

計画裁量の概念について

——ドイツの計画裁量論を中心として——

海 老 沢 俊 郎

はじめに

「計画裁量の統制密度」という論文を公表したことがあるが、そこでは、小田急連続立体交差事業認可取消請求事件について、主として東京地裁判決（平成一三年一〇月三日判時一七六四号三頁）およびその上告審判決（平成一八年一月二日民集六〇巻九号三二四九頁、判時一九五三号三頁）を取り扱った。東京地裁判決は、計画裁量に対する裁判所の統制の在り方について問題点を改めて気づかせてくれたのである。行政の裁量統制の在り方としてこの判決が示したのはおそらく判断代置方式と呼ぶこともできるものであるが、これについては、この論文はむしろ否定的な基調で書かれていた。すなわち、都市計画事業の決定という計画決定までにいたる過程においては広範な裁量権が承認される。この過程には、この事業によって影響を受けるさまざまな利益が登場するが、そうした諸利益の衡量の在り方についての審査が——それが唯一のものではないにせよ——裁判所による裁量統制の主要

な方法として登場する。この判決で裁判所は、この点についてやはり自らの価値判断を前面に出したうえで利益衡量を行い、計画決定の是非を論じる方法を採用しているといえよう。より踏み込んだ言い方が許されるならば、こうした方式がこの事件で登場した計画に対する統制の在り方として果たして望ましいのか、ということが、この判決を契機として改めて問われよう。少なくとも、判決が他方では広範な裁量権を承認していることとの整合性が問われる。そしてまた、最高裁はこの事件においても、裁量統制の方式としての公式をここでも繰り返しているようにみえる。

これら二つの判決で示された課題として指摘すべきことは、計画裁量の統制の在り方について、両判決は判旨において議論を展開するに際して共通の土台を欠いていることであり、そしてこれを回避するために、裁量統制に関する何か別の方法を模索して、その上で統制原理を確立することである。この点を先の論文で強調をしたつもりである。もとより裁判所としては、突きつけられた事件の解決を第一の目標とするから、こうした課題に応えることは本来の役割ではなからう。むしろ学説の仕事である。しかし、学説が本格的にこの議論に加わって計画裁量について有効な説明を行い、その上で計画裁量の統制のあり方についての提言を模索してきているとは到底いえない。これもやむを得ないのかも知れない。学説がこうした課題に応えるためには、一定の判例法の積み重ねも必要である。

本稿は、こうした観点からドイツ法において展開してきている「計画裁量」であるとか「衡量原則」から素材をもとめて前述の課題に応えようとする意図から書かれたものである。ドイツ法のこの議論については、すでに貴重な研究がなされてきていることであり、このため、本稿もこうした研究と重なり合うところが少なからう。しかし、こうした研究は日本において計画に対する統制の在り方がそれほど意識されない時代に行われたものでもある。上記のような判例が出現して、計画裁量の統制について具体的な問題点が明らかになりつつある現時点では、

多様な展開をしてきているドイツ法での議論の見方も自ずと異なるのではないか。特に議論の素材の選択についてはこうしたことが当てはまるように見える。

本稿は、こうした意識をもって書かれたのであるが、計画裁量の統制のあり方について包括的な記述をするのではない。ここでは、取りあえずは、まずそうした記述の前提となる計画裁量についての概念を一通りみておくことにする。また、計画裁量に関する包括的な研究については、すでに貴重な先行作業²⁾もあるので、これに譲ることにして、記述に際してはこの議論の中で代表的なものと思われるものだけを取り上げ、これができるだけ詳細に紹介することにとつとめた。

註

(1) 海老沢俊郎「計画裁量の統制密度」名城ロースクール・レビュー第六号一頁(二〇〇七年)以下。

(2) 代表的なものとして、例えば芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村還暦記念(有斐閣、一九七八年)一八七頁以下。

一 議論の前提

1 検討対象について

ドイツにおいては国土整備のための計画は、総合計画(Gesamtplan)と特定部門計画(Fachplan)に大別されるが、従来ドイツの計画裁量あるいは裁量の統制について検討するに際しては、前者の建設管理計画(Bauleitplan)を中心にってきている、といえよう。すなわち、連邦行政裁判所は、一九七四年七月五日の判決(BVerwGE 45, 309)以来、特定部門計画上の計画決定についての判例を展開するに際しては建設管理計画に關す

る説明に依拠してきており、この説明を特定部門計画上の計画確定に転用している、とされている。⁽³⁾ 裁量統制のための重要な原則のひとつである衡量原則 (Abwägungsgebot) というのも、この計画を中心にして展開してきたのである。一九六〇年の連邦建設法 (Bundesbaugesetz BBAUG) に代わって成立した一九八七年の建設法典 (Baugesetzbuch BaugB) は第一条第六項において「この衡量原則を明文をもって定めている。すなわち、「建設管理計画の策定に際しては、公的利益および私的利益が、対立した利益の相互間および同じ性質の利益の相互間において、それぞれ適切に比較衡量されなければならない」という規定である。そしてこのした衡量原則が、連邦行政裁判所により特定部門計画にまで拡大して適用されてきているのである。したがって、計画裁量であるとか、裁量の統制をみよつとするとときは、これまで日本においてこれが紹介されるときと同様に建設計画をみることは当然として、その対象を拡大していかなければならないのである。

2 特定部門計画のいくつかの特色

ドイツの建設管理計画については、日本では良く研究もされてきており、ここで繰り返す必要もないように思われる。ここでは特定部門計画について少し説明すると、これは広義には、連邦および州の特定部門を管轄する官署によって準備され実施される国土に影響をおよぼす計画や処分であつて、国土の全体的な構成を対象とする国土計画、州計画、建設管理計画という総合計画から区別されるものである。そして、狭義には、例えば道路、鉄道の路線、空路、空港、廃棄物の処理施設などにみられる事業に係る計画を指している。こうした計画は、連邦や州の法律において定められているのであり、計画決定はこれに係わる個人や公共の利益に授益的あるいは負担的な影響をおよぼすのであり、計画に係わる諸利益は相互に関連し合ひ、いわば網の目の状態 (Interessengeflecht) を呈している。このため、この計画決定が行われるためには「計画確定手続」 (Planfeststellungsverfahren) と呼

ばれる要式の特殊な手続が執られることになる。行政手続法は第七二条以下においてこれについて詳細な定めを置く。行政手続法の規定は他に特別の定めがない限り適用されるといふ留保が付いているのであるが (同法第一条第一項、第二項)、この計画確定手続をみるときは、行政手続法において定められている手続が中心になることはいうまでもない。この手続について詳細を述べることはできないが、本稿と関連する部分だけを見ると、つぎのことが指摘できる。⁽⁵⁾ すなわち、計画にとつて重要な意味をもつ事実が計画決定にいたる衡量過程の中に入れられなければならない、ここでは、例えば廃棄物処理施設のような事業によつて影響を受ける権利や利益、関係する同位のまたは優位する他の計画であるとか、あるいはその他の公益上の観点が斟酌されなければならないのであるから、そうした目的のために手続は構成されていかなければならない。計画決定によつて影響を受ける者の範囲の調査、法的聴聞の保障およびその任務範囲に関わりをもつ官庁および行政主体の参加を主体とする聴聞手続 (Anhörungsverfahren) がこの計画手続の中で最も重要である。

以上のように、建設管理計画法についての説明を、特定部門計画上の計画確定に転用することが行われてきているのであるが、これについては問題がなくなはない。この点についてつぎのような指摘がある。⁽⁶⁾ 要約して紹介することにする。

3 建設管理計画からの転用に伴う問題点

計画裁量の統制の在り方を考えるときに、建設管理計画上の議論を特定部門計画に転用するに際しては、この二つの計画を比較することが必要である。

建設管理計画は、二種類の計画に区分されるのであり、ひとつは住民に対して直接の法的拘束力をもたない準備的な計画としての土地利用計画 (Flächennutzungsplan) であり、もうひとつは住民の権利義務を直接に拘束し、

市町村の条例によって定められる地区詳細計画 (Bebauungsplan) である。地区詳細計画が条例という形式をもつに対して、計画確定決定 (Planfeststellungsbeschluss) は行政行為である。また建設管理計画は、特定部門計画とは異なった憲法上の地位をもつ。すなわち、基本法第二十八条第二項第一文はゲマインデ (市町村) に対して地域的共同体のすべての事業を自己の責任で規律する権利を保障しているが、建設管理計画はこうした自治権の中で重要な地位を占める。しかし、特定部門計画には、これに対応する憲法上の保障は存在しない。したがって、ふたつの計画から共通した特色を導き出すことには限界があるので、このことはまた、個々の計画確定相互の間についてもいえる。特に、本稿で主題とする計画裁量およびその統制原理である衡量原則をみると、地区詳細計画における衡量原則とは異なり、特定部門計画においては客観的衡量原則には、計画によって自分の利益が影響を受ける者に対しては自分の利益が正当に衡量されることを求める主観的な権利が対応している。それは行政裁判所法第四二条第二項および第一一三条第二項第一文に求められる。すなわち、行政行為に対する権利保護が衡量原則の遵守にまでもよぶとするならば、この原則はこれに対応する主観的な権利を必要とする、⁷⁾ というのである。ところが、地区詳細計画についての訴訟は規範統制訴訟 (同法第四七条) であり、先にみた対応関係は存在しない。また、衡量原則の違反を理由として違法とされた計画確定決定は、それが権利を毀損された者によって争われない限りは、存続効をもつことになる。これに対して、衡量の瑕疵をもった地区詳細計画は取消訴訟で争うことはできないし、またその必要もない。なぜならば、連邦建設法典第二一四条第三項第二文の規定による例外はあるが、それはしばらく措くとして、衡量の瑕疵だけで条例の無効という効果が生じるからである。

(7) Martin Ibler, Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, 1988, S. 27.

(4) ドイツの特定部門計画についての日本語文献で重要なものとして、成田頼明編著・行政手続の比較研究——運輸法制

を中心として——(第一法規、一九八一年)一頁以下。

(5) Hans-Uwe Erichsen et al, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12 Aufl. S. 579.

(6) Ibler, 前掲・注 (3) S. 28 以下。

(7) 稲本洋之助ほか編著・ヨーロッパの土地法制 (東大出版会、一九八三年)三四四頁以下 (担当・藤田宙靖)

二 計画裁量論をめぐる議論

1 連邦行政裁判所の判例

以下には、計画法であるとか計画裁量に関する判例や学説をみていくのであるが、その前提として、旧連邦建設法第一条第四項および第五項の規定を翻訳という形で紹介しておくことにする。⁸⁾ この議論はこの規定における建設管理計画に即して行われたからである。

「第一条

第四項 建設管理計画は、全住民の社会的・文化的要求、安全および健康にしたがわなければならない。この場合、公的利便および私的利便が、対立した利益の相互間および同じ利益の相互間において、それぞれ適切に比較衡量されなければならない。建設管理計画は、住宅の需要に応じ、そして住宅制度における財産の形成を促進するものとする。

第五項 建設管理計画は教会および公法上の宗教団体によって確認された礼拝および牧会のための必要条件を斟酌し、経済、農業および林業、青少年の育成、交通および国防の必要を尊重し並びに自然や景観の保護の利益および集落や地方の風景の形成の利益に役立たなければならない。農業および林業のために用いられている土地は必要な範囲においてのみ、他の利用方法を予定して要求されるものとする。

計画裁量を問題とするときに主要な判例として必ず登場するものとして、連邦行政裁判所の一九六九年二月十一日の判決が挙げられる (BVerwG C 105, 66 BVerwGE 34, S. 302ff.)。この判例は計画過程であるとか計画に際して行われる比較衡量 (Abwägung) について、先進的で厳密な分析を行ったといっているもので、よく援用されるものである。その中で、判例の判断を引用するに注意する。この判決は旧連邦建設法の規定との関連で、次のように判示する。

「連邦建設法第二十一条第一項による、建設管理計画は必要であれば直ちに、そして必要である限りゲマインデは自らの責任で策定しなければならない。この規定はゲマインデの『計画高権』の承認を定め、この場合計画高権は特に計画裁量の賦与の意味である。このことが争われていないことは明らかである。果たして『裁量』という言葉が計画高権に含まれている形成の自由を適切に示しているかは、ここでは問わない。(実体法上の) 裁量概念については意見の違いがある。しかし、この用語・概念上の問題とは別に、第一に、計画の権能はすべての点で多かれ少なかれ拡大した形成の自由の余地を中に含めており、そして含めなければならないのは既定のことである。なぜなら、形成の自由のない計画は自己矛盾である、からである。第二に、この計画的形成の自由は精神的・心的現象に由来するのではなく、様々な要素——特に認識、評価および責任並びに意思の要素——を含むのである。第三に、計画の行政裁判所による統制に関しては、果たして個々の場合において形成の自由が法定の限界を超越したが、または授權に適合しないやり方で形成の自由が使用されたのか (行政裁判所法第一一四条参照) という制限が計画と形成の自由の結び付きから生じるのである (傍点=引用者)。

連邦行政裁判所は、基本法が定める自治権に基づく計画高権が計画裁量賦与の意味であり、これを旧連邦建設法の規定が定めているということ、および形成の自由が計画と不可分の関係に立つことを確認している。この点においてこの判例の重要性が確認されているが、他方では、この判例は連邦建設法第一条第四項第一文および第三文並びに第五条で用いられている概念 (例えば、全住民の社会的・文化的要求、安全・健康であるとか、全住民の住宅需要、住宅制度における財産の形成、礼拝や牧会のために必要とされるもの、経済・農業・青少年の育成、交通、

国防の必要、自然や景観保護の利益、集落や地方の風景の形成という概念) を計画の趣旨 (Leitsätze) と呼び、これを不確定法概念であるとす。これが不確定法概念である以上、多少の例外はあるものの、この概念の適用については裁判所の全面的審査がおよぶことになるはずである。連邦行政裁判所はつぎのように判示する。

「連邦建設法第一条第四項第一文および第三文並びに第五項に規定されている計画の趣旨の取り扱いについては、ここで用いられている概念が、その解釈でも、適用でも単に上級の行政庁だけでなく、行政裁判所の無制限の統制に服する、いわゆる不確定法概念であるのか、という問題がまず生じる。このことは肯定されなければならない。すなわち、例えば何が経済の必要か (第一条第五項第一文) ということに関する計画をするゲマインデの見解であるとか、同様に、特定の計画がこの要求に資するといふ見解は、いかなる種類の優先も保護も享受しない。これとの関連で、ゲマインデのための何らかの『判断余地』を語ることはできない。……計画をするゲマインデがその解答について独占的な、またはそうでなくとも、少なくとも卓越した専門知識をもち、このために特権に値するものをもってしているような問題である場合にせいぜい考慮されるにすぎない。第一条第四項第一文および第三文並びに第五項に用いられている不確定法概念では、これがまったく欠けている。第一条第四項第一文および第五項は建設管理計画の外側では決してゲマインデの管轄権には属しない目標設定に関係している。このことは、法律自体が教会によって確認された必要を指示している。礼拝および牧会』だけでなく、例えば国防、自然・景観保護、そしてかなりの部分で交通についてもいえる (傍点=引用者)。

すなわち、この判例は計画と形成の自由との間の不可分一体性を承認するが、同時に計画法で用いられている概念の解釈については伝統的な不確定法概念を維持しようとしている。不確定法概念である以上、その適用については裁判所の審査が全面的におよぶのである。ただ、その例外はいわゆる『判断余地』が認められる場合であるが、連邦行政裁判所はこれをゲマインデについては否定するのである。これはこの時代において有力であったドイツの裁量論を引き継いだことによるのであるが、他方で広範な計画裁量を計画の本質のようにして承認していることと整合性が取れないようにもみえる。いずれにしても、この点については、後述のように計画裁量を広く認めよう

とする学説により批判がされてきている。

2 計画裁量論

(一) オッセンビュール

オッセンビュールは計画裁量に関して詳細な議論を展開した¹⁰⁾。彼の説明は計画であるとか、計画裁量についての最も代表的な主張を含む議論であるので、これをまず要約することによって紹介することにする。¹¹⁾

すなわち、計画は単に伝統的な法治国的形式類型を突き破るだけでなく、法実現の新たな方法もその意味内容とする。行政法の法治国的形式類型は法律と行政行為に自己の方位を定めている。そして、法規範¹²⁾、定立と法規範¹³⁾、執行という二分法に根を求めている (radizieren)。この二分法にしたがった法的方法は包摂である。この体系は計画の領域には転用できない。なぜなら、計画は体系的—演繹的な決定をする—般的決定の跡付け (Nachvollzug) ではなく、決定の目標および手段についての指令の枠内において自己を創造し、基準を設定して、それを適用する目標の実現であるからである。規範定立と規範執行という憲法上の基本的な図式は機能を喪失する。それ故、このような性格づけは、関連する計画法律においても現れている。法律は行政に対して包摂できる概念や構成要件を仲介するのではなく、計画には、基準としての性格をもった目標設定や衡量原則による方向づけが存在し、この基準によって統率された計画は、それがいかなる形式のものであれ、まずもって特定の状況の実現を目指すのである。それ故、計画法律は目標を統率する当事者において、条件的ではなく、目的論的にプログラムされる。こうした法律は「かくあるときは、そうした効果が生じるといふ図式」(Wann-Dann-Schema) にしたがって構成される構成要件を定めるのではなく、目標にねらいを定め、「目的プログラム」(Zweckprogramm) を確定する。計画においては、法律の執行に代わって法律の実現が登場するのである。

オッセンビュールは特に行政行為との比較で、規範定立と規範執行という二分法ではなく、自己を創造し、基準を設定して、それを適用する目標の実現であるとする点において計画を捉え、これにもとづく計画法律の定めを説明していく。それでは、こうした点からみて、本稿のテーマでもある計画裁量はどのようなものとして理解されるのであるだろうか。この点について、つぎのような説明が行われている。¹⁴⁾

すなわち、計画裁量をその本質において理解しようとするならば、これと関連する、または類似の発現形式から区別し、理論的に独自のものを立てていかなければならない。まず、伝統的な行政裁量は確かに計画裁量とまったく同様に、法的に根拠づけられ、授權された行政の選択の自由を意味している。すなわち、いくつかの可能な行為方法の中から選択をするということである。しかし、行政裁量は、計画裁量とは異なり、個別的な規範執行に自己の方位を定めている。つまり、それは個別の事件に関わるのが通常であり、個々人に関わるのが一般的である。そして、とりわけ規範構造的には法律効果の側面に押し遣られ、限定されており、そして今日では圧倒的に法律効果裁量として理解されている。これに対して、計画裁量は個別的な事件を念頭に置くのではなく、法律効果の選択に制限されているでもない。計画は、計画が奉仕する需要、自然的条件、用いられる手段および計画が影響をおよぼす私的・公的利益の分析を必要とする。すべての計画的要素の理解や評価は形成されるべき生活領域の態様に応じて、技術的・経済的・法的・社会的・政治的知識や経験を前提とする。それ故、包摂的規範執行と対比して、法実現の特殊な方式として計画にとつて特徴的なのは、利益や需要の比較衡量および将来の展開の予測というものである、と。

オッセンビュールは計画裁量を以上のように理解した上で、こうした裁量に関する裁判所の審査に関してつぎのように主張する。¹⁵⁾

すなわち、計画をする権能が法律により行政に帰属する任務であるならば、必然的に最終的に拘束力をもった形

成的決定が行政に帰属する。このことは裁判官の統制の可能性、行政決定の裁判可能性 (Justitiabilität) の問題ではなく、統制権限の問題である。行政が決定の目的指示や手段指示の変動幅にとどまっておらず、行政に最終的な言葉が帰属している限りでは、裁判所の修正判決は排除される。このことは、この間に知られるようになった。自治体の建設計画決定の完全な裁判所の統制という当初の過ちはこの間克服された。しかし、まだその余波が残っている。すなわち、連邦行政裁判所は一九六九年一月二日の基本判例において、明確な理論的な試みにもかかわらず、完全に包摂思考から自由ではなかった。同裁判所は計画裁量の内部に付着した意味とともに不確定法概念の姿を、不要にそして間違つてそのままにしておいたのである、と。

彼によれば、旧連邦建設法第一条第四項および第五項に定められている概念は計画決定の枠内における裁量基準であつて、これを包摂的なものと裁量的なものに区分できないということなるのである。こうした観点にもとづき、連邦行政裁判所の判例を批判しているのである。

(二) ホッペ

以上のオッセンビュールの学説のほかに、もう一つの代表的な議論としてホッペの学説を要約して紹介することにする。彼は計画法に関して数多くの業績をあげてきているが、ここで彼の業績目録を掲げる必要はなからず。ここでは、本稿に係わる論題に関する比較的初期の論文である「計画法規範の構造に寄せて」を取り上げてみることにする。この論文は計画裁量が議論されるときに引用ないし援用されるものであり、その後の議論の展開に対して大きな影響を与えた代表的なものである¹⁵⁾と推測する。

ホッペは先に見たオッセンビュールの議論を基本的には引き継ぎ、それを発展させていくのである。他方では「行政学的アプローチ」(verwaltungswissenschaftliche Ansätze)をも援用する点に、彼の主張の特色があると言えよう。彼はその重要性をこの論文の中で力説しているのである。彼はオッセンビュールと同様に、条件プログラムと目的プログラムを区別する。すなわち、前者は伝統的な要件——法律効果の図式にしたがつて構成される。指示された行為状況が存在するとして示されるたびに、予定された行為の結果が生じる、ということになる。しかし、行為選択肢の中での目的プログラム化された選択という決定進行は以上と異なる。つまり目的プログラムは目的——手段の図式にしたがつて決定を定める。情報加工は目標とされた結果に向けられる。このプログラムは、目標は達成されなければならない、手段はそのための適切性として設定される、というモデルをもっている。計画法は、条件的に構造化された行政の行為の構成要件を個々の場合について確定することをしないで、行政に個々の目標の実現を義務づける法律である、と。

しかし同時に、ホッペはつぎのことも指摘する。すなわち、計画法規範が目的プログラムであるとしても、こうした法規範が条件的な要素を含まないとか、あるいは(部分的に)条件的に定め得られないということではない。すなわち、建設管理計画策定のための目的プログラムは旧連邦建設法第一条第四項および第五項において定められている。そしてまた、計画自体もそれが地区詳細計画である¹⁶⁾と、開発計画である¹⁷⁾と、原則として条件的に定められている。目的の衝突、手段の衝突の解決を含めた目標の設定は、計画法の基準にしたがい計画の中に入り込む。つまり計画にもとづく更なる決定は計画に条件的に結合しているか、または——階層的に秩序づけられた計画の体系においては——ランクが低い計画のために目標を定める、と。

計画裁量に関しては、つぎのようにいう。すなわち、計画法においては何が目的プログラムとして「授権されている」か、ということは、条件プログラムにおける法規範の場合での法律効果裁量としての決定裁量または選択裁量とはまったく異なる構造法則にしたがつ。すなわち、行政の決定行動はきわめて複合的、全体的な選択の自由によつて決定されている。それは個別的規範執行を志向するのではない。異なつた選択可能性の間の選択の自由は目

的衝突、手段の衝突を伴うのであり、この衝突は特別の目的およびこれに属する手段の調整、制限および序列を要求するのであり、絶え間ない衡量過程によってのみ制御されるのである。目的—手段の図式による行動は、例えば最適化のモデル、費用便益分析の適用または利用価値の分析と似た方法の適用のような目的—手段の図式の上に構成される手続方法を計画者に対して要求するのである。目的プログラムの基準による計画には、きわめて複合的な、予測的考慮が内在しているのであって、これは同様に不確実な将来の予測を本質する法律効果裁量に際しての考慮とは単に量的に区別されるものではない。そのうえ計画は多層的で、相互依存的な事実関係と関係している。計画の基礎となる事実の分析は複合的な事実関係から超複合的な事実関係、いずれにしても総体的な事実関係を把握しなければならず、しかもそれは様々な由来をもち、相互に組み合わせられ、網合わせられている影響値を伴っているのである⁽¹⁷⁾と。

ホッペは以上のような計画過程の分析を前提として、計画裁量についてつぎのように主張する。すなわち、以上のような計画裁量の構造は行政裁判所法第一—四条に方位を定めた行政裁量のスタイルを完全に放棄することを促す。行政裁量はこれとは別の規範構造を志向している。法律効果裁量の場合の選択自由と計画的形成の自由の場合の選択自由はそれぞれ別の質的に異なった構造法則にしたがう。一歩進めていえば「計画裁量」という用語を避けるべきである⁽¹⁸⁾と。

それでは、行政裁量とは異なった計画的形成の自由の行使に際して生じる瑕疵については、どのような観点が立てられるのであろうか。この点についてつぎようにいう。すなわち、これまで広く裁量瑕疵論から引き出されてきた法的瑕疵の理論を計画的形成の自由の行使に際して展開しないで、裁量という概念を直ちに削除することができないことは明らかである。このような瑕疵論にはすでに萌芽がみられる。例えば、つぎのような点を示している。すなわち——

計画に関連した意図の欠如（意図の欠如）

計画に関連した正当性の欠如（正当性の欠如）

調査の不履行、調査の欠如

衡量の不履行、衡量の欠如

主観的衡量の遮断

衡量の誤った評価

衡量の不釣り合い——

というものである。

以上がホッペの計画裁量に関する主張の概要である。最後に述べられている計画裁量（計画的形成の自由）の行使に際しての瑕疵論の要点は後に展開する計画裁量の瑕疵論の原型を示すものでもある。これが従来の裁量瑕疵論とどのような共通性をもち、またどのような点で違いがあるのか、これは別稿に譲ることにする。

3 批判論

(一) シュミット＝アスマン

以上の計画裁量についての主張、特に伝統的な効果裁量と比較した場合の計画裁量についての議論の有用性に関しては、批判も少なくない。例えばシュミット＝アスマンはすでに一九七五年のドイツ国法学者大会の報告において、「行政裁量と計画裁量を質的に区別することは許されない。それは両者が法定の構成要件において分離できない、という理由からだけではない⁽¹⁹⁾」という。そして、それにつづけて、行政行為であること、計画であること、あらゆる行政の行為は、広範囲におよぶ調査と衡量を前提にしてのみ行われるのであり、衡量については「合理的な

行動の法的符丁そのものとしての衡量、法律に嚮導された行政の本質としてのそれ」をいう。計画裁量においてのみ比較衡量が行われるのではなく、それが広く行政裁量、そしてまた、それだけでなく広く行政の行為においても行われるという認識は、計画裁量の瑕疵論において展開してきた衡量原則違反がやはり基本的には広く行政裁量の瑕疵論にもおよびという主張にも連なるのであるが、いまここではこれ以上これには触れないことにする。

(二) 規範構造的観点(意味論)からみて

批判論をみるときに重要なのは、オッセンビュールやホッペの主張にあるように、規範構造的にみて、行政裁量と計画裁量とその性質においてまったく異なるのか、ということである。以上の行政裁量と計画裁量の区分論に対する批判論をみるために、いわゆる「意味論」(semantics, Semantik)の観点から、先にみたホッペの論文を批判している文献を紹介することにする。¹⁹⁾この文献で展開されている分析哲学上の議論を全部にわたって再現する能力は筆者にはないが、ここでは本稿の課題に直接関連する記述のみを取り上げることにした。

先にみたようにホッペによるならば、計画法においては何が目的プログラムとして授權されているかということ、条件プログラムにおける法規範の場合での法律効果裁量としての決定裁量または選択裁量とはまったく異なる構造法則にしたがう(前掲一三頁参照)。行政の決定行動はきわめて複合的・全体的な選択自由によって定められる。通常、行政決定と異なり、個別的規範執行に自己の方位を定めているのではないからである、とする。しかしこの点に関しては、批判論によれば、決定の行為の違いかから、いかにして主張されているような規範構造における違いが導き出されるのか、明確ではないということになる。第二に、通常、裁量権においては、官庁の行為の要件は単に部分的にのみ法律上の要件において掲げられており、その余は授權規範の目的に照らして構成要件の補充が考慮されるということを特色としている。また、ホッペ自身も認めているように、計画法もこれが条件的な要素を

規定しうるのである。したがって、彼が主張するような規範構造的な違いは存在しない、ということになる。そして更に、条件的要素の量によっても、通常、裁量権規定と計画裁量を授權するとされている規定との違いもない。なぜならば、明らかに通常、裁量権の授權を表現するが、それにもかかわらずこれが完全に純粋な目的プログラムをもって表している規定が存在するからである。例えば、旧連邦建設法第三条第一項によると、建設許可官庁は地区詳細計画において定められた計画の確定からの除外を許可することができる。この法律はこの裁量権の授權を単に条件的な要素、つまりゲマインデとの了解と結びつけている。しかし、この規定を計画法と呼ぶ者はいない。むしろ、裁量権行使の構成要件に関する裁量権を賦与する規定において大きな違いが存在している、という点において一致がみられる。例えば、連邦イミグレーション保護法第一七条のような詳細な構成要件の定めというものがあるが、これは通常、裁量権の規定のモデルではない。裁量権を認める構成要件の数と拘束力に関しては、むしろ連続体が存在するのであって、その一端には例えば連邦イミグレーション保護法第一七条の規定があり、もう一つの端には旧連邦建設法第三条第一項のような規定がある。したがって、裁量権と計画裁量を構成要件の総数によって区別することは不可能である、と。

以上の考察によると、目的プログラムの規範構造に関して、計画法と呼ばれている規定は達成すべき目標を単に外見的に掲げているだけであり、裁量権の授權に際して法律効果が語られた意味での法律効果を掲げていない。これに対して、通常、裁量規範が、たとえそれが連邦建設法第三条第一項のように構成要件の定めをしていなくとも、法律効果を定めているとは異なる、とすることも失当である。すなわち、通常、裁量権の授權に際してあたえられた権能も、規範目的に拘束された構成要件補充の権限とみなさなければならない。そして、規範目的の拘束は憲法上の平等原則により、明示の決定基準つまり構成要件において具体化されなければならない。計画裁量を賦与する旧連邦建設法第一条第六項および第七項にこの考えを転用するならば、これらの規定においては(総てではな

いが)多くの裁量規範とは異なり構成要件が存在しないし、また、多くの規範とは異なり達成すべき目標を明示的に掲げているだけである。しかしながら、いわゆる計画裁量を賦与する規範を、構成要件が形成されるべきである、というように理解することには何らの妨げはない。そしてまた、憲法上の平等原則が通用すべきであるならば、計画裁量を賦与する規範を構成要件形成の授權として理解することが必要である。⁽²¹⁾

以上のように、意味論上の議論においては規範構造に着目するのであるが、通常、の裁量権を賦与する規範と計画裁量を賦与する規範を区分することについては、まず構成要件の総数の差によってはできないことができないとする。そして、通常、の裁量権の授權に際してあたえられた権能が規範目的に拘束された構成要件補充の権限であるが、これと同様のことが計画裁量についてもいえるのである。すなわち官庁は、裁量権行使の領域において、それが決定をするときにしたがう基準とか基本原則を、平等原則の遵守が審査され得るために示さなければならぬ。裁量権行使において選択された決定の基準の明示の義務から、裁量規範が法定の構成要件の補充を授權しているという規範構造的帰結が必然的に導き出される、ということになる。⁽²²⁾ こうしたことは、単に通常、の裁量についてだけでなく、計画裁量についてもまったく同様に通用する、というのである。

(三) まとめ

以上のように分析哲学上の議論も含めて計画裁量論をみてきたが、条件プログラムと目的プログラムは立法者によっていずれも選択し得るのであって、この場合に規範構造自体からは規範の内容が異なっているとはいえない、とされているのである。ただし、立法者が特別の規範構造を選択することによって、通常、の裁量権とは異なる裁判所の審査の統制密度を低くする領域を行政に対して認めるような場合は別であるが、これまでの立法をみても、そうしたことを企図する例は見あたらない、とされている。⁽²³⁾

また、連邦行政裁判所の判例においては、通常、の裁量と計画の区別がいわれているにもかかわらず、同裁判所の観念において両者は密接な関係に立っており、計画裁量の特色を強調する前掲一九六九年の判決などの後でも、改めて「計画的形成の自由」という言葉に代えて「計画裁量」という言葉を使ったり、計画的形成の自由の自由を承認する場合にも「裁量権零収縮」(Ermessenreduzierung auf Null)を肯定したりする⁽²⁴⁾こともあつてい

- (8) Jの規定は現行法(すなわち、連邦建設法典)の第一條第五項に相当するものであるが、現行法では、拡充されている。
- (9) Jの判例については、芝池・前掲(注2)一九一頁以下にすでに紹介がある。
- (10) Fritz Ossenbühl, Die normativen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, Verhandlungen des 50. deutschen Juristentages, 1974 Bd. 1 Teil B, B. 166ff.
- (11) Ossenbühl, 前掲(注10) B. 184ff.
- (12) Ossenbühl, 前掲(注10) B. 185.
- (13) Ossenbühl, 前掲(注10) B. 186.
- (14) Werner Hoppe, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts-Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht., DVBl. 1974, S. 641ff. 題名は「教壇上のPlanung, in: Isensee/Kirchhof (Hg) Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3. Aufl. S. 313. ff. (2006) を公表している。本稿との関係は、特にS. 321. に於ての註明を参照せよ。
- (15) Hoppe, 前掲(注14) S. 643.
- (16) Hoppe, 前掲(注14) S. 644.
- (17) Hoppe, 前掲(注14) 644.
- (18) Eberhard Schmidt-Asmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S.

221 ff (251)

- (19) Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, München, C. H. Beck, S. 91 ff.
 (20) Koch/Rüßmann, 前掲 (注19) S. 93.
 (21) Koch/Rüßmann, 前掲 (注19) S. 95.
 (22) Koch/Rüßmann, 前掲 (注19) S. 88.
 (23) Ibler, 前掲 (注2) S. 39. 彼も本文でみたような規範構造的観点から、通常の裁量と計画裁量の区分に懐疑的である。
 彼は目的プログラムが条件プログラムに分類されていること、つまりそれが条件的な指示に変形していくことを強調する。
 (24) Ibler, 前掲 (注2) S. 40.

結語に代えて

以上のようにドイツにおける計画裁量についての概念およびそれに対する批判論をみてきたが、この概念については、計画裁量の特殊性を強調する論者からは、計画過程の分析に際して注目すべき視角を提示している、ということができよう。こうした分析視角およびそれによって得られた前提からは、特に通常の裁量統制方法と比較した計画裁量権の行使に際しての裁判所による統制の在り方についても示唆するところが多かる。特に瑕疵論においては両者がどのような違いを示すのかということが、改めて問われよう。例えば、ホッペが計画裁量の瑕疵論についてその萌芽として提示しているものは、その後のこの議論の展開をみるときに参考になる。しかし、以上の計画裁量の特殊性を強調する意見に対しては、特に裁量権を賦与する法規範に着目するどのような特色がみられるか、という観点での議論（規範構造的分析）においては、通常の裁量と計画裁量との間には本質的な違いは見いだされていない。このような前提に立つと、裁量権の行使についての統制の在り方、特に瑕疵論においても本質的な

違いも見いだすことができないということになるが、この点についての議論は別稿において行うことにする。

(付記)

本誌の『小高剛先生退職記念号』に投稿することを計画していたが、体調不良のこともあって断念してしまった。遅ればせながら、本号をもって先生に対してこの原稿を献呈することにする。

同僚として暖かいお付き合いをいただくと同時に、同学の先輩として絶えず刺激をあたたえていただいている小高先生に、遅ればせながら、祝意を申し上げますとともに、「健康と今後のより一層のご活躍を祈念しております。