

行政の政策的判断と裁判

—西ドイツの議論を素材として—

第一節 序

最近わが国において、行政の政策的判断に対する司法審査にも適合する裁量審理の方式として、手統的ないし過程的審理という考え方が注目されている。この考え方は、処分の実体的な内容の適否に審理の重点を置くのではなく、処分の最終的決定までの行政手続やその手続の諸段階で下された個々の行政判断の合理性を、具体的な過程にそって審理することを重視せよ、と主張するものである。⁽¹⁾

ちなみに、行政の政策的判断に対する裁判的統制の問題に関して、手統的ないし過程の側面からの統制を重視す

高 橋 滋

る立場は、わが国だけに見られるものではない。西ドイツにおいても、一九六〇年代末において、判例が計画裁量という概念を認めたことが一つの契機となり、行政の政策的判断に対する裁判的統制の問題が活発に議論されてきている。かつ、この問題に関する西ドイツの諸議論の中には、わが国の手統的ないし過程的審理方式に対比しうる考え方を見出すこともできる（この事實は、わが国でもしばしば指摘されている⁽²⁾）。さらに、次のような事情も無視できない。すなわち、手統的ないし過程的審理という考え方がわが国において形成される際には、西ドイツの諸議論が大いに参考とされたのである。⁽³⁾

しかしながら、西ドイツ計画裁量論に関し、わが国に

おける今までの諸業績に加え新たに次の点を指摘することができ、と筆者は考えている。つまり、これまでの諸業績においては、計画裁量論の意味が、計画自体の裁判的統制に関する以前の判例・学説の立場と切り離された形で議論されてきた。しかし、右の判例・学説の基本的立場と連邦行政裁判所の計画裁量に関する諸判決とを比べるならば、これらの諸判決が、実体的にも厳格な裁判的統制を行う立場をとっていたことが明らかになる。

よって、西ドイツ計画裁量論は、連邦行政裁判所による厳格な実体的統制に対する学説の側からの批判という側面も有しているといえる。これに対し、わが国の裁判所が西ドイツと同様の形で厳格な実体的統制を行うであろうとは考えられない。それゆえ、連邦行政裁判所に対する反論という側面をもつ学説・理論は、その限りにおいて、わが国への直接の参考とする訳にはゆくまい（以上第二節）。

むしろ筆者としては、西ドイツの諸議論の積極面を次の点に見い出すべきだと考えている。すなわち、過程の統制（Vorgangskontrolle）に関する議論が示すように、西ドイツにおいては、手続的審理と実体的審理とを有機

的に組みあわせることにより、結果としては積極的な実体的統制を行う手法が考案されつつある。もちろん西ドイツの議論にも問題がない訳ではない。しかし、わが国における手続的ないし過程的審理方式も、右にみた西ドイツの審理方式の積極面を生かす方向で活用していくべきであろう（以上第三節）。

以下本稿では、右にのべた筆者の見解を具体的に明らかにしてゆくこととし、むすびにおいては、議論のまとめを行うと同時に今後の課題を明らかにしたい。

(1) 参照、遠藤博也「現代型行政と取消訴訟」『公法研究』四五号一六三頁、原田尚彦「裁判と政策問題・科学問題」『講座民事訴訟 1』一九八四年一六七頁。

(2) この問題に関する邦語文献として、参照、遠藤博也『計画行政法』一九七六年八七頁以下。また、宮田三郎『行政計画法』一九八四年が、最新の関連文献である。

(3) 同旨、兼子仁『行政法総論』一九八三年二十頁以下、八七頁以下。

第二節 計画裁量と行政裁量

— 西ドイツにおける展開 —

(1) 行政裁量論の推移。 わが国と同様西ドイツにおい

ても、行政裁量という概念は、行政行為に対する裁判的統制に対応するものとして成立してきた。そして、計画裁量という概念は、計画自体の適法性に関する裁判審理の問題を、伝統的な行政裁量論との対比において明らかにするためのものだといえよう。したがって、計画裁量を正確に理解するためにも、行政裁量論の大枠を把握することがまず必要となる。

西ドイツにおいては、現在でも、C・H・ウーレの代替可能性説(Vertretbarkeitstheorie)とO・バッホフの判断余地(Beurteilungsspielraum)説とが、行政裁量に関する代表的な学説として扱われている。この両学説にあっては、一部の不確定法律概念につき、裁判所が完全な審理を及ぼすことができないということは認められていた。すなわち、解釈・適用が困難な不確定法律概念については、通常の行政裁量の場合よりも厳格な統制を及ぼす必要があるが、ある程度行政庁の判断を尊重する審理方式をとるべきである、と両学説は主張しているのである。⁽⁴⁾

しかしながら、判例の立場と両学説の立場とは、必ずしも同一ではない。一九六〇年代の諸判決は、両学説の

主張するような審理方式がとられる不確定法律概念は例外的なものであること、いいかえれば、不確定法律概念は原則的に完全審理が可能であることをくり返しのべていた。⁽⁵⁾ また、他方においては、この時期にあっては、ウーレやバッホフに反対し、不確定法律概念の解釈・適用に関しても通常の行政裁量を認めよと主張する学説が存在し、それらは判例に対しても激しい批判を行っていた。⁽⁶⁾ さらに、一九七一年から七二年にかけて、行政法規中の不確定法律概念について完全審理を行わない裁判例が最上級裁判所のレベルで連続して出されたため、学説上の判例批判が強化されることとなったのである。これらの裁判例を代表するものとして、一九七一年十月十九日の連邦最上級裁判所合同部決定⁽⁷⁾と一九七二年一月二日の連邦行政裁判所判決⁽⁸⁾とをあげることができる。ただし、両者については、すでに詳細な紹介があるので、要点のみをのべることにする。

まず、前者の決定は、旧租税通則法一三一条一項一文に定められた租税免除決定に関するものであり、租税免除を拒否された原告が出訴した事案に対して下された。合同部の決定は、租税免除決定の要件(不衡平な[un-

billings] 場合) と効果 (免除および免除額の決定) とが不可分なため、要件・効果に統一的な裁量判断が行政庁に認められる、と判示している。⁽⁹⁾ また、後者の判決は、外国貿易法に定められた商品輸入量の割当て決定に関するものであり、割当てからもれた原告が争った事件に対して下された (原告が裁判所に対して求めたのは、他の申請人と平等な割当てを原告にも与えることを行政庁に命ずる義務づけ判決である)。判決は、同法の定める「商業その他経済政策上の諸要請」という要件判断に、行政庁の裁量を認めている。⁽¹⁰⁾

このため、学説においては、要件面における裁量、もしくははバッホフ、ウーレが主張したような行政固有の判断^{II}判断余地が復活・拡大したものではないか、という議論が行われたのである。

しかしながら、その後の判例の展開は、この二つの裁判が、従来の立場を部分的に修正したものにすぎなかったことを示している。このことを明らかにしたのが、一九七四年五月二一日の連邦行政裁判所判決である。事案は、西ドイツ在住の外国人医師が、連邦医師法に定められた開業許可 (Approbation) の授与を申請したのに対

して、行政庁が拒否したというものである。判決は、外国人の場合には職業選択の自由の保障は及ばず、行政庁の裁量が認められる、と述べている。しかし、他方では免許授与に関する連邦医師法の要件が完全に審理されたとしても、なお行政庁には、複数の処分 (免許の授与、仮免許の授与など) の間での選択を行う点についての裁量が認められるとの立場を、判決は示したのである。⁽¹¹⁾ つまり判決は、裁量を効果裁量に限定し、要件判断に行政庁の裁量を認めていない。かつ、不確定法律概念についても、その完全審理の立場を原則として採用している。

しかし、行政に効果裁量が認められるべきだと裁判所が判断した事例の中で、次のような場合が生ずることがある。すなわち、当該処分を規律する規定に不確定法律概念が存在し、裁判所がこの不確定法律概念に完全審理を及ぼすと、効果裁量を行使する際の行政判断までもが完全に審理されてしまうことが起りうるのである。その典型例として、先の租税通則法一三一条一項一文に規定された租税免除決定に関する事案をあげることができる。なぜならば、税の衡平性という概念は、租税免除および免除額の決定という行政庁の判断をも規律するものだと

いえるからである。判例は、このような事例に限定して、不確定法律概念の完全審理の原則を修正し、行政に裁量ないし判断余地を認めているといつてよい。⁽¹²⁾

では、計画裁量に対する判例の立場と右の立場とは、どのような関係に立つのであろうか。

(2) 計画裁量の展開—I (一九六九年以前の諸学説・判例)。計画裁量については、まず次の点を確認しておきたい。計画裁量とは、連邦建設法に規定のある建設管理計画 (Bauleitplanung) に対する裁判審理を通じて形成された概念である。また、判例において建設管理計画以外に計画裁量が肯定される事例は、道路建設等の部門計画 (Fachplanung) などに限定されている。したがって、純粹な行政内部の計画はもとより、法律に規定のある計画でも、計画裁量が認められる訳では必ずしもない。たとえば、病院に対する助成措置の前提として策定される病院需要計画に対し、判例は計画裁量の存在を否定し、争いの対象である病院が需要計画に編入されるべきか否かについて、自らの判断を下している。⁽¹³⁾

さて、連邦行政裁判所が計画裁量について詳細な議論をのべたのは、一九六九年がはじめてのことである。⁽¹⁴⁾ し

かし、計画裁量の概念は突如として成立した訳ではない。では、それ以前において計画に対する裁判的統制はどのように考えられていたのだろうか。計画裁量を検討した F・オッセンビュールが、建設管理計画を「自由に形成される行政」に含めて考えていたことがひとつの手がかりになる。⁽¹⁵⁾

自由に形成される行政とは、かなり以前より、行政行為を中心とする行政裁量とは質的に異なる、行政活動上のより広汎な自由を示す概念として用いられており、おもに契約・計画などの領域にみられるものと考えられていた。また、その論者のひとりである C・F・メンガーによれば、自由に形成される行政と行政裁量とは、行政活動を規律する法律規定の存否ないし規定の精密度によって区別されるものであった。⁽¹⁶⁾ そして、このように考えられていた自由に形成される行政に関する法律問題、とくに裁判的統制の問題に関する研究が進んだのは、一九六〇年代にはいつてからであった。⁽¹⁷⁾ このことを端的に示すのが、自由に形成される行政は、行政裁判所の管轄問題である(つまり、行政裁判所の審理の対象とはならない)とする H・エームケの認識であらう。⁽¹⁸⁾

しかし、ウーレヤバッホフの立場よりも裁判所による統制を強化することを主張した学説の中には、行政裁量論の枠内で、自由に形成される行政の問題を処理しようとする先駆的な試みをみる事ができる。その一例が、H・ケルナーの要因説 (Faktorenlehre) である。判例の立場の理論化を試みたケルナーは、行政裁量論において不確定法律概念の典型問題とされてきた、旅客輸送法九条一項の「公の交通の利益」(タクシー免許の許可の一要件) の解釈・適用につき、次のように主張する。すなわち、これは許可行政行為の前段階において展開される、行政による交通政策の問題として扱う必要がある。交通政策に則った措置全体が、「公の交通の利益」という概念の潜在的要因 (potentielle Faktoren) となり、行政裁判所がこの措置全体の内容的可否を問うことは、原則として許されない。しかし、この措置全体およびその背後にある行政の交通政策に照らして、許可が適法なものであるのか否かという点については、裁判所が完全に審理することができる、というのである。⁽¹⁹⁾そして、このケルナーの要因説を、判例はまさに建設管理計画との関連でとりいれていたといえよう。つまり、連邦建設法三

五条二項は、開発制限区域 (Außenbereich) において優先的地位を与えられていない建築についても、一定の要件のもとに許可を与える権限を行政庁に与えている。許可の拒否処分は適法性が争われた事件において、判決は、この規定の要件に含まれる「公的利益」(Öffentliche Belange) については完全審理が可能であると述べたあとで、土地利用計画 (Flächennutzungsplan)⁽²⁰⁾ に表現された計画策定者「ゲマインデ」の構想は、同概念の審理の際の拠りどころ (Anhaltspunkt) になると判示した。⁽²¹⁾ ここにおいても、行政処分の段階での完全審理が維持されているが、その審理の際には、土地利用計画が審理の基準としての役割を与えられているといえよう。ただ誤解を避けるために付け加えておけば、右の諸議論にあっては、行政処分の審理において、その前段階としての計画をいかに扱うかが問題とされていたにすぎない。これらの立論にあっても、計画自体の違法性の問題、すなわち計画裁量の問題は、正面から扱われるには至っていないのである。

もっとも、右のべたことは、建設管理計画自体の適法性に関して、まったく議論が存在しなかったというこ

とを意味していない。

たとえば、マンハイム上級行政裁判所は、連邦建設法の諸規定に照らし、建設管理計画が適法なものであるか否かについては、行政裁判所による完全審理が可能であるとする立場をとっていた。⁽²²⁾ また、これに賛同する学説もなかった訳ではない。⁽²³⁾ しかし、他方においては、「計画策定上の形成自由」という概念をもって、計画策定における行政固有の権限を承認する説も存在し、かつ、連邦行政裁判所も、先に検討した連邦建設法三五条二項に関する判決において、この概念をゲマインデ固有の権限を表現するものとして取り取っていた。⁽²⁴⁾ つまり、通常の行政裁量よりも広汎な行政固有の権限が想定されていたのである。さらに、W・ブリュームルが、右の点に関連する論稿を一九六五年に著しているが、そこでは、①権力分立の原理、②建設管理計画が公共の福祉を表現すること、③建設管理計画がゲマインデの条例の形式で定められることなどを根拠に、裁判所が建設管理計画に対して内容的統制を及ぼすことは原則的に許されぬとする上級裁判所の判決や諸学説がとりあげられ、批判の主要な対象とされている。⁽²⁵⁾ このことから、自由に形成される

行政は行政裁判所の審理の対象とはならないとするエームケの認識を、建設管理計画においてほぼ踏襲しようとする判例・学説も有力であったことが窺えるであろう。では、その後判例により展開された計画裁量の論理構成は、右の流れの中にいかに位置づけられるであろうか。

(3) 計画裁量の展開—II (計画裁量に関する判例・学説)。判例は、建設管理計画を規律する不確定法律概念を、二つに分けて扱っている。つまり、判例は、関連諸利益の適正な比較衡量が行われるべきことを規定する連邦建設法一条七項(一九七六年改正前一条四項二文)については、これを計画裁量の本質の規定とみなし、適正な比較衡量という概念に完全審理を及ぼしていない。しかし、その他の不確定法律概念(たとえば、現行法一条六項に規定されている計画指針 [Planungssatzel]、同一条三項に定められる計画の必要性の概念)につき、判例は、不確定法律概念には完全審理を及ぼすという原則を崩していないのである。⁽²⁷⁾

以上の点から、計画法規範に含まれる不確定法律概念に対する判例の態度と、行政裁量に対する態度との間には共通性がある、との結論を導き出すことができるであ

ろう。くり返せば、判例は、計画裁量の本質を規定する不確定法律概念を完全審理の原則から除外する一方で、この例外を必要最小限度に限定し、その他の不確定法律概念に完全審理を及ぼしている。計画裁量に関する学説の論議が始まった一九六九年の前後において、オッセンビュールなどの学説は、建設管理計画を自由に形成される行政に含めて考えていた。さらに、その約十年前の一九六〇年の時点にエームケは、自由に形成される行政は行政裁判所の審理の対象外だと考えていたのである。建設管理計画に対し連邦建設法がどのような法的拘束を及ぼしているのかという、一九六〇年代における議論も、右の裁量学説上の展開を裏付けるものといえよう。

このような経緯に鑑みるならば、建設管理計画に対する判例の立場が、一部学説の激しい批判を呼んだことは、容易に理解できることといえよう。K・レーデッカーの統制密度の緩和論⁽²⁸⁾、オッセンビュールの建設管理計画Ⅱ自由⁽²⁹⁾に形成される行政Ⅱ立法者裁量と同等の形成自由という主張も、その一環である。

西ドイツ計画裁量論に関するわが国の諸業績において、とりわけ評価が対立しているのは、以下に検討する計画

法規範Ⅱ目的プログラム論についてであろう⁽³⁰⁾。そして、この議論もこれまでの叙述をふまえてはじめて正確に理解することができる、と筆者は考えている。すでに紹介のある計画法規範Ⅱ目的プログラム論は、次のように要約することができる。

計画法規範は従来までの古典的法規範に対し、規範構造のうえで著しく異なっている。すなわち、古典的法規範は、要件と効果とを Wenn-dann-Schema (かくなる時はかくなるべし) という命題) により条件的 (konditionale) に結合する条件プログラムである。これに対し、計画法規範の中では、法が追求する目的とその目的を達成するための手段とのみが明示されているにすぎない。それゆえ、計画法規範は古典的法規範とは異なる目的プログラムである。ところで、従来の行政裁量論は古典的法規範を対象として発展してきた。しかし、計画法規範は古典的法規範と異なる規範構造をもっているし、計画主体が下す判断も純粹な法の適用とはいえない。よって、計画法裁量に伝統的な行政裁量論を適用することはできず、計画主体にはより広汎な自由が認められなければならない⁽³¹⁾。

右の計画法規範Ⅱ目的プログラム論については、次の点を指摘することができる。第一に、この目的プログラムという概念が、行政学においてN・ルーマンにより提唱されたものであることはよく知られている。⁽³²⁾しかし、

ルーマン自身は、このプログラム論を裁量規範とそれ以外の規範（すなわち羈束行為を規律する規範と判断余地が認められる規範）との区別を説明するために用いていたのである。⁽³³⁾裁量授權の目的をプログラム上の目的と考え、裁量により選択されるべき複数の法律効果を右の目的達成のための手段と考えれば、裁量規範を目的プログラムだとする説明も成り立つであろう。さらに、この説明は、提唱者の試みだけにかかなりの説得力をもっている。

では、そうである以上、第二に、西ドイツ行政法学において、目的プログラム論が、計画法規範と（行政裁量規範を含む）古典的法規範とを区別するための立論として用いられたことの説明が必要となる。ここでもまた、連邦行政裁判所が、計画法規範中の不確定法律概念に対して、行政裁量の場合と同様に完全審理の原則を及ぼしたという事情が考慮されねばならない。すなわち、連邦行政裁判所の諸判決を批判し、計画法規範中の不確定法

律概念の解釈・適用に計画主体固有の判断を認めよと主張する立場に対して、計画法規範の独自性を理由づける計画法規範Ⅱ目的プログラム論は、一定の理論的根拠を与えたのである。

(4)小括。ここまでの議論で、以下の点が明らかになったであろう。すなわち、西ドイツの計画裁量論に関する学説は、計画自体に対し厳格な実体的統制を及ぼした連邦行政裁判所の諸判決に対する反論としての性格も有している。⁽³⁴⁾わが国で従来議論されてきた計画法規範Ⅱ目的プログラム論も、判例に対する反論を理論化するために、行政学から借用されたものである（その際の借用のされ方も、論者が、判例批判というすぐれて実践的な意図に基づいて、この借用を行ったことを示している）。

他方、わが国においては、計画の司法的統制につき、その処分性の問題に議論が集まり、適法性の統制についての研究は必ずしも進んでいない。しかし、土地区画整理事業計画に関し、その高度の行政的・技術的な裁量性を認めている最高裁判所の判決が存在する。⁽³⁵⁾判例における不確定法律概念に対する柔軟な対応と右の立場とを考へあわせるならば、わが国において、計画法規範中の不

確定法律概念につき完全審理の原則が採用されるとは考えにくい。したがって、判例を批判し計画に対する実体的統制の緩和を主張する学説、とりわけ計画法規範目的プログラム論は、西ドイツに固有の理論的側面をもっている。それゆえ、その限りでは、右の諸議論をわが国への直接の参考とする訳にはゆかならざる。

- (4) Vgl. C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309 (311 f.); O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 (98 f.).
- (5) Vgl. z. B. BVerwGE 26, 65 [74].
- (6) Vgl. z. B. H. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 173 (Recht und Staat 230/231, 1960); H. Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965.
- (7) Vgl. BVerwGE 39, 355.
- (8) Vgl. DVBl. 1972, S. 895.
- (9) BVerwGE 39, 366 f.
- (10) DVBl. 1972, S. 895. 裁判所が行政裁量に携わることについて、本論と直接に関連するものとして、両事件との記述を省略した。右の点に

つき、参照、遠藤・前掲註2八九頁以下。

- (11) Vgl. BVerwGE 45, 162 [64 ff.].
- (12) さらに、注目すべき判決として、一九七一年十二月十六日の連邦行政裁判所判決 (BVerwGE 39, 197) が存在する。この判決は、青少年保護法が定める有害図書指定決定につき、判断余地を肯定した。ただし判旨においては、効果裁量との関連性はまったく問題にされていない。したがって、従来判例が例外的に認めてきた判断余地類型がこの判決で新たに拡大された、と解するのが適当であろう。この事例における行政決定の主体は、各分野の専門家を集めた独立の委員会であった。専門家を集めて、独立に権限を行使する委員会に判断余地を認める判決は、その後ろくいな中では、(Vgl. BVerwGE 59, 213; 62, 330)。
- (13) Vgl. Urteil des 3. Senats vom 26. 3. 1981, BVerwGE 62, 86 [92].
- (14) Vgl. BVerwGE 34, 301.
- (15) Vgl. F. Ossenbühl, Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, S. 87 ff. u. s. w.
- (16) Vgl. C. F. Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 28 ff.
- (17) Vgl. z. B. F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963, S. 17 ff.
- (18) Vgl. Ehmke, a. a. O., S. 185.

- (9) Vgl. H. Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 581 ff.; ders., Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis, NJW 1966, S. 863 u. s. w. など。同くは公の交通の利益等の事例として D・V・マッシュがほぼ同様の発想をなしている (D. Jesch, AdR Bd. 82, S. 218 f.)°
- (20) 建設管理計画は、非拘束の計画である土地利用計画と拘束の計画である建設詳細計画 (Bebauungsplan) とに分ち、前者は前者をめぐり展開されるべきものである (連邦建設法一条二項、八条二項)°
- (21) Vgl. Urteil des 1. Senats vom 29. 4. 1964, BVerwGE 18, 247 [249 ff.].
- (22) Vgl. z. B. Beschluss des VGH Mannheim vom 22. 7. 1966, DVBl. 1967, S. 385.
- (23) Vgl. R. Bartsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, S. 360.
- (24) Vgl. W. Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgrante - Zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 S. 2 Bundesbaugesetz, DVBl. 1964, S. 165.
- (25) Vgl. BVerwGE 18, 254.
- (26) Vgl. W. Blümel, Zur inhaltlichen Überprüfung des Bebauungsplanes im nachfolgenden Entscheidungsverfahren, DÖV 1965, S. 297. など。また、コンストラクティブな建設計画及びその下に建設結果計画と称して、コンストラクティブな裁判所がその趣意を述べた (Hamb. OVG, UrL. v. 19. 5. 1958, MDR 1959, S. 874, dazu ferner vgl. Hamb. LG, UrL. v. 4. 9. 1961, MDR 1961, S. 1015.)°
- その上で、ハルトマンとベルガーによれば、一九六〇年代に出版された連邦建設法のコメントールの大部分が、建設管理計画を規律する同法の不確定法律概念として、裁判所は判断余地を承認してはならない (Vgl. Bartsperger, a. a. O., S. 360.)°
- (27) Vgl. BVerwGE 34, 301; 45, 309 u. s. w.
- (28) Vgl. K. Redeker, Fragen der Kontrollrichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757.
- (29) Vgl. Ossendühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verwaltungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, Gutachten für den 50. D. J. T., Bd. I 1974, Teil B, S. 188 ff.
- (30) 遠藤教授 (前掲註九二頁以下) はその紹介をその議論に対しては、その批評に教授 (計画裁量概念の考察) 『杉村敏正先生還暦記念 現代行政と法の支配』一九七八年一九五頁以下) や村上博助教授 (『ドイツ連邦共和国における計画法理論研究序説』『名古屋大学法政論集』八一号一七二頁以下、一七六頁以下) が批判的立場をとっているが、筆者とは視点を異にする。
- (31) Vgl. z. B. P. Oberndorfer, Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Die Verw. 1972, S. 261 ff.; Ossendühl, a. a. O., S. 188 ff.

büßl. a. a. O., S. B 184 ff.; Hoppe, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl. 1974, S. 643 f.

(32) Vgl. N. Luhmann, Lob der Routine, Verw. Arch. 55, S. 7 f.; ders., Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 35 ff. u. s. w. ルーテンは行政学者・法社会学者として知られており、右の諸論稿は行政学・組織社会学に関するものである。

(33) Vgl. Luhmann, Recht und Automation, S. 39.

(34) 学説の中には、これらの諸判決が、従来までの行政裁量に対する厳格な統制以上に、深刻な形で行政責任を侵害しようとする考えをもつてあつた (Vgl. E. Schmidt-Absmann, VVDStRL 34 (1976), S. 223 mit Anm. 3.)。

(35) 参照、最大判昭和四一年二月二三日民集二十巻二号二七三頁。

第三節 計画裁量論の新たな側面

— 計画策定過程の統制 —

(1) 衡量原則による過程の統制。本節においては、西ドイツの計画裁量論の中で、わが国との関連においても注目すべき問題を検討する。それは、計画策定過程に対する衡量原則を通じての裁判審理という問題である。前節でみたように、判例は、建設管理計画について、関連

諸利益の適正な比較衡量を規定する連邦建設法一条七項を、計画裁量の本質を規定するものと解し、これを完全審理の原則から除外している。その一方、判例はこの条項に基づいて、計画裁量の統制原理としての衡量原則を発達させた。かつ、この衡量原則は、法治国家的計画という要請のゆえに、計画裁量が認められる場合には、明文の規定がなくとも適用されるものと解されている⁽³⁶⁾。

右の衡量原則を具体化したものが次の四準則である。

① 比較衡量の不存在 (Abwägungsanfall) — 比較衡量がそもそも行われなかった場合。② 比較衡量の不備 (Abwägungsdefizit) — 本来比較衡量に含まれていなければならぬ諸利益が、比較衡量に含まれていない場合。③ 比較衡量上の評価の過誤 (Abwägungsfehlschätzung) — 関連諸利益の意味・内容の評価が正しく行われなかった場合。④ 比較衡量における不均衡 (Abwägungsdisproportionalitäten) — 関連諸利益間の比較衡量が、各諸利益の客観的重要性と比例しない形で行われた場合。

さらに、衡量原則は、衡量結果のみならず衡量過程にも適用されると理解されている (第一準則は、衡量過程のみに関するものである⁽³⁷⁾)。かつ、学説も、行政決定の

手続的側面を重視するものとして、右の点を高く評価している。その限りで、わが国の手続的ないし過程的審理の考え方も一致するといえる。⁽³⁸⁾

しかし、右にみたように、衡量原則は、行政庁の判断を内容面から統制する準則を含んでいる。それゆえ、計画策定過程の統制という考え方の中には、手続的審理と実体的審理との複合的な関係を見出すべきであろう。

たとえば、板ガラス事件についての連邦行政裁判所判決は、計画過程の統制という考え方を具体化したものとして知られている。事案は、計画の実効性を確保するため、本来計画確定手続の中で決定されるべき内容が、事前に決定されていた、というものであった。判決は、この事前決定につき、民主主義的な計画確定手続という点から問題があると指摘しつつも、この決定手続上の問題が適法とみなされるための条件をあげ、この条件が存在するかどうかを審理している。すなわち、判決は、まず、法定の手続が形式的に遵守されているか否かについての審理に加え、これらの諸手続がふまれる際に、衡量原則に適った公正な判断が下されているか否かについても審理している。そして、他方では、一連の過程を構成する

諸手続の一局面において、公正な判断が存在したことを疑わしめる事実が明らかになっても、そのみを理由にしてただちに計画を違法とする審査方法を判決はとっていない。判決は、右の事実が存在しても計画が適法と考えられるための条件をあげ、この条件の存否についての審理を行っているのである。⁽³⁹⁾

この点に関し、一九七九年の連邦建設法の改正で新設された一五五b条二項二文が参考となる。この規定は、衡量過程と衡量結果という区別を明文化する一方、衡量過程の瑕疵に基づいて計画が違法とされる場合をかなり限定した。すなわち、衡量過程の瑕疵は、明白であつて、かつ、結果へ影響を及ぼす場合にのみ、計画の違法事由とみなされる。⁽⁴⁰⁾ 手続にかかわる瑕疵を制限する法理として、結果に対する影響 (Ergbniskausalität) を問題にしようとする考え方については、すでに行政手続法の制定過程において議論されたことがある。⁽⁴¹⁾ 手続の瑕疵を独立の取消原因と考えるか否かについてかわされたこの議論の結果、裁量行為の場合および行政に判断余地が認められる場合(裁量が零に収縮する場合については争いがある)⁽⁴²⁾ には、手続の瑕疵は独立の取消原因となると考

えられていようである。⁽⁴³⁾つまり、結果への影響を問題にする考え方は、行政裁量について否定されたのに対し、計画裁量に関しては、衡量過程の瑕疵を制限する法理として明文化されている。このことは注目すべきである。

(2) 過程の統制—手続的審理と実体的審理。 衡量過程の統制に実体的審理の側面をみる見解は、西ドイツの学説の中にも存在する。⁽⁴⁴⁾実は、西ドイツにおいて行政手続が強調される場合、手続という考え方自体、実体的・内容的な適正という観念をも含んでいることがある。たとえばP・ヘーベルは、現代給付国家における基本権のありかたをのべた論稿において、手続による権利保護機能を強調し、法律の留保にかえて、「手続の留保」という考え方を打ち出している。しかし、そのヘーベルも、同一の箇所において、法律による指令・大枠についての諸規定 (Rahmenbestimmungen) が、手続の中にも含まれていることをのべている。⁽⁴⁵⁾彼は、基本権の具体化的手続的側面 (prozessuale Grundrechtskonkretisierung) についてものべているが、これも同じ主旨のものとして理解することができる。⁽⁴⁶⁾

過程の統制につき、その実体的統制の側面を強調する

論者として、H・J・コッホをあげることができる。

コッホは、過程の統制も結果の統制と同様に、実体的統制の性格をもつ審理方式だとみなしている。つまり、裁判所が計画の適法性を審理する場合、計画策定の際に行政が実際に下した諸考慮・衡量に基づき、計画が適法であることへの基礎づけが与えられている (Begründen) か否かを審理する統制方法がある。行政が実際に下した諸判断にもとづいて、計画内容の適法性が正当化しうる (代替可能 [vertretbar] なものとして基礎づけうる) か否かを統制するこの実体的審理方式 (基礎づけに関する統制 [Begründungskontrolle]) が、過程の統制である。これに対し、裁判所自らが、計画が内容上適法であることを基礎づける作業を行い、その試みに成功すれば、その計画は基礎づけが可能なもの (Begründbar) として適法であることを承認する、という審理方式がある。裁判所自身が計画内容が適法であることを正当化できるか否か、という視点から行われるこの審理方式 (基礎づけが可能であるかに関する統制 [Begründbarkeitskontrolle]) が、結果の統制である。⁽⁴⁷⁾

そして、コッホは、この二種類の実体的審理方式が併

存した場合における両者の相互関係を検討し、次の点を指摘する。すなわち、現実に下された諸判断によって基礎づけが与えられている決定は、裁判所によってもつねに基礎づけが可能である。つまり、過程の統制において適法とされた決定に、さらに結果の統制を試みることは不必要である。ゆえに、これら二種類の統制方式をあえて併存させようとするならば、結果の統制は、過程の統制において違法とされた行政決定を、逆に適法なものとして維持する機能しか果たしえない。⁽⁴⁸⁾

コッホの立論の目的は、先にのべた連邦建設法一五五b条二項二文の規定を批判することにある。すなわち、過程の統制の意義を結果の統制のために著しく後退せしめる立場は、行政裁量では採用されていない。これに対し、計画裁量について右の立場を採った連邦建設法一五五b条二項二文には、法治国家原理からみて問題がある、⁽⁴⁹⁾というのである。コッホも認めるように、彼が用いている過程の統制・結果の統制という概念は、判例の用法と完全に一致している訳ではない。しかし、以上の叙述により、過程の統制の中に、実体的審理と手続的審理との複合的な関連が存在することが示されたであろう。コッ

ホの見解は、これを裏付ける典型的な議論なのである。

(3) わが国との対比。 わが国における手続的ないし過程的審理の考え方のなかにも、過程の審理と対比しうる

考え方が存在する。法定の手続が遵守されているか否かに加え、①明文の規定がなくとも、行政決定にあたり、利害関係人の意見が十分に考慮されたか否か、②決定にまで至る諸手続を踏む際に、考慮すべき事項を考慮したかどうか、また、考慮すべきでない要素を過大評価してないか、③代替案についても考慮にいられて検討したか、などにつき審理せよ、とする考え方は、その一例である。

さらに、今迄の考察から次の点が確認できるであろう。すなわち、行政庁の決定が法律の予定するプロセスを踏む際に公正さを疑われない手続・判断がなされたか否かを中心に審理する審査方式は、処分結果が実体的に裁量権の逸脱にあたるか否かについての統制に比べ、実体的にも積極的な統制方式である。したがって、この審理方式が極端な司法消極主義を主張するものであるという理解が存在するならば、それは必ずしも的を射ていない。

また、手続的ないし過程の中での違法のみを理由として行政決定のやり直しを命じても、紛争の最終的解決につ

ながらないという見解が主張される可能性がある。しかし、まず、法定の手続が無視された場合には、行政庁の判断を慎重かつ公正ならしめるという当該規定の目的からして、処分結果が適法であると考えられることを理由にして手続のやり直しを認めないことには疑問が残る。次に、形式的には法定の手続が遵守されていても、その方法が公正さを疑わせしめるものであったり、行政庁の判断に不合理な点があったことを窺わせしめる事情が存在した場合が考えられる。判決がこの点を指摘して行政決定のやり直しを命じるならば、これを受けて行われる再度の決定は、結果がまったく同一のものとなろうとも、単なる手続のやり直しではありえないことは明白である。かつ、行政庁に裁量が認められる場合は、裁判所が紛争の最終的解決をもたらさうとする可能性は、意外に小さいのではあるまいか。たとえば、行政庁の裁量の余地が、許可を与えるか拒否するかとの二者択一の間になく、事案の性質上許可を与えないことが裁量権の濫用・踰越となる場合に、判決は、紛争の最終的解決を与えることができる。しかし、この場合に許可に付款を付すことができるかと解するならば、裁量権の濫用・踰越を理由とする

拒否処分の取消判決は、紛争の最終的解決の意味を著しく失うであろう。

以上のことから、手続的ないし過程的審理という統制方式は、政策的判断にも有効な、積極的実体審理をも含む統制方式だと考えることができよう。ただ、次の点に留意すべきである。

第一に、過程的審理は、手続的審理と実体的審理との有機的な組みあわせにより、結果として積極的な実体的審理を行う統制方式である。したがって、運用のしかたによっては、裁判所が必要以上に行政判断に立ちいる事態が生ずる恐れがある。この点、先にのべた西ドイツの連邦建設法一五五b条二文の立法経過は、興味深い素材を提供している。すなわち、計画策定者たるゲマインデ議会における政策的意見形成の過程・議決に関する詳細な経過にまで裁判所の審理が及べば、ゲマインデの計画高権が侵害されることになる。このような事態を防ぐためであるとして、過程的瑕疵が違法とされる場合を制限するこの条項が新設されたのである。⁽³²⁾このことは、西ドイツの連邦行政裁判所による計画策定過程の統制が、ゲマインデの計画高権への侵害と立法者に映るほど厳格

なものであったことを示している。

この点については、西ドイツの連邦行政裁判所が、計画裁量に関しても不確定法律概念の完全審理を原則とし、厳格な統制を及ぼそうとしていたことに関連させて考える必要がある。すなわち、このような厳格な統制が原則とされる以上、これに伴って、過程の統制も詳細な事実経過にわたって行われることが、当然の結果であるともいえるからである。

したがって、政策的判断に基づく裁量が行政に認められるべき場合には、過程の審理も行政の不合理な判断をチェックする審理方式として、わが国では理解されるべきであろう。

第二に、板ガラス事件判決、連邦建設法一五五b条二項二文にみられるように、西ドイツの判例・立法には、いまなお結果の統制に重点を置く傾向がみられる。これについては、わが国の判例にも同様の傾向がみられることは周知の事実である⁽³⁶⁾。この点に関し、日光太郎杉事件の東京高裁判決は、手続的ないし過程的審理を具体化したものとして高く評価されている。しかし、同判決も「裁量判断の方法ないし過程の過誤」を問題にしつつも、

最終的な判断がこの過誤により左右されたか否かを考察し、結果への影響を問題にしている⁽³⁷⁾。

したがって、西ドイツ連邦建設法一五五b条二項二文にも共通する立場に立っているのではないかという推測も成り立つであろう。

さらに、これについては、過程の統制の実体的側面を強調したコッホも激しく批判していたところであることに留意せねばならない。結局のところ、わが国における裁量審理のありかたは、今迄のべてきた過程の統制の積極面を生かす方向で再度吟味して見る必要があるように思われるのである。

(36) Vgl. BVerwGE 48, 56.

(37) Vgl. BVerwGE 41, 67 [71]; 45, 309 [315] u. s. w.

(38) Vgl. z. B. W. Brohm, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, DÖV 1982, S. 6 f.; E. Schmidt-Altmann in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg, Bundesbaugesetz, Stand 1982, § 1 Rdnr. 307 ff.

(39) Vgl. Urteil des 4. Senats vom 5. 7. 1974, BVerwGE 45, 309 [320 f.]. 判決は「条件のひとつに、事前決定が最終的衡量過程において下されたのであれば満たさねばならなかったであろう諸条件を、この事前決定が満たさね

ばならぬ」ということをあげている。これは、最終的衡量に影響がなければ、事前決定は適法としうるという論理にもなりうる。ただし、判決は、適正な衡量過程を重視する立場から、当該事前決定は違法だと判断してうる (BVerwGE 45, 321 ff.)。

(40) もっとも、連邦行政裁判所は、明白な (offensichtlich) という文言を「客観的資料により認定しうる」という趣旨に解釈し、かつ「結果への影響とは、影響が生ずる具体的可能性があれば十分であると解してうる。この、規定の趣旨を限定的に解釈してうるべきである (Vgl. BVerwGE 64, 33)。

(41) この議論について、参照「山田洋「行政手続への参加権の訴訟による保護(下)」『西南学院大学法学論集』十六巻一冊八五頁以下。

(42) Vgl. z. B. H. Meyer in: H. Meyer/H. Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz (以下 VwVfG と略す), 2. Aufl. 1982, § 46 Rdnr. 27.

(43) Vgl. H. Meyer, a. a. O., § 46 Rdnr. 26 ff.; C. H. Ule/H.-W. Laubinger, VwVfG, 2. Aufl. 1979, S. 281; H.-J. Knack und anderes, VwVfG, 2. Aufl. 1983, § 46 Rdnr. 7; K. Obermayer, VwVfG, 1983, § 46 Rdnr. 14 u. s. w.

(44) Vgl. W. Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgeschicklichkeit, NJW 1984, S. 12 mit Anm. 41.

(45) Vgl. P. Haberle, Grundrechte im Leistungsstaat,

VVDStRL 30 (1972), S. 43 (87).

(49) Vgl. Haberle, a. a. O., S. 121 ff. なお、ケーベルは、裁量論に關しては、手続のめい意義を高く評価している。かつ、その際裁量統制原理としてのデュー・プロセスの中での法律の趣旨・目的にそった公正な判断が下されてくるか否かの視点を含むとする (Vgl. Haberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 595 ff., 657 ff., 660 ff.)。

(47) Vgl. H.-J. Koch, Das Abwägungsgebot im Planungsrecht, DVBl. 1983, S. 1125 (1126 f.).

(48) Vgl. Koch, a. a. O., S. 1127 ff.

(49) Vgl. Koch, a. a. O., S. 1132 f.

(50) 参照「原田・前掲註一七二頁以下。

(51) 理由付記に關するものであるが、「手続・形式の瑕疵の治癒を安易に認める傾向を厳しく批判するものとして」参照「市原昌三郎「行政行為の理由付記と行政手続」『田上穂治先生喜寿記念 公法の諸問題』一九八四年二〇七頁以下。

(52) Vgl. BT-Dr. 8/2885, S. 35 f.

(53) たゞきは、個人タクシー事件最高裁判所判決最一判昭和四十六年十月二八日民集二五巻七号一〇三七頁、群馬中央バス事件最高裁判所判決最一判昭和五十年五月二九日民集二九巻五号六六二頁などである。

(54) 参照「東京高等裁判所昭和四十八年七月十三日判決行裁

例集二四卷六・七号五三三頁、特に五六三頁以下、五七三頁。

第四節 むすび

以上、西ドイツ計画裁量論を主な素材として、わが国における行政の政策的判断に対する裁判的統制の問題を考察してきた。西ドイツ計画裁量論に関しては、わが国でも、さまざまな形で紹介・検討がなされてきた。すなわち、まず、判例が建設管理計画等に対する完全審理を放棄し、計画策定主体たるゲマインデに対して計画裁量を認めたこと、および学説が計画に対する実体的統制を緩和せよと主張していることが紹介された。⁽⁵⁵⁾これに対し、その後の業績の中には、判例が多様な基準に基づいて、積極的な実体的統制を及ぼしていることに、紹介の重点を置くものが存在する。⁽⁵⁶⁾

本稿では、計画自体の裁判的統制に関する以前の判例・学説の立場と連邦行政裁判所の諸判決とを対比することにより、計画裁量論理解のための新たな視点をつけ加えることができた、と筆者は考えている。計画自体につき、以前の判例・学説の基本的立場より厳格な実体的

統制を及ぼした連邦行政裁判所の諸判決―学説、とりわけ、計画法規範Ⅱ目的プログラム論による判決批判、という位置関係が、右の対比によって明らかになったであろう。西ドイツ計画裁量論は、右にのべた判例学説の対抗関係の中でこそ、正しく理解できるものである。さらに、わが国の裁判所の立場に鑑みるならば、連邦行政裁判所の諸判決に対する反論という学説の側面につき、直接これをわが国への参考とする訳にはゆかないのである。

むしろ筆者としては、西ドイツにおける過程の統制の積極面をわが国にとりいれるべきであると考えている。すなわち、西ドイツにおける過程の統制は、手続的審理と実体的審理とを有機的に組みあわせる統制方式であり、その結果、行政決定の過程に対し、裁判所は積極的な実体的統制を及ぼしている。これに対し、わが国の判例は、この過程の統制の意味を著しく後退せしめるような態度をとっているのである。したがって、わが国における手続的ないし過程的審理方式も、右にのべた過程の審理の積極面を生かす方向で活用されるべきであろう。

今後、裁量審理における手続的審理・実体的審理のありかたを考えてゆく場合、行政手続にかかわる様々な論

点(たとえば手続による決定の正当化の問題など)、立証責任などの訴訟法上の論点を検討することが必要となる。また、政策問題とならび科学・技術問題と裁判との関係も、裁量論上重要な検討対象となつてきている。これらの諸問題を、筆者の今後の研究課題としてゆきたい。(57)

(55) 参照、遠藤・前掲註2八八頁以下。もっとも、衡量原則が適用されることにより、裁判所が個々の利害の政策的評価にまで踏みこんだ判断を下せるようになった点もあわせて指摘されている(前掲註2一六〇頁)。

(56) 参照、芝池義一「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」『法学論叢』一〇五巻五号一頁以下。

(57) 計画法規範目的プログラム論についてはなお論ずべき点も残されているが割愛した。また脱稿後に発表された関連文献もある(原田尚彦「行政訴訟の構造と実体審理」『田中二郎先生追悼論文集 公法の課題』一九八五年三七三頁)。現在準備中の別稿にてあわせて論ずることとした。

(一橋大学院博士課程)