

# 「西ドイツにおける行政計画と補償」

—— Plangewährleistungsanspruch と Aufopferungsanspruch ——

平 井 孝

西ドイツにおける行政計画と補償（平井）

1

- 序 論 —— 現代行政法学における「行政計画」の地位 ——
  - 1 「行政計画」の概念  
—— 「行政計画」の分類論ならびに概念論 ——
  - 2 「行政計画」の法的性質 (1) 一九七一年七月二七日の西ドイツ聯邦憲法裁判所決定に対するC・ウムバッハならびにA・V・ムーテウスの評釈 (2) 総括
  - 3 「行政計画」の変更と救済法理  
—— いわゆる Plangewährleistungsanspruch について ——
  - 4 「行政計画」と補償  
—— Aufopferungsanspruch 思想の展開事例として ——
- 結 論

## 序 論 — 現代行政法学における「行政計画」の地位 —

「行政計画」「計画」「計画行政」など、およそ「計画」という言葉が今日ほどわが国において日常化したことあるまい。毎日の新聞、テレビにおいて、また、市民相互の対話のなかにおいてわれわれは「計画」という言葉がきわめて重要な役割を期待されていることを知っている。

たしかに、天皇主権下の明治憲法的近代日本においても、西欧列強に追いつき追い越すために、まず「富国強兵計画」なり「忠孝臣民教育計画」が重要な課題となっていたことは歴史的な事実である。当時の官僚行政国家の人民支配のもとでは、「法律による行政」という近代的な行政法学の公理の例外は広く認められていた。すなわち、一方では行政官僚のイニシアチヴのもとで、ともすれば独善の危険性と可能性とに結びつく裁量余地が広く認められながらも、他方では、対立する行政需要なり諸利益の総合調整機能を通じて、無秩序な場あたりの行政から計画合理的強力指導型行政への機能的転換・脱皮の可能性が強く期待されていた。この要請にこたえるべく登場したのが、「行政計画」ではなかったか。旧憲法下の行政における「国防」「防災」などの計画や、「都市計画」「国土計画」「地方計画」などはいずれも右の計画例であったといえよう。また、国内的にも国際的にもしだいに昂まりつつある矛盾・圧力を内包していた戦前、そして、その矛盾が頂点に達した戦中においても、具体的には北海道拓殖計画、東北振興計画、生産力拡充計画、物資動員計画などの戦時体制下の国力集中計画があった。また、明治四二年法律三〇号の耕地整理法に基づく耕地整理計画、換地計画や、旧都市計画法（大正八年法律三六号）に基づく都市計画などのように、地域計画に含まれる計画概念も存在していた。河川および道路の改修計画なり中等教育機関なら

びに高等教育機関拡充計画なども忘れてはならない。しかし、これらの主として官僚主導型「行政計画」は、例外はあるにしても、その多くは、現実に存在する官僚の政治的社会的構造の性格ないし限界によって規定されざるを得なかった。すなわち、行政計画は、「官僚」の独善性、派閥閉鎖性、秘密業績性など、いわゆる「出世根性」と「縄張り根性」の「官僚人」によって策定される現実を反映して、かならずしも綜合行政的視点に立脚せず、散発的な行政需要のテラピー（対症療法）にとどまる個別的な公共事業の実施計画に限定されることが多かった。このように、戦前戦中の行政計画が、おおむね、天皇制官僚主導型行政国家の体制的論理に規定され、国民（＝議会）不在・超越型の行政計画であったのにくらべて、今日の民主主義憲法体制下の行政計画は、その特色をいずれにおくであろうか。

まず、国民主権主義、基本的人権尊重主義、平和主義を基調とする日本国憲法の体制原理的要請からくる、行政需要の無限開放志向性は、現実的にも論理必然的にも、行政の多面的開発とインフレ化とを招来しているのである。ここにおいて、「行政計画」は、その言葉自体がもつ本来的意義、つまり目的合理的総合調整機能——目的開発創造機能と、その総合調整推進機能とを、いちじるしく要請されている。それ故に、今日の「行政計画」は、かつての外発的特権官僚主導型議会——国民不在・超越型のそれではなく、内発的議会——国民主導型全体奉仕者の公務員従属型の行政計画たることを、つよく要請されている。このような行政計画の政治的、経済的、社会的現実基盤の変化・進行に対して、行政法学の対応はおくれがちであった。しかしながら、行政法学における研究方法ならびに課題の雪崩現象的変革は戦後緩慢ながら徐々にその準備を整えてきたかに見える。それはもちろん、戦後の法社会学の発達ときりはなすことはできない。このことは、行政法学がドグマの世界から社会科学の新世界へ一歩足を踏み入れたことを意味している。

渡辺洋三、和田英夫、高柳信一、今村成和の諸教授が行政法社会学の旗手として、さらに、室井力、兼子仁らの諸教授が、その次の世代を担うものとして「科学としての行政法学」の戦列に参加しているのである。<sup>(1)</sup> 行政法学の研究方法・対象における変革は、もちろん、それらを媒介とする、すぐれて主体的な意識の変革を前提とするであろう。このように、行政法学の新しい波動は、すぐれて歴史科学的な発想をバネとして、現実社会の存在法則の解明にたち向かっているといつてよい。そして、このことの意味は、今日および明日の行政法学にとって、はかり知れないものである。たしかに、美濃部達吉―田中二郎を基軸に回転していたわが国の伝統的行政法学は、はやくから、民法学的法律行為論に触発されたながらも、いわばその体系的変種ないし亜流の批判を恐れつつ、その独自の行政行為論中心的学問体系の構築に専念してきたという側面をもっている。そして、そのことの客観的意味は、なによりも、明治維新以後の天皇制絶対主義体制に内在する伝統的な「公け」の権威・神格性に対する合理的な枠組みとしての役割を演ずることにあつたのではなからうか。<sup>(2)</sup>

換言すれば、美濃部・田中行政法学の上昇気流の志向方向は、天皇制と平和共存すべき自由的市民的法治国家であつたであらう。しかも、美濃部・田中行政法学の上昇気流の現実の地上世界は、一方では、依然として封建的な家父長制的権威秩序を温存し、その権威主義的国家構造の栄光と矛盾が同時に存在する世界であつたが、他方では、大正デモクラシーの希望・幻影を社会的ランクとしての官僚的教授の行政法理論に吸収・定着させることによつて、特殊日本的な天皇制的資本主義の二重構造的矛盾の觀念的解消に向かわしめ、さらに独占資本主義への飛躍を可能ならしめる反共的イデオロギーの急速な整備を要請する世界でもあつた。それ故に、美濃部・田中行政法学の自由主義的な啓蒙性の存在基盤はそれなりにありえたといえようし、またそれだけに、その流動的不安定的な側面を残していたとみることができるとは、のちの天皇機関説をめぐる美濃部事件によって裏づけられよ

う。ともあれ、美濃部・田中行政法学が、明治憲法後半期のわが国において、上述の問題なり制約をかかえていた特殊日本の自由化、近代化に寄与した点は、高く評価できる。と同時に、美濃部・田中行政法学が、制約された合理主義の支配する天皇制的法治国家の礎定に奉仕した意義を没却してはならないであろう。<sup>(3)</sup>

ところで、美濃部・田中行政法学は、行政権の特権的地位の承認、したがって行政権（官僚）の裁量的活動の余地を厳格な権力分立——司法権に対する行政権の独立の保障思想に求めていた。そこに、われわれは、美濃部・田中行政法学を主軸とする伝統的行政法学の、「市民法理念」からの離脱機能の法論理的根拠を見出しうるとともに、行政権優位思想、したがって官僚法学的性の残滓を認めることができる。<sup>(4)</sup>つまりその点に、上述の行政法学における画期的変革の波をかぶるべき条件が、内包されていたといつてよいであろう。かくして、新しい波は、とりわけ伝統的行政法学の牙城、行政行為論中心な行政法体系へ集中的に向かうことになったのである。

近時、英米法、なかんずく、アメリカ行政学をつよい影響のもとに行政過程の研究の必要性和その成果をみ、また、人権保障の手続的側面たる行政手続法の立法化が警告されているのは、右の事情の反映である。以上、要するに、今日の行政法学は、ようやく、法律行為論中心の体系的呪縛から解き放たれて、機能論的に、高権的な統治行政作用の内容的多元性を認識するに至ったのである。<sup>(5)</sup>行政計画は、まさにこのような一連の認識プロセスを経て、はじめて、行政法上の制度として、その嫡出子たるの地位を与えられたといわなければならないであろう。

本稿は、かならずしも、行政計画の法社会学的解明を直接の課題として企図したものではない。むしろ、方法論的には、とりあえず、陳腐ともなりさがったが、それはそれだけに歴史的な過去の遺産の厚みをもっている解釈論を手がかりとして、その学説史的意味を求めているといつてよい。また、行政計画の諸問題、とりわけ策定手続における民主制という重要テーマも、筆者の能力からみて今回は割愛することにした。

したがって、本稿は、直接的には、西ドイツの聯邦建築法上の事件を手がかりとして、「行政計画」の法的機能論——「行政計画」の法的性質、ならびに、「行政計画」からの法的救済理論——行政計画保証請求権 (Planleistungsanspruch) および損失・損害填補補償請求権の性質・機能を論ずるのであるが、窮極的にはこれらの前提作業を通して、西ドイツ的な社会的法治国家の法的現実、福祉型開発行政の限界とりわけそこにおける Aufopferungsanspruch 思想の展開の素描を意図するものである。

(1) 例えば、渡辺洋三教授の「行政権の優越性と国民の権利」「法治主義と行政権」「現代福祉国家の法学的検討」「官僚の法意識」など『現代国家と行政権』・昭47に所収の論文、和田英夫教授の「行政権の権力性は克服されるべく、否定されるべきでない。そこで、否定されるべきは、権力の『剰余価値』の強調である」(『行政法における権力性と技術性』法律時報二九卷七号四頁以下)という主張、高柳信一教授の『プロイセン国家成立史序説』昭30以来の諸研究、今村成和教授『現代の行政と行政法の理論』昭47所収の諸論文、さらに若手学者としては、兼子仁教授『行政行為の公定力の理論』昭35、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』昭37、室井力教授『特別権力関係論』昭43、『現代行政法の理論』昭48、手島孝『現代行政国家論』昭44などが光っている。

(2) 渡辺洋三「現代法概論・現代と現代法学」法学セミナー一九七一年六月号七〇頁。

(3) 今村成和教授は「行政法学の課題」(『現代の行政と行政法の理論』三頁以下)で、次のように指摘される。

「美濃部博士の学説は明治憲法下の通説であるとともに、公許の学説でもありえた訳であるが、それが、田中学説を通じて現行憲法下の通説に接続し得た秘密は……、マイヤー的にいえば、実定行政法ないしそれを対象とする行政法学の技術性であり、又、わが国の行政法学を、神権天皇制を背負う官僚専制主義のイデオロギーから解放して、近代的な技術の学としての理論体系をきずき上げた、美濃部学説自身のもつ生命力にあったといわなくてはならない」(同書五頁)。

(4) 今村教授は「司法権に対する行政権の独立を問題とするのは、典型的な、明治憲法的行政国家の思想である」と指摘され、田中博士の行政法の特質は行政主体の優越性と公益優先性にあるものとされ、これをもって、個々の行政法規の解釈・運用上の指針とすべきであるとする主張は、「警察国家のイデオロギーと異なるところのないもので、これでは、行政法学は官僚

法学以外のなものでもないことになる」ときびしく批判されている（『上掲書』一一頁）。

(5) 抗告訴訟の権利救済的機能に着目し、近時、抗告訴訟の対象を拡大する傾向がある（原田尚彦「抗告訴訟の対象について」判例タイムズ・二六三号二頁以下）。なお山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分」民商法雑誌六一卷三三九二頁、今村成和「事実行為の取消訴訟」（『現代行政法の理論』二二三頁以下）、室井力「行政行為の概念について」（法学セミナー一九七一年二月号九九頁『現代行政法の原理』一三二頁）参照のこと。

## 1 行政計画の概念

——「行政計画」の分類論ならびに概念論——

一、国民生活の変化に伴う行政需要の増大及び多様化、国家目的の変遷による福祉国家理念の登場などによって、国家ないし地方公共団体など、いわゆる「公けの手（*Öffentliche Hand*）」による国民生活へのさまざまな態容の介入が行なわれている<sup>(1)</sup>。これは、行政の、いわば、典型的な現代法的現象とみることができ、給付行政の展開である<sup>(2)</sup>。これにたいして、「行政計画」を基軸とする行政の民主化ないし社会化現象は、いわゆる「計画行政」<sup>(3)</sup>として、これをすぐれて現代的な法現象に加えることができる。

行政計画の概念・法的性質の特異性は、これを一義的に把握することは、かならずしも容易なことではない<sup>(4)</sup>。たとえば、行政それ自体の目的機能からくる特殊性に依じて、種々の「行政計画」が成立する可能性があるからである<sup>(5)</sup>。

1. たとえば、行政計画を成田頼明教授は次のように分類される<sup>(5)</sup>。

(ア) 準備計画・実施計画（計画の発展段階に態応する区別。準備計画は目標計画ともいわれ、基本計画の多くは

(イ) 総合計画・特定計画（計画対象が総合的・全般的な事務・事業に関するか、特定の事務・事業に関するかに  
よる区別）

(ウ) 長期計画・中期計画・短期計画・単年度計画（計画の期間による区別）

(ニ) 全国計画・地方計画・区域計画（計画の対象となる地域の範囲による区別）

(ホ) 事業計画・管理計画・処分計画（計画の内容による区別）

(カ) 拘束的計画・非拘束的計画（計画が利害関係人の法的地位を拘束するかないかによる区別）

## 2. 千葉勇夫助教授は以下に分類される。<sup>(6)</sup>

(イ) 対象となる各事項別の計画（国土開発計画、経済計画、労働計画、防災計画など、各行政分野ごとの計画の  
別がこれに当る。もちろん、各分野での行政計画は、互いに独立、無関係に存立しうるものではなく、相互に  
裏打ち、調整されてはじめて一体的・効果的な政策、事業の遂行が可能となる）

(イ) 上位計画と下位計画（a. 対象事項につき、基本計画——都市計画と都市計画事業計画の関係、各個別的事  
業単位での土地区画整理事業の施行計画と事業施行にともなう換地（処分）計画との関係、などは、それぞれ、  
都市の開発・利用計画の中で上位、下位の関係である。b. 対象地域につき、全国総合開発計画、地方総合  
開発計画、都道府県総合開発計画、特定地域総合開発計画、市町村単位の都市計画は、たがい上位、下位の  
関係をなす）

(ウ) 拘束的計画と指導的計画（拘束的計画は都市計画の決定・告示によって各種の権利利益制限の具体的効果が  
生ずる場合のように、それによって、利害関係人の法的地位が拘束され、その遵守が強制される計画。指導的



3. 計画は、行政による国民の指導方向を示すにすぎない計画。しかし現実には、行政の具体的な執行、統制は、この計画にもとづいて行なわれるから、なお、権利利益を拘束する可能性をもつといえる<sup>(1)</sup>。

3. 荒秀教授は次のように分類されている。

- (ア) 全国計画・地方計画・地域計画（国土総合開発法における全国総合開発計画、都道府県総合開発計画、二つ以上の都道府県の協議による地方総合開発計画、ならびに内閣総理大臣が指定する地域での特定地域総合開発計画、森林法四条五条での全国森林計画と地域森林計画、災害対策基本法二条の基本計画と地域計画などのように計画対象地域の相違による分類）
- (イ) 長期・中期・短期・年度計画（土地改良法四条の二・一項の土地改良長期計画、森林法四条の長期見通しに即して一五年を一期とする全国森林計画、住宅建設計画法四条五条六条の五年毎の住宅建設五箇年計画、石油業法三条の毎年度当該年度以降の五年間の石油供給計画、港湾労働法三条の労働大臣が毎年作成する港湾調整計画など、計画期間の長短による区別）
- (ウ) 基本計画・実施計画（首都圏整備法二一条、住宅地区改良法六条、水資源開発基本法四条、災害対策基本法二条八号、三四条、三五条、石炭鉱業合理化臨時措置法三条、林業基本法一〇条、中小企業近代化促進法三条、雇用対策法四条一項など、根幹的計画が基本計画。土地改良法九七条、九九条、一〇〇条、一〇〇条の二の実施計画、中小企業近代化促進法四条、石炭鉱業合理化臨時措置法四条などの事業計画、処分計画を内容とする実施計画がある）。
- (エ) 拘束的計画・非拘束的計画（国民・行政機関等に対して当該計画が何らかの法的拘束を与えるか否かによる区別。行政組織の外部にいる利害関係人に対し拘束力をもつ計画を「対外的拘束力を伴う計画」と呼ぶ場合も

ある)

(㊦) 総合的計画・特定計画（前者は土地総合開発計画・新産都市建設基本計画など、総合的全般的な事項を対象とする。後者は、特定の事務・事業を対象とする）

(㊧) 部門別計画・目的別計画（前者は、森林計画、道路整備計画。後者は、経済計画（国民所得計画）、産業計画（機械振興計画）、社会計画（中小企業指導計画）、国土開発計画（国土総合開発計画）、地域開発計画（新産業都市建設基本計画）、防災計画（消防計画、防災基本計画、公害防止計画）、資源保護計画（保護水面管理計画）、資源開発計画（水資源開発基本計画）、財政計画（財政再建計画）、事業計画（都市計画）、公務員の能率増進計画など。）

以上において、行政計画がいかに多様な存在形態をとっているかが、判明したのである。これを要するに、行政計画は、社会の行政需要の無限の展開に対応して無限に存在してゆくであろう。したがって、行政計画の分類も、多量の行政計画の認識における交通整理の意味において有用である。しかし本稿は、「行政計画の概念と法的性質」を検討するために、その前提作業として、上述の行政計画の諸存在ならびに諸分類を考察したのである。とすれば、「行政計画」の分類学 (Typologie) は、本稿では、もっぱら、高権的行政作用の屬性の有無の視点からのグループングすなわち、「拘束的——非拘束的・指導的」行政計画の確認もっていちおう足りよう。

二 行政計画は、さまざまな目的をもって策定され、その内容は千差万別である。したがって、これに明確な定義を与えることが至難であること、論をまたない。にもかかわらず、あえて行政計画概念の定義をすることの必要ないし意義は、そのすぐれて現代法的な意義ないし課題にあるといつてよい。この意味で、手島孝教授の次の指摘は注目してよい。

「近代デモクラシーを支える統治の手段は法（法律）である。すなわちそこでは、デモス（現実には）議会の意思の規範的発現であり裁判所の規範的判断によって保障される。法」が、国家作用形態の大宗を占める。ところが、国家計画体制の進行は、……テクネーの集約的表現としての計画を法に上位せしめる方向に事物必然的に働く。

「法の支配」はいつしか「計画の支配」に変貌する。「計画の支配」すなわち「プラノクラシー」(Planocracy)である。法と計画とは、その論理において全く異質な別体系の国家作用形式に属する。したがって、完全な計画の支配は法の支配の廃絶に連なる<sup>(8)</sup>。」

手島教授によれば、完全なプラノクラシーはルール・オヴ・ローの廃絶をもたらす<sup>(9)</sup>。たしかに、「法の支配」は、社会的実践および価値判断の尺度である形式的合理的合法性つまり、多数者の発意に相対的ではあるが真理性を擬制しようとするところに、その存在理由を見出しているであろう。これに対して、「計画の支配」は、目的合理的な科学的合法則性の基準に忠実であり、それゆえに、今日とかく問題視され、懐疑・反撥をうけやすい理性信仰ないし理性物神化的発想に、その存在基盤を見出しうるといつてよからう<sup>(10)</sup>。

とすれば、このような「法の支配」は、「計画の支配」との競合的対立関係において、敗北し・退去するより他はなからう。ただし、計画権力の独占化に結びつく行政権優位国家は、かつてのナチス・ドイツの前列において明らかのように、理性と科学の専称によって、容易に「法の支配」の形骸化をもたらすからである<sup>(11)</sup>。

「計画の支配」が、現代社会の科学主義・技術万能思想に起因するものであり、その目的が現代社会の諸矛盾の解消のために、とりわけ財の生産・配分面の平等化計画による実質的な自由の蘇生・回復のために必至のものとして文字通り完全に達成されるならば、現代の議会制民主主義は、おそらく全面的な変質を遂げるであろう。つまり、デモクラシーからテクノクラシー・ビュロクラシー・プラノクラシーへの展開がこれである<sup>(12)</sup>。では、技術信仰を媒

介とする計画主義・官僚統制主義は、民主主義・議會主義・法治主義・自由主義を蚕食する現代のレヴァイアサンとして、つねに人間の人格的自由精神に対立するというべきであろうか。

人間尊嚴の哲学が支配するかぎり、単なる合理主義的、社会工学的管理社会は成立しえないというべきではなからうか。したがって、「計画」信仰の呪縛から解放される原点はあくまでも、人權感覚に生きる個性豊かな懷疑精神そのものである。もしも、「行政計画」にこのような「人間の自由な批判精神」の、統制を許すことがあるならば、この世界は、やせたソクラテスのかわりにふとった豚であふれることであろう。

以上、「行政計画」と、そのアンチテトセとしての「自由」というすぐれて現代的な問題側面に触れてきた。このような「行政計画」の人權衝突・破壊可能性のゆえに、われわれは「行政計画」に無関心であることを許されない。では、今日、「行政計画」はどのように定義されているか。これが、次の課題である。

三、「行政計画」は、行政法学の新部門である。では、代表的な行政法教科書ないし論文から、そのいくつかの定義を紹介してみよう。

わが国で「給付行政法学」の体系化にいち早く手をつけられたのは、伝統的行政法学の泰斗・田中二郎博士の学問的直系である成田頼明教授であろう。成田教授によれば、「行政計画」とは、「行政上の事務や事業を実施し、または行政上の政策を形成するために、行政機関によつて策定された行政の指導目標である」<sup>(13)</sup>。京都大学の杉村敏正教授のシュレーにあるとおもわれる千葉勇夫助教授も、ほぼ同じ趣旨で「将来到達できるであろう行政目標を思考上先取りする設計、およびその設計を完成するために企画された行為である」<sup>(14)</sup>と定義される。荒秀教授によれば、「行政上の計画（プランニング）は、行政上の目的達成のための行政機関による目標設定行為といえよう」<sup>(15)</sup>。

西ドイツの代表的教科書のひとつである前ミュンスター大学法学部ハンス・ヴォルフ教授の「行政法（一九六八

年」)によれば、「与えられた状況のもとで、ひとつの目標を最善の方法で実現するための合理的な行動システムの準備確定」<sup>(16)</sup>がすなわち、行政計画である。このほか、クラウス・オーベルマイヤー（エアランゲン大学）教授によれば、もともと計画という概念は、法律学特に行政法学上独特なものでなく、人間生活の一切の分野で、ある特定目定の確実・能率的な達成に必要な手段として、常におこなわれているもの、ということになる。<sup>(17)</sup>

以上、「行政計画」概念の定義状況の一部を示してきた。これらの諸定義からも、われわれは、ある程度共通する要素を抽出しうるであろう。たとえば、「政策形成」機能（成田）、「行政目標設定」機能（荒）、「行政目標企画設計」機能（千葉）、および「政策指導」機能（成田）、「目標実現行動システム準備確定」機能（ヴォルフ）、「目標達成手段」機能（オーベルマイヤー）など。私は、以上の諸定義をふまえたうえで、つぎのように「行政計画」の特徴を考える。

「行政計画」の特徴の第一は、未来予測機能であり、第二に、行政目標創設（選定形成）機能である、第三に、行政目標の合理・能率的達成システム化機能である。ただし、「行政計画」は、人類の未来を可及的に予測し、そのマイナスの事態の発生・出現の防止または回避の課題を担っているからである。したがって、およそ当然のことながら、「行政計画」は、人間相互の協調のみならず、自然と人間の協調をも内在させる新しい人間の価値哲学の具象化でなければならない。行政目標はこのような価値の普遍化によって積極的に選択決定されなければならない。さらに、右の普遍的価値の合理的・能率的な実現のためには、それに対応する合理的な行動のシステムが準備され選択されていなければならないであろう。

以上要するに、「行政計画」とは、人間の自由を最高価値原則として、未来を予測し、行政目標を創設し、その合理的な実現システムの準備確定行為である。

以上、「行政計画」概念の定義を検討し、一応の結論に達した。

しかし、このような定義作業は、あるいは、本稿の課題とする「行政計画」の法的性質の決定にとって、はなはだ迂遠のものであったかもしれない。それにもかかわらず、現実の計画諸相の統一的、確実な認識のために、このような作業はいぜんとして不可欠なのである。

問題は、「行政計画」の法的性質を認識するために、いかなる視角を設定すれば、これによって現実の行政計画の諸相の法学的説明がより可能となるか、である。

本稿では、伝統的な行政法学の中心テーマであった「法治主義」ないし「司法救済」の視点に立脚して、行政計画の法的性質の諸相を考察するであろう。以下主として本稿の舞台となる西ドイツにおいてこれをみると、「Planning」の活動が法現象として特に注目されるようになったのは、一九四五年以降のことであり、その契機は、ドイツ再建にあったといわれている。<sup>(18)</sup> もちろん、西ドイツの人々にとって、過去のナチスによる全体主義的な国家計画の非人道的な体験からくる懐疑・反撥がなかったわけではない。そして、その懐疑精神を裏づけるプラノクラシーの人間機械観的危険性は、今なお可能性の世界に実在している。戦後のみならず今日のわが国および西ドイツにおいて、種々の国家政策の一環として樹立されている「行政計画」は、現実には行政権の活動を通して強力に貫徹されるがゆえに（成田空港開設計画に伴う強制収用をみよ）国家権力の強大化に対して懐疑的な従来の伝統的な治国家原理の壁に逢着しているのである。このような意味において、行政法学における「行政計画」の最重点的問題性は、依然として、「計画」が、一種の抽象的な立法・法規として行政訴訟の対象たりえないものか、それとも、一つの行政行為ないし処分として、抗告訴訟の対象たりうるものかの、まさに、二者択一的状況にある。<sup>(19)</sup>

ではなにゆえに右の問題は重要なのか。理由は明白である。もしも「行政計画」が、その利害関係人、とりわけ、

人民の法的地位（権利・利益）に対して、拘束・侵害的な変動効果を与えるならば、基本的に、広義の行政救済法理が発動されなければならないからである。国家（行政）の不法は、これを排除しなければならない。<sup>(20)</sup>「行政計画」権力の不法に対する司法統制の途は、いわば、実質的な自由・平等の実現を要請する社会的法治国家のひとつの試練であるかもしれない。<sup>(21)</sup>

以上の経過によって、われわれは、ここによりやく、最初の目的地である、「西ドイツにおける行政計画の法的性質」論の岡に辿りついた。

そこで、われわれは、次節において、西ドイツの聯邦建築法事件に関する最近（一九七一年七月二七日）の聯邦憲法裁判所（以下、朕憲裁と略称）判決にたいするウムバツハ（当時マンハイム大学法学部助手）、ムーチウス（当時ミュンスター大学法学部助手）の批評（Anmerkung）<sup>(22)</sup>を手がかりに、「行政計画」の法的性質論争の傾向を概観し、あわせてわが国の行政計画性質論争に言及してゆくことになる。

(1) Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1968, Rechtsfragen der leistende Verwaltung, 1674; Feiers Erdura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, S. 624—633

(2) 山田幸男「給付行政の理論」（講座現代法四卷）二二三頁以下、今村成和「現代の行政と行政法の理論」公法研究三〇号一—一六頁以下、室井力「現代行政と行政法の理論」同上二三五頁以下、成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究二八号一—七頁以下

(3) 田口精一「社会的法治国家の行政における計画(Plan)について」（法学研究三四卷一一号三頁以下）。手島孝「国家計画の法理——憲法的考察」（法政研究三七卷三三・四合併号、三八卷一号）、「現代憲法と国家計画」（法政研究三八卷二〜四合併号）。フライブルク大学のカイザー教授はその編集にあたった Planung（全四卷）の第一卷冒頭の序文で次のように述べらる。

「計画は現代の偉大なる趨勢 (der Zug) である。計画は、今日一般的な意識となって飛行している、われらの未来を解く鍵である。」 (Kaiser, Planung 1, 1965, S. 7)

- (4) 荒秀「行政指導と行政上の計画」(横浜国立大学教育学部研究紀要・哲学社会科学篇(二)五号一三頁)。成田教授も次のように述べている「行政上の計画は、さまざまな目的をもって策定され、その内容も千差万別であるため、明確な定義を与えることは困難である……」(現代行政法・一六六頁)。同旨、千葉勇夫「行政計画」(杉村敏正編・行政法概説・一三九頁)。
- (5) 成田「前掲書」一六七頁。
- (6) 千葉「前掲書」一四〇頁、一四二頁。
- (7) 荒「前掲書」一四頁、一五頁。
- (8) 手島孝「現代憲法と国家計画」(法政研究三八卷二〜四合併号三七〜三九頁)。  
アロン・自由の論理(レイモン・アロン選集(1)・曾村保信訳・一九七〇年)八三頁。
- (9) 手島「前掲書」三八〜三九頁。
- (10) 手島「前掲書」三九頁。
- (11) 科学的完全・絶対主義は人間精神・観念の自由・相対主義の否定であろう。
- (12) 手島「前掲書」三八頁。なお、マンハイムの「自由も規律も抽象的に存在するのではなく、文化的脈絡に依拠する具体的な形でのみ存在し……『人権』なる神聖な権利は、計画化時代に移し置かれる必要がある……計画社会における自由こそ……共同の利益および個人の潜在的な能力の最善の利用……である……自由のための計画化が、残る自由の唯一の論理的形式である」 Mannheim, Freedom, Power and Democratic Planning (池田秀男訳四六一〜四七三頁・手島「前掲」三八頁)とする主張を、手島教授は楽天主義と評され、計画化による自由の侵害が「経済的自由」の範囲にとどまり、人間としての基本的自由・精神的自由の聖域にまで侵犯しないかどうか、につき疑問視されている。なおこの見解は、ド・トックヴィルの全対主義に対する伝統的な「自由」概念の主張と比較して興味深い。(参照・小山勉「デモクラシー社会における個人主義」都立大学学会雑誌(一三卷・二号三五頁以下)。手島教授の強調される「自由」の敵は、やはり、今日の世界を包みこんでいる科学・技術・計画(理性)信仰の抗しがたい圧力(全体主義)であろう。この意味での自由論の系列には、一九七〇年に来日した、公害問題から自然と人間(技術)の調和を主題とする生態系の経済学を発想したアメリカの経済学者ポールディング博士



の思想も連らなっているとおもわれる。(Kenneth E. Boulding, *Beyond economics*) (K・Eポールディング著公文俊平訳・経済学を超えて)——社会システム的一般理論・竹内書店一九七〇年刊。

- (13) 成田「前掲書」一六六頁。
- (14) 千葉「前掲書」一三九頁。
- (15) 荒「前掲書」一二頁。
- (16) Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 7 Auflage, 1968, S. 74
- (17) Klaus Obermayer, *Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut* (VVDStRL 1960 H. 18 S. 113, 145)
- (18) 西ドイツにおいて学会レベルで「行政計画」をとりあげたのは、一九五九年第一八回ドイツ国法学者会議が最初のことである。報告者は、オーヘルマイヤー(前掲論文)ならびにインボデーデン(Max Imboden) (ウイーン大学教授)であった(Dr. Ernst, *Der Plan im Verwaltungsrecht*, DVBl. 1960, S. 344 ff.)。しかし、なんとといっても、一九六五年から始まるカイザー(Joseph H. Kaiser)編「Planung」(全四冊)は、「行政計画」研究の白眉といえよう。その点を充分意識してしたのである。編者カイザーは、その第三卷(一九六八年刊)の「序文」(九頁)で、次のように述べている。  
「この『計画』叢書は、多くの専門的な論文でかざられている。いわば計画研究シリーズであって、新聞・出版・情報計画・聯邦国家の計画策定権、計画手段としてのカルテルなど、各種の分野における個別的問題の研究を収録している」。
- (19) Ernst Forsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. S. 185 ff. 適法な「行政計画」であっても、特別犠牲的効果を伴うかぎり財産権の公用取用か、社会的拘束かの区別問題は、重要な論点となってくるであろう(Herbert Kröner, *Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, 2 Aufl. 1969 S. 96; Martin Selmann, *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung*, NJW 1965, S. 1689 ff.; Bernd Bender, *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung*, NJW 1965 S. 1297 ff.), Bernd Bender, *Staatshaftungsrecht*, 1970
- (20) Richard Bartschberger, *Die Folgen von Staatsnrecht als Gegenstand der Gesetzgebung*, NJW 1968 S. 1967 ff.
- (21) たとえば、行政計画の一方的変更と関係人民の信頼保護の問題(Martin Kriele, *Plangewährleistungsansprüche?*, DÖV 1967 S. 531 ff.)、客観的違法の行政処分における関係人民の信頼保護と行政の合法性との調整問題(Ernst-Günter Richter, *Vom Widerrufrecht im sozialen Rechtsstaat*, DÖV 1962, S. 454 ff.)などを挙げることもできる。

(23) C. Umbach, Anmerkung, DVBl. 1971 S. 740 ff.; Albert v. Mutius, Anmerkung, DVBl. 1972, S. 207 ff.

## 2 行政計画の法的性質

(1) 一九七一年七月二七日の西ドイツ聯邦憲法裁判所決定に対する

C・ウムバッハならびに A・V・ムーチウスの評釈

一、行政計画は実質的意義における立法か。それとも行政か。この行政計画の法性質論は、西ドイツにおいても、わが国においても、行政計画が行政事件訴訟にいわゆる抗告訴訟の対象として、その訴の利益を構成しうるものかどうか、の問題と深くかかわっているが故に、人権保障の体系としての市民憲法のもとで生活する市民にとって、すぐれて主体的・実践的な課題なのである。

しかし、行政計画といっても、現実には、さまざまな行政目的のもとにさまざまなその行政計画が樹立される以上、われわれは、個々の行政計画に限定して、その法的性質論を展開せざるをえないであろう。

以下、本稿は、主として、聯邦建築法上の建設または建築計画 (Bauplanungsplan) の行政処分的拘束性の有無をめぐる法性質論を展開する。西ドイツの聯邦憲法裁判所 (第二法廷) は、一九七一年七月二七日、建設計画 (Bauplanungsplanung) に対する憲法抗告 (Verfassungsbeschwerde) の許容性につき、「棄却」の決定をおこなった。

この決定があるや否や、かなりの反響が生まれ、その同年いちはやく論評を加えたのは、マンハイム大学法学部助手の C・ウムバッハであった。ついで翌一九七二年のはじめに、ミュンスター大学法学部助手の A・V・ムーチ

ウスが論評を加えるに至った。われわれは、彼等の論評のなかで、広義の行政計画としての「建設計画」の行政処分性を認識することができる。まず、彼等の論評のあとを辿ってみよう。

## II' C・ウムバッハの評釈（DVBl. 1971. S. 740 ff.）

この聯憲裁決定は、次の三点を主要判断点としている。

第一は、建設計画の直接効果、

第二は、聯邦法による建設計画の効力審査、

第三は、右の効力審査と関連づけられる聯邦行政裁判法四七条の憲法裁判留保条項の解釈。

バッホフ（Otto Bachof）（現チュービンゲン大学教授）は、すでに数年前、裁判所が不十分な結論を出さないように、裁判所みずから規範統制手続に関するこれまでの判決例をよく検討すべきであると、警告している。にもかかわらず、本決定は、そのような判例、理論の永年の努力に考慮を払わず、むしろ議論を一九六〇年の状況にまで後退させている。聯邦行政裁判法四七条の規範統制条項の創設のとき、その（裁判所の）立法的給付（gesetzgeberische Leistung）にたいする批判は、きわめて明瞭で、歯切れのよいものであった。しかし、この（規範統制）手続の効果は、ここに出ているのだ。ただし、憲法裁以外の裁判所は、行政裁判所と同程度の、法規定の抽象的審査を必要としないからである。上述の聯憲裁決定は、従来の学説・判例理論の発展を無視したものである。

西ドイツの法的現実（Wirklichkeit）は、ながいこと高等行政裁判所のかわらぬ判決の積み重ねの努力によって、今、ここに法としての保証がえられた。しかし、上記決定は、このような法の現実を素通りしている。

(a) 聯憲裁は、建設計画それ自身が（人民に対する）法（Rechte）になっていないとして、これから判断を進めている。しかし、これには問題があろう。

建設計画は、はたして、市民が現にもっている法的地位 (Bestehende Rechtsposition) をストレートに侵かして  
 いたのかどうか。建設計画が侵害的といえるためには、それ以上に、特別の執行行為 (besondere Vollzugsakte)  
 が必要である。しかしこの聯憲裁の論理は説得力をもたない。けだし、フォルストホフ (Ernst Forsthoff) (ハイ  
 デルベルク大学名誉教授) のいうように、直接の当事者であるか否かの判断基準は、なにも、執行行為だけに限ら  
 れるわけではない。

建設計画は、逆に、個々の利害関係人にたいして、直接の効果を及ぼしている。したがって、このように、計画  
 が、実質的な内容ないし法効果をもっている場合、執行行為は必要でない。

以上の観念は、聯憲裁の判断においても指摘しうる。けだし、このような観念は、行政行為を執行行為と考える  
 行政裁判の一面的な展開に由来しているからである。また、右の観念は、この、行政法の中心的な概念を、行政救  
 済の連結点として、使用している。

しかし、法制度の発展ならびに事実の展開によって、多数の法規範がもたらされた。これらの法規範は、当然の  
 ことながら、個人の法 (権利) 分野を侵害するために、執行されてはならない。計画は右の範疇に属する。とりわ  
 け、建設計画はその典型である。

建設計画の確定は、その土地所有者にたいして、直接の効果を生ぜしめる場合がある。例えば、右の計画確定に  
 よって、(個人の) 計画上の建築用地が、以後、緑地 (Grünfläche) として扱われる場合。

右の仮定的事例に関連して、次の問題が起るであろう。第一に、個人住宅建設を望んでいる当該土地所有者はそ  
 の建築計画を遂行しうるか、第二に、児童遊園地 (Kinderspielplatz) として公示されている土地を、宅地として売  
 却しうるか。これに対する行政庁の解答は、双方とも消極的 (建築は認められず、売却もできない) である。

つぎに「建設計画」の執行効果 (Vollzugswirkung) を肯定する根拠事実は以下のとおり。

建設計画が妥当する範囲内であっても範囲外であっても、建設計画の形成・遂行は、同じ方法でなされるのが原則。建設計画が通用しない範囲においては、（人民の建築申請に対する）建築の許認可は、個別的行为で人民はこれを争いうる。建築の許認可は、また、「行政」計画の代用をなしている。これに反して、「建設計画」が通用する範囲においては、その確定が基準となる（その地域を凍結する）。

聯邦建築法第一條四項の計画目的規定の趣旨から、建築法全体の統一ある執行が出てくる。また、建設計画上の目標は、建設計画の通用する範囲内であれ、範囲外であれ、機能的には同じ位置関係にある、という点も、帰結される。このように、右の二領域（計画通用内域および計画通用外域）にとって、規律の性質上、差はない。ただし、聯邦建築法三四條、三五條は、計画に関する直接の言渡しを含む計画代用物と見なされるからである。

建設計画が確定するならば、建築希望の当該土地所有者は、その建築申請を阻止されることになる。したがって、建築計画の実現は、きわめて不確実である。建築の利害関係人は、現行法上、明文の建築禁止があるにもかかわらず、建築申請書を提出した場合には、この申請の拒否を覚悟しているであろう。

このような形式をもって、本件の執行可能性を構成することが、はたして重要といつてよいのか、はなはだ疑問と思われる。

建設計画のため、万一、市民に経済上の不利益が発生したならば、潜在的な効果 (latent verhandene Auswirkung) が問題となるだけのことである。裁判所がそれ以上議論していることが、やはり、納得しがたい。この点は、とくに、累進税法に対する憲法抗告について判断した併憲裁一九六三年五月二二日決定においてもいえる。すなわち、法律は、執行行為とならずに、直接効果を生じうる、という内容の決定である。したがって、この場合、法律

だけが、企業の収支決算に影響を及ぼすか、企業の活動を中止・調整させることができる。とすれば、この場合、企業の収支決算への影響、企業活動の中止・調整を目的とする法律の執行可能性はない。

この点において、建設計画への類推を看取できる。ただし、建設計画の規律内容は、あるいは、土地所有者に、相当の経済上の効果を与えるであろうから。したがって、建設計画は、その利害関係人に直接の効果を生ずるものと、いえる。

要するに、建設計画は、その実現のために特別な執行行為を要しない規範である。また、建設計画は、直接の法効果を生ずる、執行規範 (Vollzugsnorm) である。

執行規範の概念は、ブローム (Winfried Brohm) (現ビーレフェルト大学教授) が提唱したもので、「直接作用規範」を内容上の特色としている。したがって、執行規範はまた次のように定義することもできる。

執行規範とは、執行行為と同等の効果をもって、執行行為であることなく、関係当事者に直接、法的に作用するもの。

今や、建設計画は、その法的重要性を主張するために、直接作用規範として示されるのであって、もはや執行行為として示されることはなからう。建設計画が直接作用規範であるかぎり、それはまた自力執行性 (Self-executing) を有する。高等行政裁判所は、建設計画の規範統制訴訟にあたって確立された判決において、建設計画の実質的強行性を、考慮しているが、この点につき、何人も目を閉ぢることはできない。聯憲裁は、その伝統的な考え方を維持するかわりに、建設計画に、なにか新しい方向づけを与える意味でいくつかの理由を挙げているらしいが、残念ながら、現実はそうなっていないのである。

法理論的視点からすれば、事実(内容)関係的法規範——実体的法規範——建設計画の形態をとっている——は、

直接執行の効果をもち、そのうえ執行可能な場合に、法秩序の段階構造にかんする純粹法学の理論まで戻って論じられよう。とくに、その批判のポイントは、法規範のそれぞれの段階が相関的・相対的であることと、法規範と執行行為の相対性がなんの脈絡もなく存在しているということである。

したがって、法創設理論 (Rechtserzeugungslehre) の枠内で、この問題は論じられない。むしろ、その構造の現象形態は、行政法規範の事実関係性 (die Sachbezogenheit der Verwaltungsnormen) を特徴としている。ただし、このような事実関係性によって、はじめて、直接の関係当事者であるか否かが決定されるからである。

(b) 実体法上は、まず、行政法に執行規範が存在することを認め、そこから出発しなければならない。したがって、行政計画が実体法および訴訟法の附属的存在 (Interdependenz) なりや否やの問題は、中間法的な行政法規範としての「計画」の裁判統制が、いかなる訴訟手続構造をとりうるか、の問題である。この場合、附随的審査 (Identprüfung) とするのは、かならずしも適切な救済形態といえない。ただし、そのような考え方は、執行規範の存在をまったく考えていないからである。建設計画については、時宜に適した直接的救済が重要である。

最近の建築（確認）許可手続における権利保護は、ブロームのいうとおり、附随的にせよ、可能になっている。しかし、それは、効果の乏しい救済である。「計画」は、つねにその実現をめざして策定されるものである。したがって、計画策定者の、計画の利害関係人は、計画の早期実施によって、計画内容たる事実を成就する。そして、この計画内容事実にはや変更しえない。このように、ひとたび計画が成就されると、例えば相隣者訴訟の場合がそうであるが、附随訴訟のかたちで勝訴判決をかちとめることは容易でない。とくに、成就・創設された計画的現実 (die geschaffene Planwirklichkeit) が、「公益」概念にある影響を与えている場合、一定の成果を期待してこれに対する権利保護を求めても、その要求はおそらく無駄におわるであろう。

いわゆる既成事実 (vollendete Tatsache) の作り出される危険は、明瞭である。それ故に、建設計画に対する権利保護にとって、時間という要素は決定的な意味をもっているのである。

以上の論旨からみても、時宜に適った効果的な権利保護の必要性は充分認識されよう。

聯憲裁は権利保護につきさまざまに熟慮しているが、その出発点は、基本法一九条四項である。聯憲裁の考えで問題となっているのは、基本法一九条四項が、執行規範に直接関係すべき可能性を、それぞれの利害関係人に保障しているのかどうか、ということである。

基本法一九条四項にいう「公権力 (öffentliche Gewalt)」とは、中間法的規律 (die untergesetzliche Regelung) もまた含むものか、どうか。これは問題である。

聯憲裁は、これを熟慮して、右のような問題提起にとどまった。また、その限りで、請求棄却の判決を出しているのだ。

しかし、オーベルマイヤー (Klaus Obermayer) とともに、裁判所の確認 (Feststellung) は議会立法に関係するにとどまり、行政立法 (die Rechtssetzung der Verwaltung) に関係しないという理由から、右の聯憲裁判決を関係なしと、隅に押しやってよいものかどうか、はなはだ疑問である。

要するに、当時者なりや否やの視点からは、議会立法も行政立法も、実質的差違はまったくなく、ことである。もともと、憲法制定者は、公権力を行政行為としてしか理解していない。そして、このような憲法の伝統にのっとり、裁判所はその職責を果たしてきたのである。

しかし、このことは、ウィルケン (Wilken) が正当にも示唆しているように、もはや、誤りである。いわゆる「客観化された立法者意思 (der objektivierte Wille des Gesetzgeber)」は、基本法一九条四項という憲法の「



般条項の根本的言明として、その権利侵害から個人を可及的、包括的に救済することを明らかにしている。

しかし、このような権利保護には、間隙がある。たとえば、直接課担的規範 (unmittelbar belastende Normen) は、まったく審査不能である。したがって、基本法一九条四項は、執行規範にたいする権利保護を要求していると解すべきである。単純な聯邦法 (einfache Bundesrecht) で、中間法的な聯邦法を審査することは、許されない。

デューリッヒ (Günter Dürig) (現チュービンゲン大学教授) は、法の定立 (Rechtsetzung) を公権力概念に含めない態度は、今日、基本法一九条四項の意味、目的に反して、違憲である、と述べているが、正当である。ただし、そのような態度は、権利保護を回避して、立法の領域に逃避することを、行政に許容しかねないからである。

一九六〇年にはじめて、聯邦建築法上、建設計画が条文の形式で確定された。

このことは、おそらく、裁判所の強力な攻撃を免かれるためであつたらう。

したがって、この灰色の権利保護地帯 (Grauen Rechtsschutzonen) では (権利保護が) 充溢して、過度にわたらないように、その危険性が除去されなければならない。

要するに、基本法一九条四項の解釈にあたっては、どうしても、規範による権利侵害と、その権利保護 (救済) が肯定されることになる。

すでに述べたように、中間的な法規範の統制、とりわけ附随的審査 (訴訟) においては、有効なる権利救済が、なんら保障されていない。むしろ、附随的審査 (訴訟) 以上の効果 را収める可能性があるものとして、最近、レンク (Ludwig Renk) 'シーマー (Siemer) は、確認訴訟 (Feststellungsklage) を主張し、若干の支持者を得ている。

しかし、その理論構成上の試みにもかかわらず、右の解釈論は説得力をもたない。

けだし、法規範は、決して具体的な法律関係のみを根拠づけているのではない（法規範は法律関係ではない）からである。執行規範は、次の点で、他の規範から区別されうる。すなわち、執行規範は、種々の具体的な法律関係を創り出し、さらに規範の抽象的なメルクマールを保持するものである。

したがって、個別的行为——確認訴訟は、建築計画の規範の仕組みを考慮していないのである。これ以上の権利保護の可能性については、すでに、予防的確認訴訟（die vorbeugende Feststellungsklage）や、執行中止訴訟（Vollzugsunterlassungsklage）、さらに、行政裁判法上の非典型訴訟が列挙されよう。しかし、右の非典型訴訟は、まったく、執行規範に対する権利保護問題につき、その訴訟法的な解決策となっていないのである。

基本法は、個別的行为の事後審査と同じく、直接に、行政法規範の司法審査を要請しているのかどうか。この問題は、積極に解すべきである。行政法上の執行規範の存在に端を發して、訴訟法上の成果がひきだされるにちがいない。執行規範に妥当する主要な救済は、わずかに、行政裁判法四七条に依拠する行政裁判的規範統制手続に見出されうる。以上が、基本法一九条四項の具体的な意味である。

(c) 行政裁判法四七条の規範統制のもとでは、執行規範に対する権利保護（救済）手続の——中途半端な——形成が、問題となるにすぎない。このような行政裁判的規範統制は、執行規範につき、基本法一九条四項をストレートに具体化（実現）していることを、示している。

したがって、以上の論理からは、直接作用規範（unmittelbar wirkende Normen）の統制（審査）にまで、行政裁判法四七条を拡張しているということ、これをさらに精確に言うならば、右の四七条の変更解釈の結論が、ひき出されなければならない。

そのかぎりでは、右四七条は、法律的には一部のモデルにすぎない。したがって、行政裁判法四七条は、基本法一九条四項の具体化というかたちで、権利保護の性質をもっていると解しうる。規範統制手続は、「元来、異議訴訟 (Beauftragungsverfahren) として把握されていた」という (オーベルマイヤー、マウラー (Hartmut Maurer) (現マールブルク大学教授) の見解が支配的である。しかしこの見解は、その発生の歴史をふまえてのものではない。ただし、一体、何が権利保護の素材なのか、は、はなはだ不明瞭であるからである。

パッホフによれば、個人の権利保護と、客観的な法秩序とは、結びついている。それはそれでよい。しかし、行政裁判法にとって決定的に重要なことは、ある規範による侵害が異議申立の資格であることを、強調することである。この結果、行政裁判的規範統制の権利保護的性質ないし機能を強調しうる。それは、とくに、執行規範を承認することよりもまさっている。また、基本法一九条四項の一般条項に関する行政 (執行) 機関の解釈を通じてたゞる異議の見通しよりもすぐれている。

以上、要するに、憲法の一般条項および行政裁判法の解釈の範囲内で、規範統制 (審査訴訟) 手続の結論が明らかとなるのである。

執行規範の分野に対する行政裁判的規範統制は、基本法一九条四項を準則法とする。したがって、聯邦各ラントの執行法 (Ausführungsgesetz) がなくとも、右の規範統制は妥当すると解すべきである。

聯邦各ラントは、これまで、執行法をもっていなかった。聯邦憲法は、留保条項に関する従来解釈において、高等行政裁判所の審査可能性を、てひどく、押さえてきた。その理由は、聯邦法が右の審査基準 (Prüfungsmaßstab) として許されていない、ということである。

基本法一九条四項の意図する権利保護は、規範統制の枠内において聯邦法と規範の一致があるか否かの、審査が

可能な場合にのみ、保障されにすぎない。したがって、同一見地から、当然に憲法もまた審査規準として許容される。行政裁判的訴訟として規範統制訴訟を承認すると、おそらく、憲法裁判所への訴提起は締め出されよう。

オーベルマイヤーは、留保条項に、以下の意義を認めている。

留保条項自体か、高等行政裁判所の管轄と把握されている命令 (Verordnung) の事後審査を、行政裁判的統制から締め出していると、聯邦法律またはラント法律が、憲法裁の審査権のみを規定している場合、留保条項は、行政裁判法四〇条一項の出訴規定 (Rechtswegbestimmung) 以上の広い意味を与えられていない。

行政裁判的規範統制の位置づけを、直接基本法一九条四項や行政裁判法四〇条に見出す考え方の手がかりは、右の場合にのみ考慮される。したがって、裁判所の規範統制を求める申立は、憲法抗告が可能だからといって、排除されるものでない。逆に、その申立は、聯憲裁法九〇条二項の意味の優先的処理事項にあたりと解することができる。

留保条項は、ながらも、あらゆる文献において、露骨な批判をなさしめる原因であった。

それ故に、留保条項は、その解釈論上ならびに立法政策論上の不確かな結論を考量して、「ゆきすぎている (überflüssig)」、「決定的な誤り (fundamentaler Irrtum)」として、「遮二無二」 「押しつけられるべきである」と説明される。また、「裁判所がその不合理 (矛盾) を理由に、注意が足りない」と宣告した場合、そのことは従来の解釈の試みをはるかに越えたことになるのかどうか、問題である。

以上のような大量の批判を考慮するならば、聯憲裁が提起された諸疑念に徹底的にとり組むことなく、行政裁判法四七条をあらたに解説するという態度をとっていることは、まことに残念である。

しかし、やはり、行政裁判法四七条に関する従来の権利保護的視点は、支持される。けだし、この規定は、個

人の異議（抗告、訴訟）手続を含んでいるからである。

高等行政裁判所が、上記聳憲裁決定にもかかわらず、聯邦法・憲法を手がかりとして、さらに規範統制すなわち規範の効力審査（Gültigkeitsprüfungen）にまで手をつけるとするならば、それはむしろ、歓迎すべきものであるといえよう。



以上が、C・ウムバッハの評釈の全容である、次に、A・V・ムーチウスの評釈を紹介しよう。

三、A・V・ムーチウスの評釈（DVBl. 1972 S. 207 ff.）。

聳憲裁は、本決定によって、はじめて、次の問題に直面したのである。すなわち、基本法一九条四項は、中間法的法規範（untergesetzliche Rechtsnormen）——聳邦建築法（一九六〇年六月二三日法律 BGBl. 一卷三四一頁以下）一〇条に基いて自治法規（kommunale Satzungen）として制定された建設計画（Bebauungsplan）——に對して、直接的な権利保護を保障しているか否か。

本決定は、高等行政裁判所による規範統制の採用に関する聯邦行政裁判法四七条の委任条項を利用していない、ベルリン（一九五二年一月四日の施行法（Überleitungsgesetz）一三条一項）、ハンブルグ、ニーダーザクセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、ラインラント・プファルツ、ザールラントに住所を有する一市から提起された憲法抗告に基いて、行なわれたものではない。

むしろ、本決定は、基本法一九条四項に基いて提起された一九七〇年七月二日のブレーメン高等行政裁判所の決定に對する憲法抗告を参照してなされたものである。その理由は以下に尽きる。行政裁判法四七条の留保条項は成功していないといえようが、高等行政裁判所は、右留保条項に基いて異議の申立をうけている建設計画を、聳邦法

を基準として審査する権限はもたないと解されるからである。

しかるに、*聾憲裁*は、その、多くの批判を浴びた一九六八年六月二五日判決においては、ともかく、基本的に歴史的かつ体系的な考慮から生まれた基本法一九条四項の「公権力 (öffentliche Gewalt)」概念から、「議会の立法行為 (die parlamentarische Gesetzgebung)」を除外しているのである。

今後、この解釈を行政立法 (die Rechtsetzung durch die Verwaltung) に対しても考えうるか否か、いずれ、決着をつけねばならない。

*聾憲裁*は、このようなチャンスをまったく真剣に把らえておられない。けだし、基本法一九条四項は、特定の訴訟手段を、したがって、公権力のその時その時の性質に適合しうべき訴訟形態を保障しておらないからである。むしろ、個人を侵害する高権的な措置 (hoheitliche Massnahme) はなんらかの訴訟手続によって審査しうるといふこと、これだけが、この基本権を通じて個人たる市民に保障されているのである。以上が聾憲裁の理由である。

このような見解は、基本法一九条四項二段によって、補充的に与えられている通常裁への出訴 (ordentliche Rechtsweg) の指示を通じて確認されるところである。

*聾憲裁*は、最近、基本法一九条四項の権利侵害つまり、可能な権利侵害 (mögliche Rechtsbeeinträchtigung) の解釈にあたって、その侵害の除去の折折に与えられるべき各種訴訟法規上の法的救助 (Rechtsbehelfe) が決定的な意味をもっている旨をあまり論じていない。

このような聾憲裁の定型の見解・態度には、きわめて問題があると思われる。

けだし、基本法一九条四項の命ずる法効果 (≡訴訟開始) の解釈において、あきらかに、聾憲裁の予断的独善が見うけられ、適切でない。と同時に、このような聾憲裁の解釈は、右一九条四項の法効果の発生要件に関する一解

釈にとどまらず、他の権利侵害に関する解釈に利用され、その結果、反射的でなく（直接に）影響を与えることになるからである。

このような事態は、ひとり、従来の方法による一切の洞察（Einsicht）および憲法と単純な法律相互の段階的な法効果に抵触するのみならず、従来の判例・学説が一般に認めている基本法一九条四項の機能、つまり、包括的、緊密かつ有効な権利保護の保障にも抵触する。けだし、同程度の権利保護（制度）の効率性が強調される結果、その影響は、単に法律の自由な規律に委ねられてきた権利保護形態の訴訟手続法上の形成にまで及んでいることが、認められる。換言するならば、可及的かつ完全なる権利保護にたいする法治国的要請は、裁判的保護（Gerichtsschutz）のトータルな拒否（Versagung）があつてはじめて、無視されるのではない。それは、独立の裁判官に対する出訴が、予測しえない方法によって困難ならしめられた場合には、すでに、無視されているのである。

併憲裁もまた向かつているし、学界においてもしばしば行われている議論の方向は、基本法一九条四項の保障する裁判 Rechtsweg（権利救済の途）は、その時どきに妥当する訴訟法規（Prozessordnungen）の枠内でしか存在しえない、ということである。

しかし、この議論の方向は、少くとも誤っている。けだし、それは、まさに憲法と単純な訴訟法律との段階・序列の位置関係（Rangverhältnis）を転倒しているからである。

それゆえ、併憲裁の見解に反して、基本法一九条四項は、やはり、一定の条件のもとで、異議の出されている公権的措施の性質に適合する訴訟形態を要求している、と解すべきである。

したがって、併憲裁は、中間法的法規範がいわゆる「公権力」概念に含まれうるか否かにつき、解答を与えなければならぬ。しかし、右の結論の理由づけとしては、併憲裁の一九六八年六月二五日決定の議論は、もはや充分

といえない。けだし、右の聃憲裁の議論は、法規命令 (Rechtsverordnungen) ならびに規則 (Satzungen) に対して適切なものではないからである。建設計画自体は関係市民に対して、基本法一九条四項の「権利侵害 (Rechtsverletzung)」「概念を満足させる直接の権利侵害 (Rechtsbeeinträchtigungen) を包含しているか否か。この問題に対する聃憲裁の態度は、否定的である。けだし、建設計画は、聃邦建築法一条一項ならびに二項に基づき、建設計画に適合するよう、土地の諸利用を拘束的に指導しているからであると、聃憲裁は述べている。

「基本法一九条四項の文言によれば、この種の (建設) 計画は、これを実現するために、広汎な高権的個別的措置を必要とする。建設計画それ自体は、いまだいかなる Rechte にも変革してはいない。それ故、それは決して市民の既存の法的地位を直接侵害するものではない。また、そのかぎりで、市民の基本権を侵害するものではない。市民の基本権を侵害するためには、むしろ、個々の行政執行行為 (Vollzugsakt) がかならず必要である。それは、耕地整理手続や公用収用手続であれ、建築確認申請手続であれ、そうである。

この措置に対する出訴は、宅地裁判所 (Baulandgerichten) に関する聃邦建築法一五七条以下の規定によるのか、あるいは、同法四〇条以下の規定によるか、してなされる。右の両手続においては、執行行為の基礎となる建設計画の適法性は、全く、附随的に、つまり憲法をも含めての聃邦法を基準として、審査されなければならない。このように、適用されるべき法規についても、包括的かつ充分な権利保護が担保されている。

「建設計画は、土地の経済的価値が市民の不利益となった場合、その原因が建設計画にあるか、売却にあるか、を問わず、その時どきの所有者の土地利用ないし換価の折に、はじめて実現される、潜在的、間接的な効果 (影響) を問題とするにとどまる。

これに反して、必要な法行為 (Rechtshandlungen) の枠内においてははじめて、直接の権利侵害の生ずる場合があ



る。この直接的な権利侵害は、しばしば、その場合に可能な訴訟において、司法（裁判所）の事後審査をうける。これ以上に個々の市民は、自己に対して執行行為がなされないうちに、あるいは、市民が土地を計画・意図的に利用・換価しないうちに、前もって、建設計画による将来の権利侵害を、それ自体として懸念して、建設前の問題を通じて、ひとつの解決に達することがあるかもしれない。

このことは、しばしば、訴訟が可能であり、また事情によっては、三審制によって十分に審査可能な行政行為を考えさせることになる。” 以上の聾憲裁の詳論に対して、方法論上、疑問がある。

なぜならば、建設計画にかかわる市民は、この附随的な規範統制を推測しうるかどうか、すこぶる疑問が残るからである。これは、もっぱら、基本法一九条四項の法効果の問題である。しかし、右条項の要件の存否の問題ではない。したがって、この問題は、まず、建設計画が、いわゆる「公権力」の行為（*Akte*）であって、この基本権条項にいう「権利侵害（*Rechtsverletzungen*）」を包含しようということが確認されてはじめて解答しうる性質のものである。

さて、建設計画の法的性質および法効果、さらに、計画の関係当事者にとって、裁判所の付随的審査の期待可能性があるや否や。これについての聾憲裁の説明は、ウムバッハやブルーメル（*Willi Blümel*）（現ゾレーフェルト大学教授）のきびしく批判するところであるが、正当な批判というべきである。ただし、聾憲裁の右の敘述は、高等行政裁判所判例、学説が十年余り積み重ねてきたものを、全く無視しており、法定立行為（*Rechtsetzungssakte*）に対する憲法抗告権（*Verfassungsbeschwerdebefugnis*）に関する従来の判例と、ほとんど両立しがたいからである。聾憲裁の右論述は、公物法上の状態規定（*Zustandsregelungen*）（公物の成立要件規定）としての建設計画の法的性質をば、そこに発生する法効果と見誤って、ついには、行政実務の現実を粗略に扱う結果となっているのである。そのかぎりでは、これに対するウムバッハやブルーメルの批判は参照されてよい。

いずれにしても、併憲裁と比較して、ベルリン高等行政裁判所は、はるかに説得力のある洞見を提示している。例えば、一九七〇年五月八日の同裁判所判決を参照されたい（DÖV 1970 S. 829）。

建設計画は、もろもろの直接効果をもつことが、すでに判明した。これによって、関係市民は、即時の、かつ、有効な権利保護（法的救済）を入手しうるのである。けだし、自己に侵益（課担）的な執行行為を予想のうえで、計画策定（Planfestsetzungen）に基づいて確実に拒否される建築確認を申請することは、通常はまず、関係市民に要求（期待）しえない事柄である。

さもなくば、なんらかのかたちで、無効な建設計画によって達成される、計画範囲内の土地の建築その他の利用の展開は、これに法的には注目に値いする存在効力（Bestandskraft）が与えられるという形式において、時の経過とともに、確固たるものとなる（確定・固定）。したがって、この建設計画の無効は、数年後によく確認されるであろうが、すでにこのような建設計画の無効は、事実の規範力（die normative Kraft des Tatsächlichen）に出会い、この計画実現・成就の事実状態すなわち、障碍状態をもはや除去できないのである。

（以上、要するに）

一九七一年七月二七日の併憲裁決定の論旨に疑問がある。右決定は、聯邦建築法一〇条および新都市建設促進法五条、一一條、五三条に表現されている立法者の意図（立法趣旨・目的）、すなわち、形式の選択によって市民の有効な権利保護を制限しようとする立法者の目的を是認するものであり、そのかぎりでは、基本法一九条四項の権利保護の担保をただ立法者の措置に委ねている。

建設計画手続における計画の実際では、個々の道路計画における権利保護の縮小をめざして、それに適合するよう、あらかじめ準備されているものがある。

そのような計画策定（確定）手続（Planfeststellungsverfahren）は取消しうべき行政行為である（例（BFSStG）一七条）

以上は、一九七一年六月三日の聯邦行政裁判所判決において、明確な承認をうけている。聯邦行政裁判所は、権利保護を請求する当該市民は、建設計画が確定し拘束力を生じた以後には、ただちに、事情によっては建築前に、諸問題を延延と論議すると考えているのである。換言すれば、同裁判所は、当該市民が建築も売却もしなくとも、経費が必要（重要）であるばかりでなく、また、しばしば無駄な途を歩むと考えているのである。けだし、他の計画関係者等は、いずれ、計画の既成事実——完全な計画事実を作りうるからである。

聯憲裁決定の以上のような筋を考慮するとき、一九七一年九月七日の行政手続規定の改正に関する法律草案は、そのすみやかな制定公布がのぞまれよう。したがって、右草案は、すでに聯憲裁決定において参照しているのであるが、行政裁判法の計画的な改正に反対している利益集団（圧力団体）には滲透しておらない。ともあれ上記の草案は、行政裁判法四七条の主要な規範統制（制度）を、さきのベルリン高等行政裁判所の諸考量に基づいて、恩恵的に採用しようとしているのである。



以上が、A・V・ムーチウスの一九七一年七月二七日の聯憲裁決定に対する評釈の全容である。われわれは、さきに、C・ウムバッハの同一聯憲裁決定に対する評釈の全容を確認した。ウムバッハおよびムーチウスの評釈の全容を認識し終った現在において、われわれは、「行政計画」の性質決定の準備が一応整ったものとみなさなければならぬ。

したがって、次節において「行政計画」の性質決定の総括をすること、これがわれわれの今後の課題である（続稿）。

