが認識不可能であった場合には事後的命令を求める請求権が成立するとも考えられる。

たって、帯水層の保護のために蛇籠が設置されていた。本判決は、被告も取水施設の保護の必要性を認識していたことを指摘したうえで、選択された保護措置が不適当な手段であったということを当事者は予見しておらず、このことは、被告が争っていないように、客観的にも予見不可能であったと述べている。保護措置が不適当であったとすると計画確定の時点で瑕疵があったとみる余地があるようにも思われるが、上記の学説の立場では、保護措置が不適当であったことが利害関係人にとっても計画確定庁にとっても認識不可能であった以上、作用の予見不可能性が認められることになる。

連邦行政裁判所2004年1月21日決定<sup>86)</sup>は、1990年9月25日の連邦法の移行(Überleitung)に関する法律の規定により計画が確定されたとみなされるベルリン・テーゲル空港について、騒音の影響を受ける土地所有者である原告らが夜間飛行の制限を求めた事件に関するものである。上級行政裁判所は、事実状況が変化した場合だけでなく、新たな科学的知見に基づいて、基準となる時点に存在した事実状況が根本的に異なって評価される場合にも、行政手続法75条2項2文の意味における事業案の予見不可能な作用が認められる旨述べるとともに、新たな知見が確立しているとはいえないとして、義務付け訴訟を退けた。本決定も、一般論として、「その有害性又は危険性が新たな科学的知見及び技術の進歩に基づいて事後的に初めて明らかになる影響も、この規定〔=同法75条2項2文〕の意味において予見不可能である」と判示したが、新たな科学的知見が事後的命令を求める請求権を根拠づけるのは、それが確立したものとみなされうる場合に限られると述べ、結論的に上級行政裁判所の判断を是認している。

#### (5) 措置の内容

行政手続法75条2項2文は、所定の要件が充足される場合に、不利益な

---

86) BVerwG, Beschl. v. 21.01.2004 - 4 B 82/03 -, NVwZ 2004, 618.

作用を排除する予防措置または施設の設置・維持を求めることができることを定めている。騒音が問題になる場合、①騒音発生源の側に防音壁・防音用堤防（Lärmschutzwall）を設置する（能動的な騒音防止）、②騒音を受ける建物の側に防音窓を設置する（受動的な騒音防止）というのが典型例である<sup>87)</sup>。どのような措置をとるかについては行政庁に選択裁量が認められるところ、連邦イミシオン防止法41条1項は、公の道路ならびに鉄道、リニアモーター鉄道および市街鉄道の建設または本質的な変更の場合には、技術の水準に照らして回避可能な、交通騒音による有害な環境影響が惹起されえないことが確保されなければならないと規定しており、この場合には能動的な騒音防止が優先すると解されている<sup>88)</sup>。

前掲連邦行政裁判所2004年1月21日決定の事案では、空港から生ずる騒音の影響を受ける土地所有者らが夜間飛行の制限を求めている。学説においては、夜間飛行制限のような事業規律的な（betriebsregelnd）措置も予防措置に含まれると解する説がみられるが<sup>89)</sup>、反対説もある<sup>90)</sup>。計画確定決定が不可争になった後ではもはや事業規律的な措置を全く求めることができないう結論は妥当ではなく、事案によってはそのような措置を求め

---

87) Vgl. Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 165; Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 89.

88) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 74; Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 167. 前掲連邦行政裁判所1988年7月1日判決の事案では、計画確定決定において道路建設責任の主体に高さ5メートルの防音用堤防の設置が命じられたところ、ニュルンベルク市は、道路の完成後に騒音被害が高まったと主張して、新たな防音用堤防の設置と既存の堤防をより高くすることを求めている（vgl. BVerwG, Urt. v. 01.07.1988 - 4 C 49/86 -, NVwZ 1989, 253 (253)）。

89) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 73; Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 91.

90) 事後的な事業規律は計画確定決定の一部取消しに相当するものであり、事業規律は保護負担の対象でも事後的命令の対象でもない旨主張する説として、vgl. Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 166. 航空交通を削減する事業規律は計画確定決定の（一部）撤回を前提とすると述べる連邦行政裁判所の決定として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 06.04.2004 - 4 B 2/04 -, juris Rn. 13.

することもできると解するべきであろう。

### 3 予防措置等に代わる金銭補償

#### (1) 補償の性格および要件

行政手続法75条2項4文は、不利益な作用を排除する予防措置または施設が実行不可能であるまたは事業案と両立しえない場合には、請求権は金銭における相当な補償に向けられることを規定する。同法75条2項2文の要件が充足されることが前提である<sup>91)</sup>。さらに同法75条2項4文に定める要件(実行不可能性の要件および事業案との両立不可能性の要件)が充足される場合、技術的・現実的な(technisch-real)措置の代わりに補償の支払いが行われる<sup>92)</sup>。実行不可能性の要件および事業案との両立不可能性の要件は、同法74条2項3文に定める補償請求権の要件と同じである。連邦行政裁判所2007年6月27日判決<sup>93)</sup>は、同法74条2項3文が「代償物の性格(Surrogatcharakter)」を有しており、その適用範囲は同法74条2項2文の規律をこえて及ばないことを指摘している。同法74条2項2文による保護負担が必要でない場合には、同法74条2項3文による補償も認められないということである。

連邦行政裁判所1998年10月27日判決<sup>94)</sup>は、行政手続法74条2項3文と同内容の規定であるチューリンゲン州行政手続法74条2項3文に関して、実行不可能であるのは、施設を設置しても有効な救済が期待できない場合のほか、事業案の主体にとって受容できないような場合、特に過剰な費用を要求するような場合である旨述べている<sup>95)</sup>。事業案と両立しえない場合に

---

91) Vgl. Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 75 VwVfG Rn. 81.

92) Vgl. Deutsch, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 24), § 75 Rn. 169; Schink, in: Knack/Henneke (Fn. 56), § 75 Rn. 136; Ziekow (Fn. 12), § 75 Rn. 36.

93) BVerwG, Urt. v. 27.06.2007 - 4 A 2004/05 -, BVerwGE 129, 83.

94) BVerwG, Urt. v. 27.10.1998 - 11 A 1/97 -, BVerwGE 107, 313.

95) Vgl. auch Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 74 Rn. 167; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 193; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1)

関しては、利害関係人の保護のために唯一適切な予防措置または施設が、事業案の目的がもはや達成できないという結果をもたらすであろう場合であると述べる説がある<sup>96)</sup>。

前掲連邦行政裁判所1999年8月12日判決の事案では、泉の湧出量を回復させることができるような事後的な予防措置は既に費用の理由から実行不可能であろうということが当事者において争われていなかった。この事件の原告は控訴審以降、具体的な金額の補償を求めず、事業案の主体が原告に相当な補償を支払わなければならないという内容で計画確定決定を補完することを求めた。本判決は、上記のような判決を求める義務付け訴訟の許容性に問題はないとして、原告が相当な補償を受け取る請求権を有することを認めている<sup>97)</sup>。

## （2）私法上の補償請求権との関係

連邦通常裁判所2015年4月23日判決<sup>98)</sup>は、行政手続法75条2項4文による補償請求権が利害関係人に認められない場合において、例外的に私法上の補償請求権（取用的侵害に基づく請求権）が認められうることを示している<sup>99)</sup>。この事件では、被告州が2001年5月28日に不可争になった計画確定決定に基づいて州道路L47のための迂回路（Ortsumgehung）を建設したところ、L47の下方にある原告の住宅について2007年2月から湿気による損

---

↘1), § 74 VwVfG Rn. 55.

96) Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 74 Rn. 167; vgl. auch Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 194; Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 1), § 74 VwVfG Rn. 55.

97) 相当な補償の額に関して、通常は交換価値の減少が算定の根拠として用いられるが、利害関係人の負荷およびその調整は経済的観点のみで評価されてはならないと主張する説として、vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 1), § 74 Rn. 197.

98) BGH, Urt. v. 23.04.2015 - III ZR 397/13 -, NVwZ 2015, 1317.

99) 取用的侵害に基づく請求権が問題になるのは、ある利害関係人にそれ自体としては適法な高権的措置が不利益をもたらし、それを彼が法的または事実的な理由から甘受しなければならぬが、その不利益が取用法上の受忍限度を超える場合であると述べる連邦通常裁判所の判例として、vgl. BGH, Urt. v. 14.03.2013 - III ZR 253/12 -, BGHZ 197, 43 Rn. 7.

害 (Feuchtigkeitsschäden) が生じた。被告州は排水に関する修繕工事を行い、2011年5月以降は大雨が降った場合でも原告の所有地に雨水の流入による被害は生じなくなった。原告はL47に関する計画策定の誤りが原因で自己の家屋敷に損害が生じたと主張して、被告州に損害賠償を求めた。

本判決はまず、計画確定決定において補償が否定される場合、利害関係人は当該行政決定を行政訴訟の方法で争うべきであり、計画確定決定が不可争になった後では、計画された事業案の取用的な作用を理由とする請求権を主張することは原則的に不可能であることを指摘する。そのうえで本判決は、行政手続法74条・75条において用意された仕組みは通常事例では第三者の所有権の十分な保護を保障し、それゆえに私法上の補償請求権を原則的に排除するものの、例外事例においてこの権利保護システムが機能しないところでは、存続力を有する計画確定決定の遮断効は妥当しえないと述べている。

控訴裁判所は、原告の所有地の上方にあるL47の区域からの水の流入による被害が行政手続法75条2項2文の意味における事業案の予見不可能な作用に当たるとを認めていたが、同法75条2項4文による補償請求権は既に発生した損害にも及ぶという立場をとっていた。それに対して本判決は、同法75条2項4文による補償が予防措置を求める請求権の代償物であること等を指摘して、同法75条2項4文にいう予防措置が実行不可能な場合には、阻止されるべき損害が既に発生してしまったためにもはや予防措置をとることができない事例は含まれないという解釈を示した。本判決は、「したがって計画確定手続及び法は、行政手続法74条2項、75条2項において、計画の不可争性の後で発生した予見不可能かつもはや保護予防措置によって阻止することのできない計画事業案による第三者の所有権の被害に関しては十分な保護を提供しない。それとともに同時に私法上の補償請求権に関して——通常事例において存在する——存続力を有する計画確定手続の遮断効のための根拠は失われる」と判示して、本件のような事例では民事裁判所で私法上の補償請求権を主張しようと述べ、事件を控訴

裁判所に差し戻している。

本判決は私法上の補償請求権のみを問題にしているが<sup>100)</sup>、私法上の予防措置を求める請求権が認められる場合もあるのではないと思われる。すなわち、通常の事例では不利益作用の防止のためには行政手続法74条2項2文および75条2項2文によるべきであるため私法上の予防措置を求める請求権は排除される。しかし、保護負担によっても事後的命令によっても制度的に救済を受けられない例外事例では、私法上の予防措置を求める請求権が成立する余地があると解することが考えられる<sup>101)</sup>。

---

100) 本判決が取用的侵害に基づく補償請求権を肯定したことは、行政裁判所が権限を有する事項に民事裁判所が干渉するものとして問題がないとはいえない旨主張する説として、vgl. Günter Krohn, Entschädigungs- und Übernahmeansprüche in der Planfeststellung nach Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl 2017, 278 (279). 私権が包括的に排除されても私人の権利の不当な縮減はもたらされないと主張する説として、vgl. Dominik Knupfer, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), VwVfG: Kommentar, Stand: August 2021, § 75 Rn. 55.

101) 行政手続法75条2項2文による請求権は、特別な規律として、予防措置を求める一般的な請求権を原則的に排除すると主張する説として、vgl. Wysk, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 75 Rn. 43. 既存の施設から生じる有害な環境影響が取用法上の受忍限度を超える場合には予防措置または補償を求める請求権が認められると主張する説として、vgl. Michler (Fn. 23), S. 379.