

建設管理計画の瑕疵と補完手続

湊 二 郎

はじめに

- 1 1997年建設法典改正以前
- 2 建設法典 215a 条（2004年改正前のもの）
- 3 建設法典214条 4 項（2004年改正後のもの）

おわりに

はじめに

ドイツの建設法典は、その 3 章 2 部 4 節「計画維持（Planerhaltung）」（214条～216条）において、建設法典の規定に対する違反が土地利用計画（Flächennutzungsplan）および建設法典の規定による条例の法的有効性にとって顧慮される（beachtlich）か否かに関する規定を置いている。土地利用計画は、「準備的な建設管理計画（Bauleitplan）」であり（建設法典 1 条 2 項）、市町村の全域について土地利用の種類を基本的特質（Grundzug）において表示するものである（建設法典 5 条 1 項 1 文）。建設法典の規定による条例の代表例は、地区詳細計画（Bebauungsplan）である⁽¹⁾。地区詳細計画は、「拘束的な建設管理計画」（建設法典 1 条 2 項）として、都市建設上の整序のための法的拘束力を有する指定（Fest-

(1) その他の例としては、建設法典16条 1 項により条例として議決される変更禁止（Veränderungssperre）や、建設法典142条による再開発条例（Sanierungssatzung）が挙げられる。

setzung)を含むものであり(建設法典8条1項),原則として土地利用計画から展開される(同条2項1文)。建設管理計画の有効性は,建築許可の取消訴訟等における前提問題として裁判所により審理されうる(付随統制(Inzidentkontrolle))⁽²⁾。建設法典の規定により発布された条例は,上級行政裁判所による規範統制(Normenkontrolle)の対象でもある(行政裁判所法47条1項1号)⁽³⁾。

建設法典214条1項1文は,建設法典の手續・形式規定の違反のうち,土地利用計画および条例の法的有効性にとって顧慮されるものを列挙しており,衡量素材の調査・評価に関する瑕疵(1号),参加についての規定の違反(2号),理由書についての規定の違反(3号),議決・認可・公示に関する瑕疵(4号)を挙げている⁽⁴⁾。同条2項は,地区詳細計画と土地利用計画の関係についての規定の違反のうち,建設管理計画の法的有効性にとって顧慮されないものを列挙している。また同条3項2文後段は,衡量過程における瑕疵は,それらが明確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⁽⁵⁾。建設法典215条1項1文は,建設法典214条1項1文1号～3号により顧慮される手續。形式規定の違反や,衡量過程における有意な瑕疵であっても,それらが土地利用計画または条

(2) Vgl. Frank Stollmann, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl., 2008, §9 Rn. 4, 6.

(3) 土地利用計画は,従来の判例においては,規範統制の対象にならないものとされていた。Vgl. BVerwG, Beschl. v. 20. 7. 1990, NVwZ 1991, 262 (262). しかし連邦行政裁判所2007年4月26日判決は,土地利用計画における風力発電施設の集中設置用地の表示が規範統制の対象になることを認めた。Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. 4. 2007, BVerwGE 128, 382 (385).

(4) 建設法典214条1項(1文1号を除く)については,拙稿「建設管理計画と手續・形式の瑕疵」近法57巻4号(2010)105頁以下参照。

(5) 建設法典214条1項1文1号および3項2文後段については,拙稿「建設管理計画の衡量統制に関する一考察——衡量過程の統制を中心に」近法57巻1号(2009)124頁以下参照。

例の公示から1年以内に書面で市町村に対して主張されなかった場合には、顧慮されなくなる旨定めている⁽⁶⁾。かつてはドイツにおいても、瑕疵ある規範は無効であると考えられていたが（これを「無効のドグマ（Nichtigkeitsdogma）」ということがある）⁽⁷⁾、少なくともこれらの規定が適用される限りにおいて、無効のドグマは妥当しない。

さらに建設法典214条4項は、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に発効させることもできる」と規定する。すなわち、土地利用計画または条例の有する瑕疵が建設法典214条1項～3項および215条1項により顧慮されるものであったとしても、当該瑕疵を補完手続によって（場合によっては遡及的に）除去することが認められている。本稿は、このような規定がいかなる経緯で設けられたのか、またそれがどのような意義を有しているのかを明らかにすることを目的とするものである⁽⁸⁾。これらの点を明らかにすることは、日本における都市計画に対する争訟のあり方を検討するに当たっても有益であると考えられる⁽⁹⁾。

(6) 建設法典215条1項については、拙稿・前掲注(4)109頁以下参照。

(7) Vgl. Fritz Ossenbühl, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805 (2806-2807). 東京高判平成21・1・29民集63巻9号2260頁（横浜市保育所条例事件控訴審）は、「本来、一般的、抽象的な内容を持ち、基本的事項を定める条例制定については、それが違法であれば当該条例は当然に無効とされるべき」と述べている。この判示は「無効のドグマ」と親和的である。

(8) 本稿に関連する先行研究として、竹之内一幸「ドイツ建設法典における計画維持手続——補完手続をめぐる問題点を中心に」武蔵野大学現代社会学部紀要5号（2004）109頁以下、高橋寿一『『計画保全規定』の意義と機能(1)（2・完）——ドイツ建設法典の都市計画策定手続と司法審査』横国14巻2号1頁以下、3号31頁以下（2005～2006）、大橋洋一『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008）57頁以下等がある。

(9) 大橋・前掲注(8)94頁は、裁判所の判決によって計画が遡及的に消滅するとすれば、「その計画を進めてきた行政担当者にとって、非常にドラスチックなインパクトを与える」ことになり、「このような計画消滅に伴うアフターケアという」

建設法典214条4項は2004年の改正で設けられた規定であるが、建設法典に補完手続が導入されたのは、1997年の改正によるものである。また瑕疵の除去についての規定は、建設法典制定以前において、その前身である連邦建設法に既に設けられていた。そこで以下ではまず、1997年の建設法典改正以前の状況を概観した上で（本稿1）、同年の改正で追加された補完手続に関する規定（建設法典215a条）の検討に移る（本稿2）。最後に、現行の建設法典214条4項をめぐる問題を取り上げる（本稿3）。なお、建設法典（および連邦建設法）の瑕疵の除去についての規定は土地利用計画と条例に適用されるものであるが、本稿は地区詳細計画以外の条例の瑕疵の除去については検討しない。その理由は、建設法典の規定による条例は多様であり、そのすべてを取り上げることが困難であるため、また他の条例に比べて地区詳細計画の有効性が争われる事件が突出して多いためである。

1 1997年建設法典改正以前

(1) 連邦建設法 155a 条 5 項（1979年改正後のもの）

(a) 1979年の連邦建設法改正

1979年の「都市建設法における手続の迅速化及び投資事業案の容易化に関する法律」による連邦建設法の改正で、同法に初めて瑕疵の除去についての規定（155a条5項）が設けられた。1979年改正後の同法155a条の見出しは「土地利用計画及び条例の策定に当たっての手続又は形式規定の違反」とされ、同条1項は、土地利用計画または同法による条例の策定に当

▽問題」が出てくると指摘している。この点に関しては、財団法人都市計画協会＝都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告書」新都市60巻9号（2006）96頁以下も参照。

たっての同法の手続・形式規定の違反は、それが土地利用計画または条例の公示から1年以内に書面で市町村に対して主張されなかった場合には顧慮されないことを定めた。同条2項は、土地利用計画または地区詳細計画の法的有効性は、建設管理計画への市民参加に関しては、同法2a条6項（縦覧）および7項（制限された参加）による手続が遵守されたか否かのみによって決定されると定めた。同法155a条3項は、同条1項は土地利用計画または条例の認可および公示についての規定の違反には妥当しないことを定め、同条4項は、土地利用計画または条例の認可の公示に当たっては手続・形式規定の違反の主張のための要件および法効果が指示されなければならないことを定めた。最後に同条5項は、「市町村が、土地利用計画若しくは条例の認可及び公示についての規定の違反から生ずる瑕疵、又はこの法律若しくは州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵を除去する場合には、市町村は土地利用計画又は条例を遡及効をもって再び発効させることができる」と規定した。

政府草案では、瑕疵の除去については、連邦建設法155a条8項として、「市町村がこの法律又は州法による手続又は形式の瑕疵を除去する場合、市町村は土地利用計画又は条例を遡及効をもって再び発効させることができる。このことは、土地利用計画及び条例が従前の内容では再び議決され得ないであろうときには、妥当しない」という規定を置くことが予定されていた。この規定の趣旨について連邦政府は次のように説明していた。「この規律は、市町村を、発生した瑕疵に直面して何を行い得るか、例えば条例の新発布が合目的的又は必要であるか否かを審査する状況に置くという、〔連邦建設法155a条〕1項において同時に追求される目標に結びついている。それゆえ8項は、自己の措置によって発布時への遡及効をもって手続又は形式規定の違反の治癒を招来するという、市町村の可能性を保障することになる。ただしそのような遡及的な『治癒』は、土地利用計画又

は条例の発布のための要件が、市町村がこれらを再び発効させようと意図する時点においてなお存在しているとき、すなわち従前の内容を有する土地利用計画又は条例も再び議決され得るであろうときにのみ問題となる。

2文は、このことを確保するものである⁽¹⁰⁾」。ここで言及されている連邦建設法 155a 条 1 項は、同法の手続・形式規定の違反の主張期間を定めるものであるが、瑕疵の主張についての規律と瑕疵の除去についての規律の関連性が語られている点は注目される。もっとも瑕疵の除去についての規律は、私人による瑕疵の主張を要件とするものではなく、州法による手続・形式の瑕疵をも対象としている。他方で、実体的瑕疵は瑕疵の主張および除去についての規律の対象外となっている。

立法過程において、瑕疵の除去についての規定は、若干の修正を受けるとともに、連邦建設法 155a 条 5 項として配置されることとなった。この規定の趣旨につき、国土整備・土木建築・都市建設委員会の報告書は次のように説明している。「5 項は——単なる編集上の (redaktionell) 変更を伴い——内容上は政府草案の 155a 条 8 項 1 文に合致している。当委員会は、土地利用計画又は条例の遡及的な再度の発効は当初の内容を維持する限りでのみ可能であるという政府草案の 8 項 2 文に含まれる規律を、このことが既に一般的法原則に合致していることに鑑みて、不要であると判断した⁽¹¹⁾」。政府草案における連邦建設法 155a 条 8 項 2 文の規律は削除されたが、その内容が誤りであると判断されたわけではない点には留意が必要である。

(b) 学説による評価

連邦建設法 155a 条 5 項 (1979年改正後のもの。以下同じ) は、学説に

(10) BT-Drucks. 8/2451, S. 32.

(11) BT-Drucks. 8/2885, S. 45.

においても基本的に支持された⁽¹²⁾。ベッカー（Boecker）は、「法律の規定の遡及効は原則において今日もはや争われておらず、その場合、憲法上の観点から決定的な指標は、行為義務または負担の予測可能性という指標」であると主張し、「憲法が基本法19条2項との結合における基本法2条1項において⁽¹³⁾、市民が行為義務または負担を計算に入れることのできた時点の前に遡及効の期日を移すことの禁止を含むとすれば、土地利用計画または条例が無効の場合に、無効な『規範』を1979年連邦建設法155a条5項を適用した治癒により当初意図された発効の時点またはそれよりも遅い時点で発効させる〔ことに対して〕疑義はほとんど存在しないであろう」と述べている⁽¹⁴⁾。ただしベッカーは、公示・認可についての規定の違反があった場合においても遡及的発効が可能とされていること、瑕疵の治癒の方式が法律で定められていないことに関しては疑問を呈している⁽¹⁵⁾。

フォン・ムティウス／ヒル（von Mutius/Hill）は、「法治国原理から導かれる遡及効を有する規範の発布のための一般的な要件が顧慮されなければならない」こと、「法的安定性および市民の信頼保護」が法治国原理の本質的な要素に含まれることを指摘しつつ、「計画の有効性または適法性が手続または形式の瑕疵で破綻する（scheitern）場合については、遡及的な治癒も、その間に市町村の計画策定の意図（Planungsabsicht）が変更

(12) Vgl. auch Wilhelm Söfker, Zu einigen Fragen der Rechtswirksamkeit von Bebauungsplänen im Zusammenhang mit den „Heilungsklauseln“ der §§ 155a bis 155c BBauG, ZfBR 1981, 60 (62).

(13) 基本法19条2項は「いかなる場合においても基本権はその本質内容において害されてはならない」と規定し、基本法2条1項は「いかなる者も、他者の権利を侵害せず、憲法に適合する秩序又は道德律に違反しない限り、自己の人格の自由な発展を求める権利を有する」と規定する。

(14) Bernhard Boecker, Heilung mangelhafter Bauleitpläne und Satzungen — Gedanken zu den neuen Vorschriften der §§ 155a bis c des Bundesbaugesetzes, BauR 1979, 361 (365).

(15) Boecker (Fn. 14), S. 365-366.

されなかったのであれば、市民が思慮分別に従って（vernünftigerweise）計算に入れなければならないものの範囲内に存する」と述べる⁽⁶⁾。なおフォン・ムティウス／ヒルは、立法政策上の提案として、遡及的治癒の継続的要件（市町村議会の議決、土地所有者の意見表明の機会等）および政府草案で予定されていた実体的要件（衡量結果の変更がないこと）を明記すべきことを主張している⁽⁷⁾。

(c) 連邦行政裁判所1986年12月5日判決

連邦建設法 155a 条 5 項の適用が問題になった重要判例として、連邦行政裁判所1986年12月5日判決⁽⁸⁾が挙げられる。本件原告は、地区詳細計画により指定された週末住居地区（Wochenendhausgebiet）内に存する土地を所有していた。1971年に原告は当該土地で増築を行ったところ、当該増築が地区詳細計画で指定された建築可能地の外側にあったため、1976年2月24日に原告は当該増築の除却命令を受けた。そこで原告は除却命令の取消訴訟を提起して、当該除却命令は無効の地区詳細計画に基づくものであるから違法であると主張した。原告は第1審・控訴審ともに敗訴し、本判決も上告を斥けた。

本判決は、連邦建設法 155a 条 5 項の合憲性につき、「連邦憲法裁判所は、有効でない規範の『存続』に対する市民の信頼が保護に値しない場合には、有効でない規範が遡及的に有効な規範に置き換えられて良いことを承認してきた」こと、「形式上なお存在する法規範が有効でないことに対する信頼は通常は保護に値せず、特に規範の内容が適切であるように思わ

(6) Albert von Mutius/Hermann Hill, Die Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinden — Zur Interpretation und Novellierung insbesondere des § 155a Abs. 5 BBauG, 1983, S. 32-33.

(7) Vgl. von Mutius/Hill (Fn. 16), S. 71-72.

(8) BVerwG, Urt. v. 5. 12. 1986, NJW 1987, 1346.

れ、かつそれに形式的な性格の疑義のみが対立する場合には「そうである」〕ことを指摘した上で、次のように述べる。「この点から出発すれば、連邦建設法 155a 条 5 項は憲法上憂慮すべき (bedenklich) 遡及効をもたらさないことが明らかになる」。「そこに存する遡及効は、計画に関わる者の保護に値する信頼に対する許容されない侵害をもたらすものではなく、むしろそれは、立法者の意思によれば、まさにこれらの人から（瑕疵のある）計画に寄せられた信頼を保護することを意図する」。

本件地区詳細計画は1968年2月21日に条件 (Maßgabe) 付きの認可を受けたものであり、当該認可は市町村連合の加入市町村 (Ortsgemeinde) E においては同年5月24日に、加入市町村Hにおいては翌年4月25日に公示されたが、これらの市町村の議会は当該条件について同意議決 (Beitrittsbeschluss) を行っていなかった。これに関して本判決は「市町村により議決された内容を有する地区詳細計画が認可庁により認可されず、条件付きで認可された計画が認可の公示及び計画の縦覧の前に市町村によりそのように議決されなかった場合、そのような地区詳細計画は有効となり得ない」と述べ、「当該地区詳細計画は少なくとも1968年においては——いまだ——有効とならなかった」ことを認めている。その後1983年に市町村EおよびHの議会は当該条件に同意することを議決して、当該条件に合致する内容を有する地区詳細計画を承認した。郡庁 (Kreisverwaltung) はこの条例の議決を認可し、当該認可は地方における通常の方法で公示された。以上の事実関係を前提にして本判決は、「加入市町村H及びEが、当該地区詳細計画……を、当初意図された発効の時点への遡及効をもって今や発効させることを妨げたであろう理由は、ここでは見当たらない」と述べ、本件地区詳細計画が市町村Eにおいては1968年5月24日に、市町村Hにおいては1969年4月25日に遡及して発効したことを認めた。

なお本判決は、「地区詳細計画の遡及的発効は、法的根拠なく発付された

除却処分をも『治癒する』と判示し、「建築主が建築許可なしで、それゆえに形式的に建築法に違反して建物を建て、かつ当該事業案が地区詳細計画の指定と矛盾し、それが有効でないことが認識不可能であった場合には、この地区詳細計画が有効でないことに対する関係者の信頼は保護に値しない」と述べている¹⁹⁾。

(2) 建設法典215条3項（1997年改正前のもの）

(a) 建設法典の制定

1986年に連邦建設法と都市建設促進法を統合する形で制定された建設法典は、その3章2部4節「有効性要件（Wirksamkeitsvoraussetzungen）」（214条～216条）に、土地利用計画および条例の策定に当たっての規定の違反に関する定めを置いた。1986年制定時の建設法典214条1項1文は、建設法典の手続・形式規定の違反のうち、土地利用計画および建設法典による条例の法的有効性にとって顧慮されるものを列挙し、参加についての規定の違反（1号）、説明報告書・理由書についての規定の違反（2号）、議決・認可等に関する瑕疵（3号）を挙げていた。同条2項は、地区詳細計画と土地利用計画の関係についての規定の違反のうち、建設管理計画の法的有効性にとって顧慮されないものを列挙した。同条3項は、衡量にとっては建設管理計画についての議決の時点における事実・法の状況が基準となること（1文）、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こと（2文）を規定した。

1986年制定時の建設法典215条1項は、前条1項1文1号および2号に

¹⁹⁾ それに対して、地区詳細計画が効力を失っている間に建築主が建築許可を得た場合はどうなるのかという問題がある。Vgl. Michael Uechtritz, in: Willy Spannowsky/Michael Uechtritz (Hrsg.), Baugesetzbuch, Kommentar, 2009, § 214 Rn. 149.

掲げられた手続・形式規定の違反は土地利用計画または条例の公示から1年以内に、衡量の瑕疵は7年以内に、書面で市町村に対して主張されなかった場合には顧慮されない旨規定した。1986年制定時の建設法典215条2項は、土地利用計画および条例の発効に当たっては、同条1項に定める手続・形式規定の違反および衡量の瑕疵の主張のための要件ならびに法効果が表示されなければならないことを定めた。最後に同条3項は、「市町村は第214条第1項に掲げられた規定の違反から生ずる瑕疵、又は州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵を除去することができ、その場合市町村は土地利用計画又は条例を後続の手続の再実施（Wiederholung）によって発効させることができる。土地利用計画及び条例は遡及効をもって再び発効させることもできる」と規定した。

連邦政府は、建設法典の政府草案理由書において、次のように述べていた。「〔建設法典215条〕3項は、従前の連邦建設法155a条5項に含まれる規律に合致している。新規定（Neufassung）によって、一方で『事後的な治癒』の手続が明確にされる（2文〔＝1986年制定時の建設法典215条3項1文後段〕）。他方で3文〔＝1986年制定時の建設法典215条3項2文〕によって、土地利用計画又は条例は『今から（ex nunc）』又は『その時から（ex tunc）』発効させることができるということが——新たに——明らかにされる²⁰⁾。1986年制定時の建設法典215条3項は、連邦建設法155a条5項と同様に、手続・形式の瑕疵の除去のみを予定している。これに関して国土整備・土木建築・都市建設委員会の報告書は、「形式及び手続の瑕疵の場合：〔建設法典〕215条3項によるこれらの瑕疵の事後的な除去、——実体的な、例えば衡量の瑕疵の場合：新たな地区詳細計画の検討、場合によってはその策定」と述べ、瑕疵の除去についての規律は実体的瑕疵

²⁰⁾ BT-Drucks. 10/4630, S. 157. 下線部分は原文イタリック体。

を対象としないという立場を示していた²¹⁾。

(b) 判例の展開

連邦行政裁判所1989年5月24日決定²²⁾は、地区詳細計画の認証(Ausfertigung)の欠如が建設法典215条3項(1997年改正前のもの。以下同じ)により除去する瑕疵であることを明らかにした。本件は、1985年12月9日に議決された地区詳細計画につき、翌年2月28日に認可が公示されたが、1988年8月25日に初めて市町村長の署名による認証がなされ、同年9月8日に改めて認可が公示されたという事案である。建設法典は地区詳細計画の認証については規定していないが、本決定は「権限を有する市町村の機関による地区詳細計画の認証の欠如という瑕疵も、建設法典215条3項の意味における『州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵』に含まれ、市町村によって除去され得るのであり、後続の手続——本件では、地区詳細計画の認可の公示(建設法典12条1項)——の再実施によって当該地区詳細計画を発効させることができる」と判示した。本決定は、地区詳細計画が認証を要することは法治国原理から生ずるが、この原理は州レベルでの国家活動(市町村の条例制定を含む)については各州憲法において規定されているため、地区詳細計画の認証も州法により判断されるべき形式上の有効要件の問題である旨述べている。

連邦行政裁判所1993年5月6日決定²³⁾においては、地区詳細計画が認証の欠如を理由に規範統制裁判所による無効宣言を受けた後で、市町村が当該瑕疵を除去して当該地区詳細計画を再び発効させることができるかどうか問題となった。規範統制裁判所による法規定の無効宣言について、

21) BT-Drucks. 10/6166, S. 135.

22) BVerwG, Beschl. v. 24. 5. 1989, NVwZ 1990, 258.

23) BVerwG, Beschl. v. 6. 5. 1993, BVerwGE 92, 266.

1996年改正前の行政裁判所法47条6項2文は、「上級行政裁判所は、法規定が有効でない（ungültig）という確信に至る場合、それを無効（nichtig）と宣言し、この場合においては、裁断は一般的拘束力を有し、裁断の文言（Entscheidungsformel）は被申立人により、当該法規定が公示されなければならない場合と同じ方法で、公にされなければならない」と規定していた。

本決定は、上記の問題を肯定した。その理由として本決定は、①建設法典215条3項は、土地利用計画や条例が実体的に無効であるにすぎない場合と、条例の無効が規範統制手続においても確定した場合とを区別していない、②地区詳細計画が無効であるとする規範統制裁判所の裁断は、当該計画が市町村の条例としての法的効力を発揮しえないことを意味するにとどまり、問題のない手続段階も再実施されなければならないという結果を招来するものではない、③市町村は規範統制手続の当事者として裁判所の裁断の主文および主要な理由に拘束されるが、規範統制裁判所の無効宣言が認証の欠如を理由とする場合において、市町村がこの瑕疵を除去すれば、もはや規範統制裁判所の裁断の拘束力も当該地区詳細計画の再度の発効を妨げない、④無効と宣言された地区詳細計画が建設法典215条3項により再び発布されないということに対する信頼は保護に値しない、といった点を挙げている。

(3) 部門計画法における法発展

連邦遠距離道路法や航空運輸法等の部門計画法の領域においては、計画確定決定が保護負担（Schutzauflage）²⁴⁾を欠いている場合における計画補完（Planergänzung）についての判例が早くから確立し、1993年の法改正

²⁴⁾ これに関しては、亀田健二「ドイツにおける特定部門計画確定決定での防護負担」関法44巻4＝5号（1995）43頁以下も参照。

で、衡量の瑕疵をも対象とする瑕疵の除去についての規定が設けられるに至った。

連邦行政裁判所1978年7月7日判決は、フランクフルト／マイン空港の拡張のための計画確定決定に対して、航空機の騒音による被害を受けると主張する原告らが取消訴訟を提起した事案で、次のように判示した²⁵⁾。「いかなる計画確定決定も、……航空運輸法9条2項²⁶⁾(又は他の計画策定法の比較可能な規定)の要件の下で必要な保護負担を命じなければならない。それがなければ、計画策定により生ずる利益衝突は未解決のままである。そのことは計画をその限りで客観的に違法にする。ただしそのような瑕疵が計画確定決定の取消しないし一部取消しを求める請求権に結びつくのは、瑕疵が、それによって個々の利害関係者が不利益を受けるだけでなく、全体的な計画策定ないし分離可能な計画策定部分の均衡性(Ausgewogenheit)がそもそも危うくされる程、計画策定決定全体にとって大きな重要性を有する場合に限られる」。「計画確定決定において命じられていない保護負担を追完する(nachholen)ことが可能な場合で、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係することがなく、計画策定の諸利益の絡み合い(Interessengeflecht)の中で今度は別の利益が不利益な影響を受けるということがなければ、計画策定決定の客観的な違法性に対応するのは利害関係者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」。以上の判示を整理すると、必要な保護負担を欠く計画確定決定は違法であるが、保護負担の追完(計画補完)によって問題が解決される場合には、利害関係者はそのことのみを求めうる、という

²⁵⁾ BVerwG, Urt. v. 7. 7. 1978, BVerwGE 56, 110 (133).

²⁶⁾ 航空運輸法9条2項は、「計画確定決定においては、公共の福祉のために又は危険若しくは不利益に対して近隣の土地の利用を保全するために必要な施設の設置及び維持が事業者に命じられなければならない」と規定する。

ことになる²⁷⁾。

1993年の「交通路のための計画策定手続の簡素化に関する法律」により、連邦遠距離道路法や航空運輸法等は改正され、瑕疵の除去についての規定が設けられた。政府草案では、連邦鉄道法 36d 条 6 項、連邦遠距離道路法 17条 6c 項、連邦水路法19条 4 項、航空運輸法10条 8 項、旅客運送法29条 8 項として、「事業案に関係する公的及び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。有意な瑕疵は、それらが計画補完によって除去され得ない場合に限り、計画確定決定又は計画許可の取消しをもたらし」という規定を設けることが予定されていた。この規定に関して連邦政府は、「行政裁判権により計画確定決定の場合の公的及び私的利益の衡量の過程にも適用された諸原則が問題となっている。一方では、衡量の瑕疵は特定の要件の下でのみ有意であることが規律される。有意な瑕疵のみが行政裁判手続において計画確定決定又は計画許可の取消しをもたらし得る。しかしながら、衡量の瑕疵の治癒をもたらし計画補完が取消しに優先することとなる」と述べていた²⁸⁾。

上記の規定の内容は、立法過程において修正され、最終的に次のようになった。「事業案に関係する公的及び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。衡量に当たっての有意な瑕疵又は手続若しくは形式規定の違反は、それらが計画補完又は補完手続によって除去され得ない場合に限り、計画確定決定又は計画許可の取消しをもたらし、行政手続法45条及び46条²⁹⁾並び

²⁷⁾ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22. 3. 1985, BVerwGE 71, 150 (160); BVerwG, Urt. v. 14. 9. 1992, BVerwGE 91, 17 (20).

²⁸⁾ BT-Drucks. 12/4328, S. 20.

²⁹⁾ ここで言及されている行政手続法45条は、行政行為の手続・形式の瑕疵の治癒を定める規定である。同法46条は、手続・形式の瑕疵のみを理由として行政

に対応する州法の規定は依然として妥当する」。この規定の第2文に関して、交通委員会の報告書は次のように述べている。「権利保護の保障はあらゆる事例において計画策定決定の取消しを要求するものではないが、個々人は、適式な手続に基づき法律上定められた形式を顧慮して成立した決定によってのみ自己の権利が制限されることを求める請求権を有する。手続規定、例えば参加権についての規定の違反があった場合、これは補完手続において解消され得る。同様に形式規定の無視も、利害関係者の権利を侵害することなく、事後的に治癒され得る³⁰⁾」。

部門計画法における瑕疵の除去についての規律は、衡量の瑕疵をも対象にしているに加えて、計画補完と補完手続を区別している点で特色を有する。上記の立法経緯に鑑みると、計画補完は衡量の瑕疵を対象とし、補完手続は手続・形式の瑕疵を対象とするというのが立法者意思であったようにも思われる。しかし連邦行政裁判所1996年3月21日判決は、連邦遠距離道路法17条6c項2文（2006年改正前のもの）の解釈として、有意な瑕疵が補完手続によって除去されうる場合には、「裁判所は計画確定決定が違法であることのみを言い渡さなければならず、瑕疵の除去までそれは執行不可能でもあるという効果を伴う」と述べ、「攻撃されている計画確定決定が有意な衡量の瑕疵のゆえに違法であるという言渡しをするためには、補完手続における瑕疵の除去の具体的な可能性が存在することで十分である」と判示した³¹⁾。この判決は、衡量の瑕疵が補完手続によって除去されうるという前提に立つものである³²⁾。

↘行為の取消しを求めることができない場合を定めている。

30) BT-Drucks. 12/5284, S. 35.

31) BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1996, BVerwGE 100, 370 (372-373).

32) 1996年の「許可手続の迅速化に関する法律」により追加された行政手続法75条1a項は、「事業案に関係する公的及び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。衡量に当たっての有意な瑕疵は、それらが計画補完又は補完手続によって除去さ

2 建設法典 215a 条（2004年改正前のもの）

(1) 1997年の法改正

建設法典は、1997年8月18日の「建設法典の改正及び国土整備法の新規制に関する法律」により改正された（1998年1月1日より施行）。この改正で、建設法典3章2部4節（214条～216条）の表題が「計画維持」に変更された。瑕疵が顧慮されるか否かに関する建設法典214条、瑕疵の主張について定める建設法典215条1項・2項は、その基本構造においては変更を受けていない。それに対して、瑕疵の除去について定めていた建設法典215条3項は削除され、新たに建設法典215a条が設けられた。

建設法典215a条（2004年改正前のもの。以下同じ）の見出しは「補完手続」とされ、同条1項は、「第214条及び第215条により顧慮されないものではなく、かつ補完手続によって除去され得る条例の瑕疵は、無効をもたらさない。瑕疵の除去まで条例は法的効力を発揮しない」と規定した。また同条2項は、「第214条第1項において掲げられた規定の違反又は州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵の場合、土地利用計画又は条例は遡及効をもって再び発効させることもできる」と規定した。

「建設法典の改正及び国土整備法の新規制に関する法律」は、上級行政裁判所による規範統制について定める行政裁判所法47条の改正をも含むものであった。1997年改正前の行政裁判所法47条5項は、「上級行政裁判所は判決によって又は、口頭弁論を要しないと認める場合には決定によって裁断する。上級行政裁判所は、法規定が有効でないという確信に至る場合、

ㄨれ得ない場合に限り、計画確定決定又は計画許可の取消しをもたらす」と規定する。ここでは、計画補完と補完手続がいずれも衡量の瑕疵のみを対象としている。

それを無効と宣言し、この場合においては、裁断は一般的拘束力を有し、裁断の文言は被申立人により、当該法規定が公示されなければならない場合と同じ方法で、公にされなければならない。裁断の効力については第183条が準用される⁶³⁾と規定していた。1997年の改正では、同項4文として、以下の規定が追加された。「建設法典の規定により発布された条例又は法規命令の確認された瑕疵が、建設法典第215a条の意味における補完手続によって除去され得る場合には、上級行政裁判所は当該条例又は法規命令を瑕疵の除去まで効力を有しない(nicht wirksam)と宣言し、第2文後段が準用される」。

(2) 計画維持の原則

連邦政府は、建設法典3章2部4節の表題を「計画維持」に変更することに関して、「新たな〔建設法典〕215a条の挿入によって計画維持の法原則の具体化がなされることになる」と述べている⁶⁴⁾。また政府草案理由書においては次のような記述もみられる。「建設法典の215a条において……予定された、瑕疵の除去のための補完手続を実施する可能性によって、都市建設上の条例の存続力が高められることになる。特に、その策定において非常に時間と人手を費やす地区詳細計画は、それらが根本的な瑕疵を有しておらず、それゆえに実施済みの準備作業を利用しながら修正され得る場合には、この方法でそれらの存続が維持されることになる⁶⁵⁾」。連邦政府が補完手続を計画維持のための重要な手段として位置づけていることは明ら

63) 行政裁判所法183条は、州の憲法裁判所が州法または州法の規定の無効を宣言した場合においても、無効と宣言された規範に基づく行政裁判所のもはや争いえない判決または決定は、州の法律による特別の定めがない限り影響を受けないこと、そのような判決または決定の執行は許されないことを定めている。

64) BT-Drucks. 13/6392, S. 73.

65) BT-Drucks. 13/6392, S. 38.

かであるが、「計画維持の法原則」の性質および内容は明確ではない。

計画維持の原則について、ホッペ（Hoppe）は、1994年に発表された論文で次のように主張していた。「建設管理計画の場合の衡量の瑕疵を解消して治癒するために、計画確定法律では今や立法実務における流行の文言となった、計画補完の可能性が建設法典に受け継がれるべきではないか。／計画補完は計画を維持する手段であり、それは、疑わしき場合には衡量の瑕疵があっても計画策定の全体構想の保持を要件に計画策定は有効と認められるべきであるという、原則的な計画維持の原則、原理または要請が定立されるべきではないのかという問題を提起する。この原則は、再度計画を策定する場合の時間の喪失という利益と、計画を維持する場合の時間の節約という利益、つまり『時間』の要素を衡量の観点として考慮することを可能にする³⁶⁾」。

ホッペ／ヘンケ（Henke）は、1997年の建設法典改正後に発表された論文で、立法者は建設法典改正にあたり、「拘束的な計画維持の要請」の導入を放棄し、「計画維持という開かれた（offen）法原理」を承認したと評価している³⁷⁾。ホッペ／ヘンケによると、開かれた法原理とは、「指導的な法思想の性格を有し、そこから個別事例の判断が直接導出されることはなく、つまり規範の性格を授けられていない」ものであり、「司法または立法による形成を通じて初めて拘束的な規律となる³⁸⁾」。そこで、計画維持という開かれた法原理を承認することにはいかなる実際の意義があるのが問題となるが、ホッペ／ヘンケは次のように述べている。「ある規範の背後

³⁶⁾ Werner Hoppe, Das Abwägungsgebot in der Novellierung des Baugesetzbuches, DVBl. 1994, 1033 (1041). 下線部分は原文イタリック体。

³⁷⁾ Werner Hoppe/Peter Henke, Der Grundsatz der Planerhaltung im neuen Städtebaurecht, DVBl. 1997, 1407 (1409).

³⁸⁾ Hoppe/Henke (Fn. 37), S. 1408.

にある一般的な法思想に立戻することは、つまり規範のいわゆる『客観的・目的論的解釈』という手段の一部である。ある規範が一定の法思想の表現とみなされうる要素を認識させる場合には、それはその解釈にとって重要な示唆を提供しうる。この背景の前では、建設国土整備法によって付加された『計画維持』という表題の意義は、整理上の、表題を付けられた規定の内容を要約する機能のみにあるのではない。それだけでなくむしろ『計画維持』という語は、規定の解釈が方向を定めなければならない照準点(Richtpunkt)のひとつでもある³⁹⁾」。

(3) 補完手続の概念

建設法典 215a 条 1 項は、条例の瑕疵を除去する手続を補完手続と呼んでいる。部門計画法における瑕疵の除去についての規定は計画補完と補完手続を区別しているが、建設法典は計画補完の語を採用しなかった。これに関してホッペ／ヘンケは、部門計画法においては、計画補完の場合には「裁判所による瑕疵の治癒の義務付け」がなされるのに対して、補完手続の場合には「裁判所の裁断は……攻撃されている計画確定決定が違法であることの確認とそれが執行不可能であることの命令に限定される」との理解を前提に、「特に、建設管理計画またはその他の建設法上の条例を特定の計画策定要素で補完することを裁判所が義務付けることは、建設計画法上の権利保護の体系とは両立しえない。それゆえ建設国土整備法が計画補完と補完手続の区別を放棄したことは、十分に理解できるように思われる」と

³⁹⁾ Hoppe/Henke (Fn. 37), S. 1408-1409. 計画維持の原則が「開かれた法原理」であるとの理解を支持する説として, vgl. Ulrich Battis, in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., 2009, Vorb 88 214-216 Rn. 8. それに対して, 実定法から切り離された不文の計画維持原則は存在しないと主張する説として, vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 1.

述べている⁴⁰⁾。ヴァグナー（Wagner）は、部門計画法における計画補完を「〔計画確定決定を〕審理する裁判所による」もの、補完手続を「計画確定庁による」ものとして理解した上で、「地方公共団体の計画策定高権（Planungshoheit）に鑑みて、条例を審理する裁判所による直接的な瑕疵の治癒の可能性は受け継がれず、規律が市町村による補完に限定された」と評している⁴¹⁾。

建設法典 215a 条 2 項は、手続・形式の瑕疵を有する土地利用計画または条例の遡及的発効について規定しているが、土地利用計画の瑕疵を除去する手続と補完手続の関係が問題となる。これに関して政府草案理由書には次のような記述がみられる。「補完手続を建設管理計画手続に限定することを当初予定した委員会の提案とは相違して、今後はさらに他の都市建設法上の条例も補完手続によって治癒され得ることになる。それに対して土地利用計画にはそのような手続は必要ない。なぜならそれらは行政裁判所法47条により裁判所によって無効と宣言されることがないからである⁴²⁾」。この記述に鑑みると、連邦政府の見解では、土地利用計画の瑕疵を除去する手続は補完手続には含まれないことになる⁴³⁾。

(4) 「無効」の条例と「効力を有しない」条例

1997年の法改正によって、無効の条例とは区別される、「効力を有しない」条例の存在が承認された。建設法典 215a 条 1 項は、条例に有意な瑕

⁴⁰⁾ Hoppe/Henke (Fn. 37), S. 1410-1411. 下線部分は原文イタリック体。

⁴¹⁾ Jörg Wagner, Bauleitplanverfahren — Änderungen durch die BauGB-Novelle 1998, BauR 1997, 709 (719).

⁴²⁾ BT-Drucks. 13/6392, S. 74.

⁴³⁾ それに対して、建設法典 215a 条 2 項による土地利用計画の瑕疵の除去手続を補完手続の一種として理解する説として, vgl. Wagner (Fn. 41), S. 721.

疵があっても、当該瑕疵が補完手続によって除去されうる場合には、当該条例は無効とはならず、当該瑕疵が除去されるまで法的効力を発揮しないと定める。また行政裁判所法47条5項（2004年改正前のもの）によれば、上級行政裁判所は、法規定が有効でないとの確信に至る場合には、当該法規定の無効を宣言するが（2文前段）、建設法典の規定による条例または法規命令の確認された瑕疵が、補完手続によって除去されうる場合には、当該条例または法規命令は当該瑕疵の除去まで効力を有しないと宣言する（4文前段）。これに関して政府草案理由書は、「裁判所による無効宣言又は廃止をも回避することによって、市町村（又は権限のあるその他の行政庁）に、条例又は法規命令の確認された瑕疵を補完手続において除去する可能性が与えられることになる。市町村が行動を起こさない場合には、条例又は法規命令はいつまでも（auf Dauer）効力を有しないままである」と述べている⁴⁴⁾。

前掲連邦行政裁判所1993年5月6日決定は、地区詳細計画が形式の瑕疵を理由として規範統制裁判所の無効宣言を受けた場合においても、市町村は当該瑕疵を除去することにより当該地区詳細計画を遡及的に発効させることができる旨判示していた。それゆえ従前において、規範統制裁判所の無効宣言が瑕疵の除去に対する障害になっていたわけではない。上記の改正の意義について、シュミット（Schmidt）は、規範統制裁判所の判決または決定の主文で瑕疵の除去可能性が示されることによって「市町村にとっては、局部的にすぎない瑕疵の除去をした場合に、新たな規範統制手続において、そのような形式の治癒は不可能であるとの理由のみで挫折する（Schiffbruch erleiden）というリスクが取り除かれる」と述べている⁴⁵⁾。

⁴⁴⁾ BT-Drucks. 13/6392, S. 92.

⁴⁵⁾ Jörg Schmidt, Möglichkeiten und Grenzen der Heilung von Satzungen nach § 215a BauGB, NVwZ 2000, 977 (983).

リーガー（Rieger）も、「それ〔＝建設法典 215a 条 1 項〕は——行政裁判所法 47 条 5 項 4 文との相互作用において——規範統制裁判所に、……確認された（有意な）瑕疵が補完手続において除去されうるか否かについて熟慮することを強制し、これに関してなされる裁断によって市町村は、その計画策定を固守したいのであればいかなる措置をとらなければならないのかについて明確性を得る」という点を指摘している⁴⁶⁾。

訴訟手続上の論点として、条例が効力を有しないとする規範統制裁判所の宣言に不服がある申立人がこれを争いうるかという問題がある。連邦行政裁判所 2002 年 12 月 11 日決定は、地区詳細計画が効力を有しないことの宣言に代えてその無効宣言を求める申立人の上訴は原則的に許容されるとの立場を示しており、次のように述べている。「そのような——効力を有しないこと（のみ）の宣言に代わる——言渡しによって、申立人の地位は少なくとも事実上の理由から改善されるであろう。というのも、……申立人は、もしもそれ〔＝係争の地区詳細計画〕が除去不可能な瑕疵を有していることが規範統制手続において確認されたとすれば、その後で彼にとって不利益な規律を被申立人が新たな地区詳細計画において繰り返すということを、少なくとも通常の場合においてはもはや計算に入れる必要がないからである。そのような事実上の（ものにすぎない）利点は、権利保護の利益を基礎づけるのに十分である⁴⁷⁾」。

⁴⁶⁾ Wolfgang Rieger, Bedeutung und Rechtsfolgen der Regelung in § 215a Abs. 1 BauGB über das ergänzende Verfahren zur Behebung von Satzungsmängeln, UPR 2003, 161 (164).

⁴⁷⁾ BVerwG, Beschl. v. 11. 12. 2002, BVerwGE 117, 239 (242). 本決定は、地区詳細計画の無効宣言に代えてそれが効力を有しないことの宣言を求める市町村の上訴も原則的に許容されると述べている。

(5) 補完手続により除去可能な瑕疵

建設法典 215a 条 1 項は、条例の瑕疵の中に、補完手続により除去されうるものがあることを前提にしている。もっとも、具体的にどのような瑕疵がこれに該当するのかは規定の文言上明らかでない。これに関して連邦行政裁判所2003年9月18日判決は次のように判示している。「補完手続を通じて除去可能な瑕疵は、原則的にすべての顧慮される条例の瑕疵である。除外されているのは、計画上の全体構想を危うくすることに適している修正のみである。建設法典 215a 条 1 項 1 文は、計画策定をその基本的特質において修正するための手がかりを与えない。地区詳細計画又はその他の条例の同一性 (Identität) が害されてはならない……。建設法典 215a 条 1 項 1 文は、この限界が守られていることを前提とするが、その他の点では特定の瑕疵の種類による区別はしていない。手続及び形式の瑕疵と並んで実体法上の瑕疵も除去可能である⁽⁴⁸⁾」。この判示は、補完手続の適用は瑕疵の種類（実体的瑕疵か、手続・形式の瑕疵か）によって制限されないこと、他方で補完手続による計画の修正には限界があることを示すものであるが、後者に関しては学説の批判もみられる。以下では、衡量の瑕疵、その他の実体的瑕疵、手続・形式の瑕疵の除去に関する連邦行政裁判所の判例を紹介した上で、計画修正の限界をめぐる問題を取り上げる。

(a) 衡量の瑕疵

「建設法典の改正及び国土整備法の新規制に関する法律」の公布後・施行前において、連邦行政裁判所1997年11月7日決定⁽⁴⁹⁾は、「地区詳細計画の除去可能な実体的瑕疵に、建設法典214条3項2文の意味において有意な、衡量過程における瑕疵も含まれる。それらも原則的に新たな正しい衡量決定

(48) BVerwG, Urt. v. 18. 9. 2003, NVwZ 2004, 226 (228).

(49) BVerwG, Beschl. v. 7. 11. 1997, NVwZ 1998, 956.

及びそれに続く手続の再実施によって除去され得る」と判示した。ただし本決定は、「先行した手続の再実施を放棄することは、既にそれさえも瑕疵に『感染 (infizieren)』している場合には、許されないであろう」と述べ、『瑕疵の感染 (Fehlerinfektion)』がある場合には、衡量に当たっての瑕疵のみならず、(例えば)参加手続における瑕疵も既に存在したのであり、その結果参加手続も再実施されなければならない」と指摘している。本件では、計画策定に関する資料に誤りがあったために、市町村議会の構成員の事実に関する認識が誤っていたという瑕疵が問題となったが、本決定は、「そこに存する衡量の瑕疵の除去のためには、当該資料のみが訂正され、それから市町村議会が正しい前提を認識しつつその計画策定を固守して、同内容の新たな条例の議決をすること(そして後続の手続を再実施すること)で十分である」と述べている。

連邦行政裁判所1998年10月8日判決⁵⁰⁾は、既存の機械製造業の事業地拡大を内容とする地区詳細計画の変更に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。規範統制裁判所は、当該事業地への進入路が狭く、当該事業地における車両の転回が困難であることに起因する迷惑の増加を被申立人はそもそも考慮しておらず、それゆえにこれらの迷惑を減少または抑止するための措置を講ぜず、問題を他の方法で克服することもしなかったとして、衡量過程および衡量結果における瑕疵を認定し、当該地区詳細計画の変更を無効と宣言した。それに対して本判決は、「当該衡量の瑕疵は建設法典 215a 条 1 項の意味における補完手続によって除去され得る」と述べ、当該変更計画は効力を有しないものとした。本判決はまず、「建設法典 215a 条 1 項の適用可能性のためには、補完手続における瑕疵の除去の具体的な可能性が存在することで十分である。そのことは、除去される瑕疵が、全体としての計画策定を最初から危うくするか、計画策定の

⁵⁰⁾ BVerwG, Urt. v. 8. 10. 1998, NVwZ 1999, 414.

基本的特質に関係する（建設法典13条⁵¹⁾ 参照）ような性質及び重大性をもたないことを前提とする」と判示する。その上で本判決は、規範統制手続において被申立人が、新作業所の設置予定地を変更して、新旧作業所の間に転回場を設け、旧作業所を将来的には荷積み場として利用するとの代替案を提示したことを指摘して、「そのような、計画策定の基本的特質に関係しない計画変更は適正な衡量に合致しており、建設法典13条による簡素化された手続において実施され得る」と述べている。本件は、補完手続を実施して地区詳細計画の内容を変更することを連邦行政裁判所が是認した初めての例として注目される。

衡量の瑕疵が除去不可能とされた例として、連邦行政裁判所2000年3月16日決定⁵²⁾ が挙げられる。本件は、計画地区の一部を、農業が禁止される「制限された村落地区」に指定し、それ以外の部分を村落地区に指定する地区詳細計画に対して、村落地区内で農業を営んでいる申立人が規範統制の申立てをした事案である。規範統制裁判所は、問題の「制限された村落地区」は事実上一般住居地区であると認定し、排出源である申立人の農業に隣接する場所に一般住居地区を指定することは適正な衡量の要請に違反する旨述べ、さらに当該瑕疵は衡量の基本構想に関わるため修正不可能であると判示した。本判決は、「確認された瑕疵が、衡量決定の核心に関わる程重大である場合」には、補完手続により除去可能な瑕疵は存在しないと判示し、「規範統制裁判所が、そのような衡量結果における瑕疵の場合には、補完手続における……計画策定の再実施は不可能であると判断していることは、是認できる」と述べている。

51) 建設法典13条（2004年改正前のもの）は、建設管理計画の変更または補完が「計画策定の基本的特質」に関係しない場合には、市民および公益主体の参加手続を簡素化しうることを定めていた。

52) BVerwG, Beschl. v. 16. 3. 2000, ZfBR 2000, 353.

(b) その他の実体的瑕疵

連邦行政裁判所1999年12月16日判決⁵³⁾は、地区詳細計画「G108——市中心部西」の第8次変更に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。当該地区詳細計画は当初、K.-Th. 通りの東側を一般住居地区に指定していた。第2次変更では、当該地区が中心地区(Kerngebiet)に指定されるとともに、西側に隣接する住居地区を騒音から保護するために、高さ2.5mの防音壁の設置のほか、中心地区の西側境界線について昼間50デシベル・夜間35デシベルの基準値が遵守されるべきことが定められた。第8次変更は当該中心地区の北西部分を対象とするものであり、これによって連邦道路への出入口が指定された。本判決は、第8次変更の適法性は第2次変更の適法性に依存するとの立場から、第2次変更の適法性を審査し、中心地区の境界線について騒音の基準値を定める指定は建設法典9条によっても建設利用令1条4項によっても許されないと判断した⁵⁴⁾。他方で本判決は、「中心地区と住居地区の並存は、そこから生ずる十分な騒音防止という問題とともに、別の指定、例えば〔防音〕壁に代わる防音土塁(Lärmschutzwall)の指定によって解決され得るのであり、それゆえに、第2次及び第8次変更の全計画内容が、全体として新たな地区計画策定手続の対象にされる必要はない」と述べ、確認された瑕疵が補完手続によって除去されうることを認めた。

連邦行政裁判所2002年3月6日決定⁵⁵⁾は、工業地区を指定する地区詳細

⁵³⁾ BVerwG, Urt. v. 16. 12. 1999, BVerwGE 110, 193.

⁵⁴⁾ 建設法典9条1項は、地区詳細計画において指定することができるものを、その各号において列挙する規定である。建設利用令1条4項1文は、同令4条～9条に掲げられた建設地区（一般住居地区・村落地区・中心地区等）を、許容される利用の種類に応じて、または事業および施設の種類ならびにそれらの特別な必要および特性に応じて区分することを認める規定である。

⁵⁵⁾ BVerwG, Beschl. v. 6. 3. 2002, NVwZ 2002, 1385.

計画に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。規範統制裁判所は、計画地区における小売業の制限に関する指定が内容上明確でないことを認めたが、計画地区における小売業を制限するに当たっての明確性要請 (Bestimmtheitsgebot) の無視は計画策定の基本的特質を危うくするものではなく、言葉の表現にのみ関係するとみて、当該違反は補完手続において治癒可能であると判断した。本決定は、次のように述べ、規範統制裁判所の上記判断を是認した。「確認された瑕疵が、計画策定の基本的特質に関係する、ないしは衡量決定の核心に関わる程に重大である場合には、建設法典 215a 条 1 項の意味で補完手続において除去され得る地区詳細計画の瑕疵は存在しない……。しかしそのことは逆に、計画策定の全体構想に関わる瑕疵のみが地区詳細計画の無効を引き起こし得るのであって、個々の修正によって除去され得る瑕疵はそうではないことを意味する……。それゆえに通常、明確性又は規範明晰性 (Normenklarheit) の要求に対する違反は、計画策定が効力を有しないことをもたらすにすぎない⁶⁶⁾」。

前掲連邦行政裁判所2003年9月18日判決は、主として一般住居地区を指定する地区詳細計画に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。当該計画地区の大部分は地方国土整備計画では農業のための優先地区とされており、申立人は、当該地区詳細計画は地方国土整備計画に違反するため無効であると主張した。それに対して規範統制裁判所は、地方国土整備計画における農業のための優先地区に関する規律は、拘束的な国土整備の目標の性格を有するものではない旨述べ、地区詳細計画の無効の主張を斥けた。本判決も、規範統制裁判所の上記判断を是認した。他方

66) 建設的利用の種類についての指定が不明確であることを理由として、地区詳細計画は効力を有しないとの判示がなされた例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 9. 2003, BVerwGE 119, 45.

で本判決は、仮に当該規律が「国土整備の目標として評価されるべきであるとすれば、被申立人は建設法典 1 条 4 項において明文化された目標適合要請 (Zielanpassungsgebot)⁵⁷⁾ を無視したことになるかもしれない」が、そのような違反は「補完手続において事後的に除去され得る」と述べている。本判決は、州計画策定法では、州計画策定庁の決定により拘束的な地方国土整備計画から離脱する (abweichen) ことが認められていることを指摘して、次のように述べる。「目標離脱手続が他の行政主体により固有の権限において実施されなければならないという状況は、建設法典 215a 条 1 項 1 文の適用を排除しない。この規定は、市町村自身が、その計画策定決定が有する瑕疵を除去することができることを前提としない」。この判示は、建設法典とは異なる法律で定められた手続も建設法典 215a 条 1 項にいう補完手続に含まれるとするものであり、注目される⁵⁸⁾。

(c) 手続・形式の瑕疵

連邦行政裁判所 1999 年 11 月 25 日判決⁵⁹⁾ は、申立人の所有地の一部を学校用地に指定する地区詳細計画に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。当該地区詳細計画の案は、1994 年夏に縦覧に供された。翌年 9 月に被申立人の行政委員会は市民から提出された異議および提案について最終的な議決をし、その後で被申立人の議会は条例の議決をした。規範統制裁判所は、当時の州法の規定によれば、市町村の議会が異議および提案について最終的な議決をする権限を有していたことを指摘し

⁵⁷⁾ 建設法典 1 条 4 項は、「建設管理計画は、国土整備の目標に適合しなければならない」と規定している。

⁵⁸⁾ 補完手続において景観保護令 (Landschaftsschutzverordnung) を変更することが可能であることを示唆した例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 20. 5. 2003, NVwZ 2003, 1259 (1259)。

⁵⁹⁾ BVerwG, Urt. v. 25. 11. 1999, BVerwGE 110, 118.

て、当該地区詳細計画の無効を宣言した。それに対して本判決は、「確認された州法上の手続の瑕疵は建設法典 215a 条 1 項の適用範囲内に含まれる」こと、および「この手続の瑕疵はその性質によれば疑問の余地なく補完手続によって除去され得る」ことを認め、「それゆえに規範統制裁判所は、……確認された州法による手続の瑕疵に基づいて、攻撃されている地区詳細計画は効力を有しないと宣言しなければならなかった」と判示した。

連邦行政裁判所2000年8月10日決定⁶⁰⁾は、申立人らの所有地の一部を道路の計画路線として指定する地区詳細計画に対して規範統制の申立てがなされた事案に関するものである。当該地区詳細計画は1967年5月22日に公示されたが、当該公示において当該計画は「市町村Kの地区詳細計画第1号」と表示されるにすぎなかったため、規範統制裁判所は連邦建設法12条2文(1976年改正前のもの)⁶¹⁾の要求が充足されなかったと判断した。本決定も、公示が「当該計画の空間的な適用範囲に関する指示を与える」ことが必要である旨述べ、その限りで規範統制裁判所の判断を支持した。他方で被申立人は、規範統制手続係属中の1998年12月17日に当該地区詳細計画を改めて公示し、本決定は、これによって被申立人が当該地区詳細計画を遡及的に発効させたことを認めた。申立人らは、事実上のおよび法的な状況の変化があれば市町村議会の新たな衡量決定が必要である旨主張したが、本決定は、この主張を斥け、次のように述べている。「通常の事例においては、事実上の又は法的な状況の事後的な変化も、瑕疵の除去に対立しない。なぜなら建設法典214条3項1文により、当該計画についての(当初の)議決の時点における事実及び法の状況が基準となるからである。状況

⁶⁰⁾ BVerwG, Beschl. v. 10. 8. 2000, NVwZ 2001, 203.

⁶¹⁾ 連邦建設法12条(1976年改正前のもの)によると、市町村は認可を受けた地区詳細計画を理由書とともに公衆の縦覧に供しなくてはならず(1文)、市町村は認可ならびに縦覧の場所および期間を地方における通常の方法で公示しなければならない(2文)。

が——例外の事例において——根本的に変化して、地区詳細計画がその間に機能を喪失した内容を有する、又は当初は懸念のない衡量結果が維持できなくなった場合に限り、瑕疵の除去はもはや問題にならない」。

(d) 計画修正の限界

前掲連邦行政裁判所1998年10月8日判決は、瑕疵が「全体としての計画策定を最初から危うくするか、計画策定の基本的特質に関係する」場合には、建設法典 215a 条 1 項は適用できない旨述べている。前掲連邦行政裁判所2002年3月6日決定は、瑕疵が「計画策定の基本的特質に関係する、ないしは衡量決定の核心に関わる」場合には、補完手続によって除去可能な瑕疵は存在しない旨判示する。前掲連邦行政裁判所2003年9月18日判決は、「計画上の全体構想を危うくすることに適している修正」や「計画策定をその基本的特質において修正する」ことは許されず、「地区詳細計画又はその他の条例の同一性が害されてはならない」と述べている。

それに対して学説においては、補完手続によって計画策定をその基本的特質において修正することも可能であると主張する説がある。スチュア／ルーデ (Stürer/Rude) は、「建設法典 215a 条 1 項の範囲内における瑕疵の除去可能性については、幅の広い (großzügig) 基準が当てはめられるべきである。補完手続による除去が除外されるのは、瑕疵が全体としての計画策定を最初から危うくする場合に限られる」と主張し⁶²⁾、「この建設法典 215a 条 1 項の幅の広い解釈は、制限された解釈に対して、いくつかの利点を有している。まずそれは、市町村に、瑕疵の除去について自ら判断する可能性を開く。加えて規範統制裁判所が建設法典 215a 条 1 項の適用に当たり、瑕疵の除去のための計画策定の変型 (Planungsvariante) が考

⁶²⁾ Bernhard Stürer/Stefan Rude, Planreparatur im Städtebaurecht — Fehlerheilung nach § 215a BauGB, ZfBR 2000, 85 (93).

えられるか、それはどのようなものか、もしかすると計画策定の基本的特質に関係しないかもしれないものはどれか、という点についての困難な予測を示す必要がない」と述べている⁶³⁾。

ドルデ (Dolde) も、「建設法典13条の意味における『計画策定の基本的特質』は、その他の点では問題のない全体的な計画策定を個々のに修正する限界と同一ではない。建設法典13条の意味における計画策定の基本的特質に関係しない計画の変更は常に補完手続において可能であるという命題を立てることはできよう。しかしながら、補完手続は建設法典13条による地区詳細計画の簡素化された変更が除外される場合においても許容される」と述べている⁶⁴⁾。

(6) 補完手続の実施

建設法典 215a 条 1 項は、補完手続をどのように実施すべきかについての規律を欠いている。これに関してスチュア／ルーデは次のように述べている。「建設法典 215a 条 1 項による補完手続は、かつて1986年建設法典 215条 3 項において規律された瑕疵の除去の手続と原則的に区別されないと一般に考えられている。それゆえ補完手続においては同様にまずその時その時の瑕疵が除去され、それからそれに続く手続が再実施されなければならない。つまり補完手続は、当初の条例制定手続が瑕疵を帯びていた箇所始まり、それを適式に終結させる。そのことは原則的に手続の〔瑕疵の〕場合にも内容の瑕疵の場合にも妥当する⁶⁵⁾」。

衡量過程における瑕疵の除去に関して、前掲連邦行政裁判所1997年11月7日決定は、原則的に新たな衡量決定とそれに続く手続の再実施で十分で

⁶³⁾ Stürer/Rude (Fn. 62), S. 91.

⁶⁴⁾ Klaus-Peter Dolde, Das ergänzende Verfahren nach § 215 I BauGB als Instrument der Planerhaltung, NVwZ 2001, 976 (979).

⁶⁵⁾ Stürer/Rude (Fn. 62), S. 87.

あるが、既に参加手続に瑕疵があった場合には、参加手続も再実施されなければならない旨述べている。この事件では、計画策定に関する資料に誤りがあったことが問題となったが、同決定は、これは参加手続にとっては取るに足りないものであったと判示している。ドルデは、「衡量の瑕疵に感染した計画資料が縦覧の対象であり、その刺激機能（Anstoßfunktion）がこの瑕疵のゆえに実現されえなかった場合」には参加手続の再実施が必要である旨述べている⁶⁶⁾。

衡量結果における瑕疵の除去に関して、前掲連邦行政裁判所1998年10月8日判決は、計画策定の基本的特質に関係しない計画変更は建設法典13条による簡素化された手続において実施されうる旨判示している。この判示は、地区詳細計画の指定が建設利用令に違反する場合（前掲連邦行政裁判所1999年12月16日判決）や明確性要請に違反する場合（前掲連邦行政裁判所2002年3月6日決定）にも妥当すると考えられる。それに対してドルデは、効力を有しないが、無効ではない地区詳細計画の変更は、地区詳細計画の案の変更と同様に、建設法典3条3項および4条4項（いずれも2004年改正前のもの）によるべきであると主張している⁶⁷⁾。

⁶⁶⁾ Dolde (Fn. 64), S. 981. 連邦行政裁判所の判例によると、建設管理計画の案を縦覧に供する際の公示は、建設管理計画の策定に利害関係を有する市民に、情報および参加を求める自己の利益を自覚させるものでなければならない。Vgl. BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1984, BVerwGE 64, 344 (345).

⁶⁷⁾ Dolde (Fn. 64), S. 981. 建設法典3条3項（2004年改正前のもの）は、建設管理計画の案が縦覧後に変更または補完される場合には、当該案は再び縦覧されなければならないこと（1文前段）、建設管理計画の案の変更または補完が計画策定の基本的特質に関係しない場合には、簡素化された手続における市民参加の規定が準用されうること（3文）を定めていた。建設法典4条4項（2004年改正前のもの）は、建設管理計画の案が事後的に変更または補完され、かつそれが、ある公益主体の任務領域と初めてまたは従前よりも強く関係する場合には、簡素化された手続における公益主体参加の規定が準用されうることを定めていた。

地区詳細計画が国土整備の目標に適合しない場合について、前掲連邦行政裁判所2003年9月18日判決は、州計画策定法に定められた目標離脱手続を実施すべきことを示唆している。この場合、市町村とは異なる行政主体に所属する機関によって建設法典とは別の法律で定められた手続が実施されることになる。それに対してシュミットは、「治癒可能性は、条例制定者にのみ付与されうるのであって、第三者には付与されえない」との立場から、「補完手続にあっては、市町村により建設法典の規律に従って実施される規範制定手続のみが問題となりうる」と主張している⁶⁸⁾。

(7) 遡及的発効の許容性

建設法典 215a 条 2 項は、土地利用計画または条例が手続・形式の瑕疵を有する場合において、これらを遡及的に発効させる余地があることを認めている。同項により地区詳細計画を遡及的に発効させるに当たって市町村議会の議決が必要かという論点につき、前掲連邦行政裁判所2000年8月10日決定は不要説を採用した。本件は、1967年5月22日に公示された地区詳細計画に対して規範統制の申立てがなされた事案である。被申立人は規範統制手続係属中の1998年12月17日に当該地区詳細計画を再度公示したが、当該公示は被申立人の議会の新たな議決に基づくものではなかった。規範統制裁判所は、少なくとも長期間が経過した後では、計画が遡及効をもって発布されるべきか否かは議会が決定しなければならないとの立場に立ち、当該地区詳細計画は2回目の公示の時点から将来に向かって有効になったと判断した。それに対して本決定は、「建設法典 215a 条 2 項による遡及効の命令は、条例の議決の構成要素ではない」と述べて規範統制裁判所の上記判断を斥け、被申立人が当該地区詳細計画を再度の公示によって

⁶⁸⁾ Schmidt (Fn. 45), S. 979; vgl. auch Rieger (Fn. 46), S. 163.

遡及的に発効させたことを認めた。

建設法典 215a 条 2 項は、実体的瑕疵を有する土地利用計画または条例の遡及的発効を予定していない。前掲連邦行政裁判所1997年11月7日決定は、「遡及的発効は連邦又は州法による手続又は形式の瑕疵を除去する場合に（のみ）許容される」というのが立法者意思である旨述べているが、他方で次のようにも述べている。「市町村が地区詳細計画の実体的瑕疵を除去して、それから最初の公示の期日に遡及する効果をもって再びそれを発効させる場合には、憲法上の信頼保護原則の違反はないかもしれない。というのも、無効の地区詳細計画が瑕疵の除去の後で再び発布されることはないということに対する保護に値する信頼は存在しないからである⁶⁹⁾」。

3 建設法典214条 4 項（2004年改正後のもの）

(1) 2004年の法改正

建設法典は、2004年の「建設法典の EU 指令への適合に関する法律」によって改正された。2004年改正後の建設法典214条は、土地利用計画および条例の策定についての規定の違反が顧慮されるか否か、そして補完手続について定めている。同条 1 項 1 文は、建設法典の手続・形式規定の違反のうち顧慮されるものを各号において列挙しており、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵（1号）、参加についての規定の違反（2号）、理由書についての規定の違反（3号）、議決・認可・公示に関する瑕疵（4号）を挙げている。同条 2 項は、地区詳細計画と土地利用計画の関係についての規定の違反のうち顧慮されないものを列挙している。同条 3 項は、衡量にとっては土地利用計画または条例の議決の時点における事実・法の状況が

⁶⁹⁾ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 10. 7. 2003, NVwZ 2003, 1389 (1389).

基準となること（1文）、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵は、衡量の瑕疵として主張することができないこと（2文前段）、その他の点では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こと（2文後段）を定めている。最後に同条4項は、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に発効させることもできる」と規定する。

2004年改正時の建設法典215条1項は、建設法典214条1項1文1号～3号により顧慮される手続・形式規定の違反、同条2項を考慮して顧慮される地区詳細計画と土地利用計画の関係についての規定の違反、そして同条3項2文により顧慮される衡量過程の瑕疵は、土地利用計画または条例の公示から2年以内に書面で市町村に対して主張されなかった場合には顧慮されなくなると規定した⁷⁰⁾。2004年改正後の建設法典215条2項は、土地利用計画または条例の発効に当たっては、規定の違反の主張のための要件および法効果が指示されなければならないと規定している。従前において補完手続について定めていた建設法典215a条は削除された。

「建設法典のEU指令への適合に関する法律」は、行政裁判所法47条5項の改正をも含むものである。この改正で、従前の行政裁判所法47条5項2文の「無効」という語が「効力を有しない（unwirksam）」という語に変更されるとともに、同項4文は削除された。2004年改正後の行政裁判所法47条5項は、次のように規定している。「上級行政裁判所は判決によって又は、口頭弁論を要しないと認める場合には決定によって裁断する。上級行政裁判所は、法規定が有効でないとの確信に至る場合、それを効力を有しないと宣言し、この場合においては、裁断は一般的拘束力を有し、裁断

⁷⁰⁾ 2006年の「都市の内部発展のための計画策定案の容易化に関する法律」により、建設法典215条1項の期間は「土地利用計画又は条例の公示から1年以内」に短縮された。

の文言は被申立人により、当該法規定が公示されなければならない場合と同じ方法で、公にされなければならない。裁断の効力については第183条が準用される」。

(2) 法規定の「無効」宣言の廃止

2004年の法改正で、無効の条例と効力を有しない条例の区別は消滅し、規範統制裁判所は、法規定が有効でないとの確信に至る場合には、当該法規定は効力を有しないと宣言するものとされた。これに関して連邦政府は、「都市建設上の条例が無効であることと効力を有しないことの区別は必要ない」と述べるとともに、行政裁判所法47条5項2文の改正により有効でない法規定は「効力を有しない」と宣言されることを指摘して、「それに伴って、都市建設上の条例は補完手続における瑕疵の除去まで未確定的に (schwebend) 効力を有しないこともあり得ることが明確にされる」と述べている⁷¹⁾。また政府草案理由書においては、建設法典の改正のための独立専門家委員会が、無効な条例と効力を有しない条例の区別は「法的不安定性を発生させている」との理由で、その廃止を提案したとの記述もみられる⁷²⁾。

2004年の法改正以降においては、規範統制裁判所は、地区詳細計画に有意な瑕疵があることを認定した場合には、当該地区詳細計画は効力を有しないと宣言すれば足り、当該瑕疵が補完手続において除去可能であるか否かを審理する必要はない⁷³⁾。規範統制裁判所が瑕疵の除去可能性に言及することなく、地区詳細計画は効力を有しないと宣言した場合において、申

⁷¹⁾ BT-Drucks. 15/2250, S. 65.

⁷²⁾ BT-Drucks. 15/2250, S. 74.

⁷³⁾ Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 39), § 214 Rn. 33.

立人の上告が許される余地はない⁷⁴⁾。その限りでは、裁判所の負担が軽減されたとみることもできる。他方で市町村にとっては、規範統制手続において地区詳細計画が効力を有しないことが確定した場合において、補完手続による瑕疵の除去可能性を自らの責任で判断しなければならない局面が生じうる⁷⁵⁾。市町村が補完手続を実施して当該地区詳細計画を再び発効させた後で、補完手続を実施する要件が充足されていなかったとして、再び規範統制の申立てがなされることも考えられる⁷⁶⁾。

理論的な観点からは、従前の行政裁判所法47条5項2文の「無効」という語が「効力を有しない」という語に改められたことは、瑕疵ある規範は無効であるという「無効のドグマ」からの離脱を顕著に示すものとみることもできるように思われる⁷⁷⁾。もっとも連邦政府は、行政裁判所法47条5項の改正に「実質的な変更は結びつけられていない」と述べている⁷⁸⁾。

74) Vgl. Werner Kalb, in: Werner Ernst/Willy Zinkahn/Walter Bielenberg/Michael Krautzbberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, Loseblatt-Kommentar, Stand: Januar 2010, § 214 Rn. 255.

75) その結果、地区詳細計画の修正が著しく遅延し、かつ不確実化するとの批判もある。Vgl. Horst Sandler, Der Jubilar, der Grundsatz der Planerhaltung und das Richterrecht, DVBl. 2005, 659 (664).

76) Vgl. VGH München, Urt. v. 24. 7. 2007, ZfBR 2008, 374.

77) シュミットは、「違法な規範は瑕疵が除去されるまで——未確定的に——効力を有しない」との帰結を導き出している。Vgl. Jörg Schmidt, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Aufl., 2006, § 47 Rn. 90.

78) BT-Drucks. 15/2250, S. 74. 行政裁判所法47条5項2文の改正は、理論上の変更のない単なる「ラベルの貼替え (Umetikettierung)」であると主張する説として, Michael Quaas/Alexander Kuk, Neustrukturierung der Planerhaltungsbestimmungen in §§ 214 ff. BauGB, BauR 2004, 1541 (1551).

(3) 補完手続により除去可能な瑕疵

(a) 総 説

建設法典214条4項（2004年改正後のもの。以下同じ）は、条例の瑕疵だけでなく、土地利用計画の瑕疵も補完手続によって除去されうることを前提としている⁷⁹⁾。他方で、土地利用計画や条例の瑕疵のうち、いかなる瑕疵が除去可能であるのかは文言上全く不明である。同項は、瑕疵が建設法典214条1項～3項および215条1項の規定により顧慮されるものであることについても言及していないため、学説の中には、これらの規定により顧慮されない瑕疵も補完手続によって除去可能であると主張する説もある⁸⁰⁾。連邦行政裁判所2009年8月20日決定も、「かつての条例の議決の有効性に対する疑念の除去」は補完手続の重要な適用事例の1つであり、市町村が「用心のために（vorsorglich）」補完手続を実施することは許されると述べている⁸¹⁾。

既述の通り、前掲連邦行政裁判所2003年9月18日判決は、「手続及び形式の瑕疵と並んで実体法上の瑕疵も除去可能である」と述べ、他方で「計画上の全体構想を危うくすることに適している修正」や「計画策定をその基本的特質において修正する」ことは認められず、「地区詳細計画又はその他の条例の同一性が害されてはならない」と判示していた。2004年の法改正以降において、上記の判示事項が建設法典214条4項についても同様に妥当することを明言した連邦行政裁判所の判例は見当たらない。他方で、上記の判示事項を明示的に変更した例も存在しない。

学説においては、建設法典214条4項は手続・形式の瑕疵、衡量の瑕疵、

⁷⁹⁾ これは大きな変更点の1つであるように思われるが、連邦政府はその理由を特に説明していない。Vgl. BT-Drucks. 15/2250, S. 65.

⁸⁰⁾ Vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz(Fn. 19), § 214 Rn. 127.1.

⁸¹⁾ BVerwG, Beschl. v. 20. 8. 2009, ZfBR 2009, 790 (791).

その他の実体的瑕疵のいずれの場合にも適用可能であること、他方で計画の同一性は維持されなければならないことに関しては一致がみられる⁸²⁾。従前と同様に、「計画策定の基本的特質」に関係するか否かを、瑕疵の除去の限界を画する基準として用いることに対しては批判もある。例えばカルプ (Kalb) は、「建設法典13条の意味における計画策定の基本的特質に関係しない計画の変更は、常に補完手続において可能である」ということはできるが、「しかし補完手続は、建設法典13条の要件が存在していない場合においても許容されうる」と主張している⁸³⁾。

(b) 上級行政裁判所の裁判例

以下では、瑕疵の除去可能性に関する上級行政裁判所の裁判例をいくつか紹介する。

① ミュンスター上級行政裁判所2006年8月28日判決⁸⁴⁾ は、「瑕疵ある地区詳細計画は、少なくとも補完手続によって『治癒』され得る。除外されているのは、計画上の全体構想を危うくすることに適している修正のみである。補完手続における地区詳細計画の『修繕 (Reparatur)』の可能性は、計画策定をその基本的特質において修正するための手がかりを与えない。地区詳細計画の同一性が害されてはならない」と判示した。

この事件では、主として営業地区を指定する被申立人の地区詳細計画

⁸²⁾ Michael Quaas/Alexander Kukk, in: Hans Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., 2006, § 214 Rn. 53-56; Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 127, 135; Kalb, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 74), § 214 Rn. 214.

⁸³⁾ Kalb, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 74), § 214 Rn. 219; vgl. auch Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 135, 135.1; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 39), § 214 Rn. 24.

⁸⁴⁾ OVG Munster, Urt. v. 28. 8. 2006, BauR 2007, 69.

108号の第1次変更が問題となった。当初の地区詳細計画108号（1992年4月30日公示）は、営業地区における小売業を原則的に禁止していたが、「市の中心部で重要（innenstadtrelevant）ではない商品を扱う小売業」で、「これらが、単独で又は他の小売利用と関連して、建設利用令11条3項2文の意味における国土整備及び州の計画策定の目標又は都市建設上の発展及び整序に対する否定的な作用⁸⁵⁾を有することのない場合」には、これらを例外的に許容していた。当該地区詳細計画の第1次変更は、上記の指定の有効性に対する疑義が発生したため、小売業の禁止とその例外についての指定を新しく定めるものであった。被申立人は2004年9月16日に建設法典13条（2006年改正前のもの）⁸⁶⁾による簡素化された計画変更手続を開始することを議決した。行政庁参加および案の縦覧の実施後、被申立人は2005年2月24日に第1次変更を条例として議決し、これを同年3月4日に公示した。同年9月23日に規範統制の申立てがなされ、申立人は、当初の地区詳細計画108号は営業地区において例外的に許容される小売業についての指定が不明確であるがゆえに無効であるから、第1次変更は効力を有しないと主張した。

85) 建設利用令11条3項1文（1990年改正後のもの）によると、「種類、位置又は規模により、国土整備及び州の計画策定の目標の実現に対して、又は都市建設上の発展及び整序に対して、非本質的にすぎないとはいえない作用を及ぼし得る大規模小売業」は、中心地区のほか、特別地区においてのみ許容される。同項2文は、そこである作用の例として、有害な環境作用のほか、インフラ整備に対する作用、住民の供給に対する作用等を挙げている。

86) 建設法典13条1項（2006年改正前のもの）によると、建設管理計画の変更または補完が計画策定の基本的特質に関係しない場合において、環境適合性審査の実施を義務付けられる事業案の許容性が準備されるまたは基礎付けられることがなく、かつ建設法典1条6項7号bに掲げられた保護法益（共同体重要地区およびヨーロッパ鳥類保護区の維持目標・保護目的）が害される手がかかるが存在しないときには、市町村は簡素化された手続を適用することができる。

本判決は、規範統制の申立てを理由がないとして斥けた。本判決は、問題の指定が「市の中心部で重要」な商品を定義していないために明確性の点で法的に疑義があること、さらに許容される施設の類型の特徴を定めていないために法的根拠を欠いている疑いがあることを認めたが、「しかしながらこれらの瑕疵は決して、申立人が述べるように、『修繕不可能』ではなかった」と判示した。本判決は次のように述べている。「個別的な建設管理計画上の指定の明確性の欠如は、通常は計画が効力を有しないことのみをもたらす典型的な瑕疵の1つである……。／それゆえ当該瑕疵は通常、関係する指定を、明確性の瑕疵を除去する別の指定に置き換えることによって除去され得る。なぜなら通常それと計画策定の基本的特質は関係しないからである。同じことは、十分な法的根拠によって守られていない指定を、法的に懸念のない仕方でも、少なくとも類似の目標設定を達成しようとする指定に置き換える修正に妥当する」。

②ミュンヘン上級行政裁判所2007年7月24日判決⁸⁷⁾は、「建設法典214条4項は——1998年建設法典215a条1項1文の規定と同様に——補完手続を実施する可能性を、特定の（形式的又は実体的）瑕疵に明示的に限定してはいない」と述べるとともに、「1998年建設法典215a条1項1文と同様に、建設法典214条4項も、計画策定をその基本的特質において修正するための手がかりを与えない。『地区詳細計画の同一性』又はその他の条例のそれは維持されなければならない」と判示した。

この事件では、主として営業地区を指定する被申立人の地区詳細計画3号が問題となった。当該地区詳細計画の第2次変更(1998年5月6日公示)では、計画適用区域全域について、既存の建築状態・利用状態に合わせる形で、建築可能地、建ぺい率・容積率が制限された。当該地区詳細計画の

87) VGH München, Urt. v. 24. 7. 2007, ZfBR 2008, 374.

第4次変更（1999年12月15日公示）は、交通状況改善のための措置のほか、第2次変更で制限された建築権の変更および拡大を内容とするものであった。同裁判所の2002年8月23日判決⁸⁸⁾は、第2次変更における建築権の制限は、建築を希望する営業者に、地区施設整備措置の資金調達のための契約を締結させることのみを目的とするものであったと認定し、第2次変更条例を建設法典1条3項の必要性原則（Erforderlichkeitsgrundsatz）⁸⁹⁾の違反および衡量の瑕疵のゆえに無効と宣言した。また同裁判所の2005年7月18日決定⁹⁰⁾は、第4次変更条例は、第2次変更の基礎となった瑕疵ある計画策定構想を引き継いでおり、第2次変更条例の無効をもたらした建築権の制限を維持しているがゆえに、効力を有しないと宣言した。被申立人は補完手続を実施して、2006年5月15日に当該地区詳細計画の第4次変更（2回目の第4次変更）を条例として議決し、同月31日にこれを公示した。同年8月4日に規範統制の申立てがなされた。

本判決は、最初の第4次変更条例の瑕疵は補完手続において除去されえないものであったと認定し、2回目の第4次変更条例は効力を有しないと宣言した。本判決は、「個別の指定だけでなく、計画策定全体に及ぶ、必要性原則（建設法典1条3項）の違反は、補完手続において治癒され得ない。というのも、この場合においては瑕疵の除去のためには新たな——支える力のある（tragfähig）——計画策定構想が発展させられなければならないからである。必然的にそれと計画策定の『同一性』は関係する」と述べ

⁸⁸⁾ VGH München, Urt. v. 28. 3. 2002, 15 N 99.1340, 15 N 99.3076, juris.

⁸⁹⁾ 建設法典1条3項（2004年改正前のもの）は、「市町村は建設管理計画を、それが都市建設上の発展及び整序のために必要である場合に直ちに、策定しなければならない」と規定していた。

⁹⁰⁾ VGH München, Beschl. v. 18. 7. 2005, 2 N 01.2705, 2 N 01.2706, 2 N 04.2308, juris.

ている。

③リューンブルク上級行政裁判所2009年1月22日判決⁹¹⁾は、「補完手続の対象は、土地利用計画又は条例の考えられ得るすべての瑕疵，すなわち……実体的瑕疵と同様に手続及び形式の瑕疵であり得る」と述べるとともに、「ただし補完手続は，瑕疵が計画策定の基本的特質に関係する場合に，その限界に達する」と判示している。

この事件では，風力発電施設のための特別地区を指定する地区詳細計画が問題となった。被申立人の地区詳細計画58号は，49.7haの特別地区「風力発電施設及び農業」を指定するものであり，当該地区においては風力発電施設1基を設置可能な用地が5つ指定されていた。同裁判所の2004年1月29日判決⁹²⁾は，当該地区内における既設の風力発電施設と，指定された風力発電施設設置用地との離隔距離が不足していること等を問題視して，当該地区詳細計画は効力を有しないと宣言した。被申立人は補完手続を実施して，2005年3月16日に地区詳細計画58E号を条例として議決し，同年5月19日にこれを公示した。2006年5月10日に規範統制の申立てがなされた。

本判決は，地区詳細計画58E号が効力を有しないことを宣言することを求める申立てを認容した。本判決は，当該地区詳細計画は全計画地区を引き続き特別地区「風力発電施設及び農業」として指定しているものの，2つの部分地区の一方では建築可能地を指定せず，当初指定されていた5つの風力発電施設設置用地のうち2つを削除したことを問題視して，「この計画策定の基本構想は，2つの部分地区の一方における建築可能地の削除によって危うくなった。その点で当該計画変更は補完手続の限界を超えている」と判示している。

⁹¹⁾ OVG Lüneburg, Urt. v. 22. 1. 2009, NVwZ-RR 2009, 546.

⁹²⁾ OVG Lüneburg, Urt. v. 29. 1. 2004, NuR 2004, 609.

(4) 補完手続の実施

建設法典214条4項は、補完手続をどのように実施すべきかについて全く規定していない。基本的には、「瑕疵の除去のための補完手続の実施は、計画が効力を有しないことをもたらす瑕疵が発生した段階から手続を再実施することによって行われる」⁹³⁾ということができよう⁹⁴⁾。連邦行政裁判所2010年3月8日決定も次のように述べている。「市町村が建設法典214条4項に従って行動する場合、法的に独立した手続を実施するのではない。むしろ市町村は、自らが当初開始し、外見上終結したにすぎない建設管理計画手続を、それに瑕疵が生じた箇所で続行する……。瑕疵に先行する（正しい）手続段階ではなく、後続の段階のみが再実施されなければならない⁹⁵⁾」。

2004年改正後の建設法典においては、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵が手続規定の違反として位置づけられており（214条1項1文1号）、この種の瑕疵を除去するためにはどの段階から手続を再実施すべきかという問題がある。この問題を取り扱った学説・判例は見当たらないが、建設法典4a条1項（2004年改正後のもの）が、「公衆及び行政庁参加についての規定は、特に計画策定に係る利益の完全な調査及び適切な評価に奉仕する」と規定していることに鑑みると、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵を除去するために参加手続を再実施すべき場合も十分にありうるように思われる⁹⁶⁾。

前掲ミュンスター上級行政裁判所2006年6月28日判決は、地区詳細計画の指定が明確性要請に違反する場合、および法的根拠を欠く場合におい

⁹³⁾ Quaas/Kukk, in: Schrödter (Fn. 82), § 214 Rn. 64. 下線部分は原文ゴシック体。Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 22. 1. 2009, NVwZ-RR 2009, 546 (547).

⁹⁴⁾ BVerwG, Beschl. v. 8. 3. 2010, NVwZ 2010, 777 (778).

⁹⁵⁾ 参加手続が衡量の瑕疵に「感染」している場合について, vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 142.

て、建設法典13条（2006年改正前のもの）による簡素化された手続を通じて計画を変更することを認めている。それに対してカルプは、地区詳細計画が変更されなければならない場合、その手続は建設管理計画の案の変更について定める建設法典 4a 条 3 項（2004年改正後のもの。以下同じ）に従うと主張している⁹⁶。ここで注目されるのは、前掲連邦行政裁判所2010年3月8日決定である。この事件では、補完手続を通じて地区詳細計画に騒音の算定方法についての指定が追加され、他方で交通用地の指定が削除されたことが問題となった。規範統制裁判所は、関係者に対して不利益な作用を及ぼしうる実体法上の変更が問題になっているため、建設法典 4a 条 3 項 1 文による公衆参加が必要であると判示した。本決定も、この判断を支持して、次のように述べている。「補完手続においてなされた内容上の変更から不利益な作用が生ずるので、地区詳細計画の衡量上顧慮される（abwägungsbeachtlich）変更が問題となっており、それは再度の縦覧手続における批判が可能なものでなければならない……。補完手続はこの場合には計画策定者を地区詳細計画の案の段階に戻す。当初の地区詳細計画を変更するための手続は建設法典 4a 条 3 項 1 文に向けられる⁹⁷」。

⁹⁶ Kalb, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 74), § 214 Rn. 261. 建設法典 4a 条 3 項は、建設管理計画の案が縦覧または行政庁の意見聴取の結果変更または補完される場合には、縦覧および行政庁の意見聴取が再実施されなければならないこと（1文）、建設管理計画の案の変更または補完が計画策定の基本的特質に関係しない場合には、意見の聴取は、当該変更または補完によって影響を受ける公衆ならびに関係する行政庁およびその他の公益主体に限定されうること（4文）等を規定している。

⁹⁷ 続けて本判決は、「既に実施された縦覧の後で地区詳細計画の案が計画策定の基本的特質に関係する方法で変更又は補完される場合だけでなく、それほど根本的ではない変更又は補完の場合にも、変更が単に明確化の意味を有するにすぎないのではない限り、縦覧が再実施されなければならない」と指摘している。この点に鑑みると、本判決が補完手続を通じて計画策定をその基本的特質において修正することを認めたとまではいえないように思われる。

前掲連邦行政裁判所2003年9月18日判決は、地区詳細計画の指定が国土整備の目標に適合しない場合について、補完手続として、州計画策定庁が州計画策定法で定められた目標離脱手続を実施しうることを示唆していたが、この判示に対しては現在でも批判がある。例えばクヴァース／クック（Quaas/Kukk）は、「補完手続の可能性は、市町村自身とその計画策定手続の修正によって除去しうるような実体的瑕疵についてのみ妥当する」と主張している⁹⁸⁾。

(5) 遡及的発効の許容性

建設法典214条4項は、土地利用計画および条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に発効させることもできると規定しており、従前のように遡及的発効は手続・形式の瑕疵の場合に限る旨の文言はみられない。これに関して政府草案理由書は次のように述べている。「〔建設法典214条〕4項は、土地利用計画又は条例が……手続又は形式規定に対する違反の場合に限らず遡及的に発効することになるという点で、新たな規律を含んでいる。ただし遡及効は、土地利用計画又は条例が——瑕疵を有していなかったとすれば——最も早く発効することのできた時点までに限り遡ることが許される。この原則に従い遡及的発効が可能であるか否かは、市町村が判断する義務を負う⁹⁹⁾」。

前掲連邦行政裁判所1997年11月7日決定は、実体的瑕疵を有する地区詳細計画を、瑕疵の除去の後、遡及的に発効させることも憲法上許容されうることを示唆していた。建設法典214条4項の合憲性を明言した連邦行政

⁹⁸⁾ Quaas/Kukk, in: Schrödter (Fn. 82), § 214 Rn. 55. それに対して判例を支持する説として, vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 131.

⁹⁹⁾ BT-Drucks. 15/2250, S. 65.

裁判所の判例は見当たらないが、前掲リュースブルク上級行政裁判所2009年1月22日判決は、「建設法典214条4項は市町村に、治癒された計画を遡及的にも発効させる可能性を開いている。憲法上の観点で、そのような行動に根本的な疑念が生ずることはない。というのも、ある規範が効力を有しないことに対する信頼は通常保護に値しないからである」と判示している。学説においても、土地利用計画または条例に実体的瑕疵があった場合でも遡及的発効の可能性を肯定するのが多数説である¹⁰⁰⁾。2004年の建設法典改正により、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵が手続規定の違反として位置づけられたため、手続の瑕疵と実体的瑕疵の区別が不明確になっている点にも留意が必要である¹⁰¹⁾。

建設法典214条4項それ自体が合憲であるとしても、事案によっては、遡及的発効が許されない場合もあるのではないかという問題がある。まず、土地利用計画または条例の有する瑕疵が補完手続によって除去できないものである場合には、これらを遡及的に発効させることはできないであろう。連邦行政裁判所2005年11月14日決定も、「市町村は地区詳細計画を、当初議決された地区詳細計画が有していた瑕疵が補完手続によって除去される場合に限り、遡及的に発効させることができる」と判示している¹⁰²⁾。

瑕疵の除去の前後で計画の内容が全く変わっていない場合には、当該計画を遡及的に発効させたとしても、通常は利害関係者の信頼を害することはないといえよう。もっとも、その間に事実関係が根本的に変化していた

¹⁰⁰⁾ Vgl. Kalb, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 74), § 214 Rn. 268; Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn. 145. それに対して、建設法典214条4項は衡量の瑕疵を遡及的に治癒することを認める点で違憲である旨主張する説として, vgl. Wilfried Erbguth, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, DVBl. 2004, 802 (808).

¹⁰¹⁾ この問題については、拙稿・前掲注(5)130頁以下参照。

¹⁰²⁾ BVerwG, Beschl. v. 14. 11. 2005, NVwZ 2006, 329 (331).

場合には、従前と同一内容の計画であってもこれを再び発効させることは妥当ではないとも考えられる。しかし、前掲連邦行政裁判所2000年8月10日決定は、そのような場合においてはそもそも補完手続による瑕疵の除去が認められない旨判示していた。連邦行政裁判所2008年3月12日決定も、「状況が……根本的に変化して、地区詳細計画がその間に機能を喪失した内容を有する、又は当初は懸念のない衡量結果が維持できなくなった場合」には、「瑕疵の除去はもはや問題にならない」と判示している^{④⑨}。

補完手続によって計画の内容が変更された場合には、そのような計画を遡及的に発効させることで利害関係者の信頼が害される可能性もあるように思われる。考え方としては、まず、計画の内容が変更された場合には遡及的発効は許されないとする説がある^{④⑩}。逆に、計画の同一性が維持されている以上、遡及的発効も許されるとする理解も成り立ちうる^{④⑪}。中間的な立場として、個別具体的な状況に応じて遡及的発効の許容性を判断する説もある^{④⑫}。この論点に関しては、連邦行政裁判所の判例は見当たらない。

おわりに

連邦建設法は、1979年の改正で、市町村は土地利用計画または条例が有する手続・形式の瑕疵を除去して、これらを遡及的に発効させることができる旨の規定（155a条5項）を設けた。連邦行政裁判所は、形式上なお存在する法規範が有効でないことに対する信頼は通常保護に値しないこと、

④⑨ BVetwG, Beschl. v. 12. 3. 2008, ZfBR 2008, 373 (374).

④⑩ Vgl. Quaas/Kukk, in: Schrödter (Fn. 82), § 214 Rn. 60.

④⑪ Vgl. Quaas/Kukk (Fn. 78), S. 1548-1549.

④⑫ 内容上変更された地区詳細計画が、個別の利害関係者に従前の計画よりも強い負担を課す場合には、遡及的発効は許されないと主張する説として、vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 19), § 214 Rn 145.

この規定はむしろ計画に寄せられた信頼を保護するものであることを指摘して、その合憲性を認めた。1986年に制定された建設法典も、市町村は手続・形式の瑕疵を除去することができること、後続の手続の再実施によって土地利用計画または条例を遡及的に発効させることもできることを定める規定（215条3項）を設けた。

1997年の法改正では、従前の建設法典215条3項は削除され、新たに建設法典215a条が設けられた。同条は、有意な瑕疵を有する条例は、当該瑕疵が補完手続により除去可能である場合には、無効とはならず、当該瑕疵が除去されるまで法的効力を発揮しないこと（1項）、土地利用計画または条例が手続・形式の瑕疵を有する場合には、これらを遡及的に再び発効させることもできること（2項）を規定した。この改正で導入された補完手続は、手続・形式の瑕疵だけでなく、実体的瑕疵の除去をも対象としている点で特色を有する。他方で従前と同様に、実体的瑕疵を有する土地利用計画または条例を遡及的に発効させることは予定されていない。

2004年の法改正では、従前の建設法典215a条は削除され、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に発効させることもできる」との規定（建設法典214条4項）が置かれた。この改正により、実体的瑕疵を有する土地利用計画または条例を、補完手続を通じて遡及的に発効させる可能性が開かれた。現在の学説においては、このことを支持する説が多数説である。また行政裁判所法47条5項が改正され、規範統制裁判所は、法規定が有効でないとの確信に至る場合には、当該法規定は効力を有しないと宣言するものとされた（2文）。その結果、無効の条例と効力を有しない条例の区別は消滅した。

既に明らかなように、瑕疵の除去についての建設法典の規定は、除去しうる瑕疵の範囲および土地利用計画または条例の遡及発効の可能性を拡大させる方向で発展してきた。このことは、瑕疵の除去が実務上大きな意

義を有することを示すものといえよう^⑩。また理論的な観点からは、建設法典における補完手続の導入および発展は無効のドグマからの離脱を押し進めるものであり、行政裁判所法47条5項の改正はそれを端的に表現しているといえることができる。もっとも、建設法典の規定による条例だけでなく、その他の法規定についてまで規範統制裁判所の無効宣言を放棄する必要があるのかどうかは議論となりうる^⑪。

他方で建設法典214条4項は、その規律内容が簡潔すぎるために、いくつかの解釈問題を発生させている。まず、いかなる瑕疵が除去可能かについての規律がない。2004年の法改正前において連邦行政裁判所は、手続・形式の瑕疵と並んで実体的瑕疵も除去可能であること、他方で計画策定をその基本的特質において修正することは認められず、計画の同一性が害されてはならないことを判示していた。現在のところ、上級行政裁判所はこの判示に従っているとみられるが、学説においては、計画策定をその基本的特質において修正することも可能とする説も少なくない。

次に、補完手続をどのように実施すべきかについての規律がない。基本的には、瑕疵が生じた手続段階および後続の手続を再実施すべきであると考えられるが、従前の判例は、衡量の瑕疵の除去に当たって参加手続を再実施すべき場合があることを認めており、また計画変更が必要な場合には建設法典13条による簡素化された手続を実施すべきものとしていた。他方で近時、連邦行政裁判所は、計画変更が関係者に対して不利益な作用を及ぼす場合には建設法典 4a 条 3 項 1 文に従って縦覧を再実施すべきである旨判示した。

⑩ クヴァース／クックは、1997年の建設法典改正以来補完手続が規範統制の申立てに対する市町村の「万能薬（Allheilmittel）」として大きな意義を獲得してきたと述べている。Vgl. Quaas/Kukk (Fn. 78), S. 1547.

⑪ Vgl. Quaas/Kukk (Fn. 78), S. 1551.

さらに、土地利用計画または条例の遡及的発効の限界についての規律もない。特に、補完手続を通じて計画内容が変更された場合には、遡及的発効の許容性が問題になる。この場合においては遡及的発効を認めない説もあるが、計画の同一性が維持されている以上遡及的発効も許されるとする説も成り立ちうる。この論点に関しては連邦行政裁判所の判例がなく、解決が待たれる。