

## 論 説

## 効果裁量, 計画裁量, 及び裁量瑕疵に関する基礎的考察 (1)

—「判断の過程」と「判断の帰結」をめぐって—

赤 間 聡

1. はじめに
2. 呉市学校施設使用不許可事件にみる効果裁量, 計画裁量統制手法, 及び判断の過程
3. 効果裁量と裁量瑕疵
4. 計画裁量と衡量瑕疵—板ガラス判決にみる衡量過程と衡量帰結の区分論— (以上本号)
5. コッホの基礎づけ理論における効果裁量と計画裁量—板ガラス判決の再構成—
6. アレクシーの法学方法論における内的正当化と外的正当化
7. アレクシーにおけるルールと原理の区分論, 及び衡量法則論
8. アレクシーの裁量瑕疵論—特に過程の瑕疵と帰結の瑕疵, 内容上の瑕疵と構造上の瑕疵について—
9. むすびにかえて

## 1. はじめに

エネルギー行政, 医療行政, 都市計画行政等, 現代行政活動が多様化, 専門技術化する中で, これら行政活動には, 法令上の明文の根拠の有無にかかわらず—特にいわゆる規範構造にかかわらず—, 裁量性が認められる傾向がドイツや我が国などの先進諸国で一般的であるように見える<sup>1</sup>。一方で, こうした行政の裁量行為をどのようにコントロールするのか, という議論は, 我が国の学説においては遅くとも1970年代以降, 常に現代的なテーマであり続けてきた<sup>2</sup>。こ

---

高知論叢 (社会科学) 第111号 2015年10月

<sup>1</sup> 周知の通り, 我が国の要件裁量論やドイツの判断余地論のことである。

<sup>2</sup> 網羅できないが, 最近の文献として, とりわけ本稿が参考にしたものとして, 高木光

の裁量行為に対する司法統制については行政事件訴訟法30条が次のように規定する。「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と。しかし、当然のことながら、このような短かつ抽象的な規定は裁判規範としては十分ではないので、判例は裁量行為の個別事例に応じて、重要な事実誤認の有無の視点から、あるいは判断過程の視点、あるいは社会通念の視点などから個別事例ごとに判断を下してきた。この点で、行政事件訴訟法30条は民法不法行為法と同様に、判例法の様相を呈しているといっても言い過ぎではないであろう。

一方で、学説の使命は判例とは異なり、一回的な紛争解決ではなく、司法審査基準あるいは司法審査方式の統一的把握と分類、及びその体系化にある<sup>3</sup>。学説は一般に、裁量審査方式として判例が比較的初期に採用してきた、いわゆる「社会観念審査」には批判的で、その代わりに行政決定に至る判断の過程を丁寧にチェックするという審査方式である「判断過程の統制」という審査方式を支持する傾向にある。この背景には羈束行為に対する司法審査方式である実体判断代置方式が裁量行為にまで及ぶことを回避しつつ、それでも曖昧な基準で裁量統制がなされないよう、司法審査の透明性と密度を高める、という狙いがある。しかしながら、この判断過程の統制の具体的内容及び個別事例での適用のあり方、またその他の審査方式、実体判断代置審査、比例原則審査等との関係についてなど、学説で必ずしも十分な一致があるわけではない。この中でも特に問題になるのは、判断過程の統制審査の実体判断代置審査への接近問題である<sup>4</sup>。

---

「社会観念審査の変容——イギリス裁量論からの示唆」自治研究90巻2号（2014）20頁以下、山本隆司『判例から探求する行政法』有斐閣（2012）218頁以下、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力、小早川光郎、芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』有斐閣（2008）322頁以下、亘理格『公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較』弘文堂（2002）。

<sup>3</sup> ドイツにおける裁量審査に関する判例と学説の使命の違いについての考えが参考になる。Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte - Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, DVBl 1997, 281-289.

<sup>4</sup> これらの点については、文献を含め、赤間聡「専門技術的裁量と科学技術的判断に関する行政の優先的判断権の論理—原発の安全性判断を題材に—」青山法学論集第53巻第2号（2011）82頁以下参照。

一般的に、判断過程の統制が裁量行為の統制として適切であるとされるのは、行政の判断の「帰結」ではなく「過程」に着目した審査であるからである。それではなぜ、裁量審査では、原則、裁判所は行政の判断の帰結をみてはならないのであろうか。判断の帰結をみるとは、最高裁の定式をかりると、裁判所がその処分<sup>1</sup>の適否を審査するにあたって、行政庁と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、「その結果と当該処分とを比較してその適否を判断」する（最高裁昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁、最高裁平成8年3月8日民集50巻3号469頁。なお、強調点は筆者による）ことである。これは羈束行為に対する審査方式、いわゆる実体判断代置方式である。

羈束行為においては、裁判所は行政の立場に立って自身の判断過程によって判断の「帰結」を得ることが求められる。これはもちろん、法解釈・法適用に関する司法権限ということから正当化されるが、もう一つの理由そしてより根本的な理由として、すべての学説で必ずしも明言されてきたとはいえないが、羈束行為では「唯一の正しい決定」(nur ein richtige Entscheidung)がある一俵にこれがフィクションであったとしても—ということが想定されてきたからであろう<sup>5</sup>。そしてこの法適用における答えの唯一性という理念は、法適用に関する司法権限論を支える理由の一つになっていることも忘れてはならないであろう。当該問題について、法秩序の中に唯一の正しい答えがあるからこそ、中立な裁判所が客観的に判断できるからである<sup>6</sup>。

このように考えると、裁量行為で判断代置が許されないのは当然のことである。裁量行為は唯一の正しい決定を、原則—裁量収縮の場合等を除く—、想定

<sup>5</sup> 我が国では裁量行為についてこれを否定することで、間接的に「羈束行為における唯一の正しい決定」というテーゼを認めるものとして、原田尚彦『行政判例の役割』弘文堂(1991)135~136頁。また、ドイツ行政法学ではこのテーゼは伝統的に主張されてきた。例えば、Carl Hermann Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, in: Festschrift für Walter Jellinek, 1955, 309ff.; Otto Bachof, Beurteilungsspielraum Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97ff. なお、このテーゼについての連邦行政裁判所の立場としては、有害図書<sup>7</sup>の事例(BVerwGE 39, 197)が参考になる。また、これが法学方法論においてどのように正当化されるのかという点については、Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, 701-716 (714)。

<sup>6</sup> Bachof 前掲注(5) 98f.

してはいないからである。このことは効果裁量を考えれば、一目瞭然である。たとえば、公務員懲戒処分の根拠規定は「できる規定」を伴いつつ処分の複数選択の余地を残している。いわゆる決定裁量と選択裁量である。ここでは裁判所は懲戒処分要件が確認できても、個々の懲戒処分、すなわち判断の帰結の妥当性を審査できない。したがって、裁判所は「判断の過程」をみるしかないことになる。ただ問題は、「判断の過程」とは何か、この審査は本当に「帰結に無関心な審査」であるのか、という点である<sup>7</sup>。

判断過程の統制手法は計画裁量の領域で展開されてきた判例理論であるという点は争いが無いであろう。ここでの判断過程とは公益間あるは公益と私益間を比較衡量する「衡量過程」であり、法律の執行、すなわち通常の要件効果規定を適用するいわゆる「包摂」作用とは異質な極めて抽象度が高い思考作用である、としばしば観念される。このように衡量過程は抽象度が高い一方で、問題になっている事案は他の事案と同様に個別具体的なものであるので、抽象度の高い思考過程から始まり、個別事例から判断の素材を探し、最終的に行政決定という「帰結」に至るまでの流れをどのように理解するのかという点で様々な議論が成立する。そして、裁判所としてはこの一連の流れの中のどこにどのような瑕疵のチェックを入れることができるのかという点も問題になる。

加えて、学説で正当にも指摘されているように<sup>8</sup>、判断過程の統制審査と比例原則審査とは全く別物ではない。むしろ、後述4で示す通り、比例性の問題は判断過程・衡量過程審査の終局段階と捉える見解、すなわち「帰結」に対する審査として位置づける考えがある。そうすると、この点からも判断の過程から帰結への流れ、そしてそれに対応する審査のあり方にはその複雑な実体が推測される。ここではまず、判断の過程と帰結、それに対応する瑕疵に関する基礎的な検討を行うことが必要であろう。

以上のような視点から、本稿では「判断の過程」と「判断の帰結」という視

---

<sup>7</sup> 後述するドイツ法からの示唆として、この点を問題にするものとして、山田洋「衡量過程の瑕疵と計画の効力——西ドイツ連邦建設法155b条2項2文をめぐって」一橋論叢94巻5号(1986)107頁以下、高橋滋「行政の政策的判断と裁判——西ドイツの議論を素材として」一橋論叢93巻5号(1985)117頁以下を参照。

<sup>8</sup> 山本・前掲注(2)228頁。

点を主軸にして、裁量審査のあり方について基本的な検討を行うものであるが、その際、ドイツの裁量瑕疵論及び衡量瑕疵論に関する判例学説の基本的立場及びこれに対して法学方法論的な検討を行う立場を参考にしながら進める。その理由は以下の通りである。既に我が国での多くの研究が示す通り<sup>9</sup>、我が国の裁量審査を検討するにあたり、ドイツの計画裁量統制の手法が参考になる。ドイツでは計画裁量は衡量の裁量と観念され、これに対する司法統制は衡量をその過程と帰結に分けて、各々に、衡量原則に基づく瑕疵の審査を行うものである。このうち、衡量過程に対する審査は我が国における判断過程の審査と類似するものであるが、これが純粋な過程の審査かという点については異論がある上、帰結に関する審査との異同についても明確なっていないとはいえない。さらに、この過程と帰結の区分は、効果裁量の統制では使われてはならず、必ずしも裁量審査一般に通用する議論でもない。一方で、こうした判例学説における議論の明確性や一貫性については、法学方法論—この学問領域については後述5以降で示す—の立場から批判的な検討がなされており、これはドイツにおける衡量審査あるいは裁量審査一般論にとってはもちろんのこと、我が国の裁量審査論を検討する上でも、示唆に富むものであるといえる<sup>10</sup>。このような立場から、本稿では以下、まず2で、判断の過程と帰結の問題が我が国の裁量統制に関する議論においてどのように関わるのかを示す。その際、その素材として、判断過程の統制手法を比較的明瞭に示していると評価されている呉市学校施設

<sup>9</sup> 網羅できないが、本稿が参考にしたものとして、山田・前掲注(7)、高橋・前掲注(7)、海老沢俊郎「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」名城法学57巻3号(2008)1頁以下、村上博「ドイツにおける都市計画瑕疵論」神長勲[ほか]著『現代行政法の理論 室井力先生還暦記念論集』法律文化社(1991)72頁以下、芝池義一「計画裁量概念の一考察 杉村敏正先生還暦記念」広岡隆、高田敏、室井力編『現代行政と法の支配』有斐閣(1978)187頁以下。

<sup>10</sup> とりわけ行政裁量論についていえば、いくつかの法学方法論からの議論はドイツ行政法学において基本文献としてみなされている。8で触れるアレクシーの裁量瑕疵論はその一つである。また、ドイツにおいては、衡量原則は基本法20条3項の問題であり、一方で、その司法審査の問題は基本法19条4項の司法権限の問題になる。この二つをどのように捉えるのかは行政法学の領域を越えた法学方法論の課題となるという点も重要である。この点については、Andreas Voßkuhle, Grundwissen - Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, 117-119 (117) を参照。

使用不許可事件最高裁判決を取り挙げる。そして3において、まずは、ドイツ行政裁判所法114条にある制限的司法審査が前提としている効果裁量についてその概念と統制手法を概観しながら、ここでは判断の過程と帰結が問題にされてはいない、という点を示す。次に4では計画裁量とその統制について、とりわけ、著名な板ガラス判決を中心に据えて検討しながら、衡量原則及び司法審査が判断の過程と帰結にどのように結びついているのか、そしてその問題点を指摘する。その後、5以下では現代ドイツの法学方法論である基礎づけ理論・論証理論の立場から、4までで示してきた議論について批判的検討を行うコッホ及びアレクシーの見解をみていくことにする。

## 2. 呉市学校施設使用不許可事件<sup>11</sup>にみる効果裁量、計画裁量統制手法、及び判断の過程

従来、最高裁は裁量審査において、行政決定そのものの結論の妥当性を「社会通念」から判断する手法をとってきたが、ここから判断過程の妥当性をみる手法へシフトした、と一般的に評価されているものとして、呉市学校施設使用不許可事件がある。本稿ではこれを判断の過程と帰結という観点から問い直し、我が国の問題状況の一端を示すことから始めたい。

事例の要約は以下の通りである。広島県教職員組合が教育研究集会の会場とする目的で呉市教育委員会に同市立中学校の体育館等の使用許可を申請したところ、同教育委員会は、教育研究集会の活動内容やこの集会に対して予測される右翼団体による抗議行動が学校教育に及ぼす支障等を理由に、不許可処分を行った。その結果、本件集会は複数の施設を会場として、分散開催となったた

---

<sup>11</sup> 最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。本稿では特に、以下の評釈を参考にした。山本・前掲注(2)218頁以下、三浦大介「行政財産の目的外使用——呉中学校教研集会事件」(平成18.2.7最高三小判)『地方自治判例百選<第4版>(別冊ジュリスト215)』(2013)104頁、黒原智宏「公立学校施設の目的外使用の不許可処分と司法審査——呉市公立学校施設使用不許可国家賠償請求事件上告審判決」自治研究84巻10号(2008)142頁以下、仲野武志「公立学校施設の目的外使用の許否の判断と管理者の裁量権」判例時報1956号(2007)177頁以下、岡田正則「「公の施設」の目的外使用許可における裁量の限界——呉市学校施設使用不許可事件」法学セミナー51巻10号(2006)116頁。

め，活動に支障をきたした，として組合が国家賠償請求訴訟を提起した。第一審は請求を一部認容し，原審もこれを維持したため，上告がなされた。

上告棄却。最高裁はまず，1）教育委員会が行う学校使用許可という行政処分が裁量行為か否かを判断し，2）裁量権が行使されたことを前提に，裁量の逸脱濫用についての一般的な審査基準及びこれを当該事例について適用するための具体的な審査基準を提示して，3）それを本件事例において適用することで不許可処分の違法性を導き出した，とみることができる。

1）について。最高裁は，行政財産である学校をその設置目的外で使用することは制限されるので（学校施設令1条，3条），公立学校施設の目的外使用には，許可が必要となる，とする。許可は羈束行為ではなく，裁量行為である，という点は，主として地方自治法238条の4第4項「行政財産はその用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」という規定及びこれを学校施設について具体化した学校教育法85条「学校教育上支障のない限り，学校の施設を社会教育その他公共のために，利用させることができる」という規定から導き出されている。ここから，「学校施設の目的外使用を許可するか否かは，原則として，管理者の裁量にゆだねられているもの」となる。

2）について。最高裁は，行政庁である教育委員会の裁量権が行使されたことを前提に，裁量に対する司法審査の枠組みを以下の通り示す。「裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては，その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で，その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し，その判断が，重要な事実の基礎を欠くか，又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って，裁量権の逸脱又は濫用として違法となる」と。とりわけ上記「その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し」の部分が判断過程の統制と一般にみなされる場所である。そして上記，判断要素の選択及び判断過程の合理性を検討するにあたり，本件におけるチェックの材料・考慮要素として，①申請者が行う集会あるいはその団体の性質，②学校教育上の支障の程度と有無，③不許可の場合の申請者側の不都合が挙げられている。

3）について。まず上記①については，判決は本件教育研究集会は「教育現

場において日々生起する教育実践上の問題点について、各教師ないし学校単位の研究や取組みの成果が発表、討議の上、集約される一方で、その結果が、教育現場に還元される場ともなっているというのであって、教員らによる自主的研修としての側面をも有している」と評価し、これは「自主的で自律的な研修を奨励する教育公務員特例法19条、20条の趣旨にかなうもの」とする—ここでは団体の政治活動に関する点は省く。②については、過去に右翼団体の妨害があったことから「抽象的には街宣活動のおそれ」があることを認めつつ、本件の不許可処分時点では具体的な妨害の動きがあったとは認められないこと、そして集会予定日が、休校日である土曜日と日曜日であったことなどから、学校教育への支障、特に生徒に対する影響は間接的なものにとどまると判断する。③については、教育研究集会は「多くの教科に関する教育用具及び備品が備わっている学校施設を利用することの必要性が高いことは明らかであり、学校施設を利用する場合と他の公共施設を利用する場合とで、本件集会の分科会活動にとっての利便性に大きな差違がある」として、分散開催となった本件集会・活動に支障があったことを認定している。以上から、判決は「本件中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想されるとの理由で行われた本件不許可処分は、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえることができる。」と結論づけている。

さて、以上の判決及びこれに対する学説での評価を、本稿の視点である判断の過程と帰結という視点から検討することで、我が国の問題状況を整理したい。まず、法規の規範構造と判断の過程と帰結の関係について触れる。最高裁は学校施設使用許可を裁量、いわゆる効果裁量として捉えている。裁量所在の条文上の根拠は特に学校教育法85条「学校教育上支障のない限り、学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができる」という「できる規定」にある。効果裁量においては、要件充足の場合に限り、裁量が働くので、要件



非充足の場合には不許可という羈束行為が法的帰結となる<sup>12</sup>。このことを最高裁も以下の通り認めているようにみえる。「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかである」と。ところで効果裁量の根拠となる「できる規定」は、当然のことながら、当該法規範すなわち学校教育法85条は要件効果規定であると捉えることを前提とする。しかしながら、もし「学校教育上支障」という要件部分にも要件裁量を認めるとすると、二重に行政裁量を認めたことになり、もはやこの法規は実質、要件効果の法規範としての役割をはたしてはいないのではないかとの疑いが生ずる。同様のことは公務員法における分限・懲戒規定についてもいい得る。

学説の中にはこのことを積極的に認めているようにみえる見解もある<sup>13</sup>。そもそもあらゆる法規範を要件効果規定と捉えることは誤りで、法規範の中には別種の目的プログラム規定というタイプがあるとする行政法理解がある(後述4)。この理解によれば、多くの要件効果規定は条件プログラムに該当し、これは法適用者にある条件の下で、ある帰結を付与するように命じるもの、すなわち包摂行為と羈束行為を裏づける規範である、とされる。したがって、この規範の適用にあたっては、各状況ごとに、「唯一の正しい帰結」があることになるので、行政行為を裁判所が審査するにあたっては、「判断の過程」を問題にする意味はまったくない。

これに対して、目的プログラム規定は法適用者にある目的の実現を命じるものであり、その手段を特定するものではない。すなわち、手段としての具体的な行政行為には選択の幅がある上、目的自体も複数の目的の調整を要する場合があるので、選択肢となる行政行為の幅は広範になり得る。そしてこの場合、決定は衝突する目的や手段間の「衡量」によってもたらされる。この点を4で扱う連邦行政裁判所の表現をかりていいかえれば、このような規範は法適用者が法律の目的に正しく動機づけられること、あるいはある特定の思考の仕方を命じているに過ぎない。したがって、この規範の適用に関する行政行為を裁判所が審査するにあたっては、帰結は問えず、判断の過程しか問題にできないこ

<sup>12</sup> 小早川光郎『行政法講義(下I)』弘文堂(2002)18頁以下。

<sup>13</sup> 山本・前掲注(2)224~225頁。

とになる。

たしかに、土地収用法20条のような規定を考えると、事業認定の要件に裁量を認めれば、これは形式上要件裁量となるが、土地収用法20条をそもそも条件プログラムではないと捉えれば、要件裁量をめぐる厄介な議論からも解放されることになる。そしてこの規範は行政に正しい思考方法を求めているに過ぎないとすれば、帰結である行政決定を直接審査しないことにも正当な理由を見出すことができるだろう。

しかしながら、後述するように、目的プログラムと条件プログラム、あるいは衡量と包摂との区分を過度に強調すると、法適用のあり方一般を見誤るばかりか、過程の統制の正しい使い方にも影響を与えかねない、と筆者は考える。そもそも、効果裁量における裁量権行使は「できる規定」に基づくものであるが、類似する事例に裁量権が繰り返し行使されれば、場合により行政の自己拘束の原理が働く、ということには異論はないであろう。本件の控訴審判決もこのような立場に立っていると捉えることができる。ところで、この場合拘束力が生ずるのは同一タイプの事例であるので、自己拘束に基づく裁量権行使の制約は「同一の衡量を毎回すべし」というのではなく、むしろ「できる規定」の例外として、「ある特定要件が充足された場合には、一特別な理由がない限り一許可しなければならぬ」との法定立を行政がしたことになるとの見方もできる<sup>14</sup>。この場合、裁量権の行使は、むしろ、「できる規定」の例外としての「すべし規定」（ドイツ法でいうところの Muß 規定あるいはそれよりは弱い Soll 規定）の法定立権限行使であるとも捉えられる。このように、「衡量という裁量」を法定立権限と理解した場合、衡量の問題は—すべてではないにしても—包摂の問題へと転換され得る、といえるだろう。仮に、これを本件事案でみると、学校教育法85条「学校教育上支障のない限り、学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができる」の例外として、教育委員会が繰り返される実務を通して「ただし、教育研究のための集会については、学校教育

---

<sup>14</sup> 少し古い文献ではあるが、Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung : Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur "Selbstbindung der Verwaltung", Gehlen, 1969.

上の支障が特に認められない限り、施設使用を許可しなければならない」との法定立をした、となろう。

たしかに、最高裁は教育委員会の許可運用実績に拘束力を認めず、衡量はその都度その都度のものであるとしているように読める。しかし、少なくとも、本件最判自身は個別紛争解決を超えて、教育研究のための集会と公物使用許可との一般的関係についてなんらかの「すべし規定」を法定立したとの見方はできる<sup>15</sup>。この法定立は判決が先例としてもたらず事後的拘束力の問題、いわゆる「判決の射程」の問題であるのか、あるいは裁判所自身が衡量の産物として結論の前に、すなわち判決の正当化として法定立したのか、これを問うことは裁量審査の本質を理解する上で重要であろう。

次に、本件最判の裁量審査が判断の過程の瑕疵を指摘したものか、それとも帰結についての何らかの瑕疵を指摘したものか、という点を検討したい。判例は本件処分の違法性判断の理由として特に教育研究集会及び学校教育への支障に関する評価の瑕疵を挙げている。これは学説で一般に過大評価・過少評価という判断過程の審査によって判明する瑕疵である、とされる。しかし、過大評価・過少評価の審査は本当に判断の過程を審査しているといえるのか、についてはなお議論の余地がある。というのは、後述するドイツの衡量統制の議論では過小過大評価の審査は評価瑕疵の審査になるが、これは判断の帰結に関する瑕疵であるとする見解があり、この点ではほとんど比例原則審査と区別されない。というのも、司法過程で、当該事案で問題となる法益(=考慮要素)が過不足なく出そろっており(考慮不尽審査)、かつその法益に該当する当該事案での事実も確定され(事実誤認審査)、あとは対抗法益間の評価の問題だけだとする。この場合、たとえば、一方の法益の過少評価という瑕疵は自動的に対抗価値とは比例的ではないとの帰結に関する瑕疵に結びつくといえる。一方の価値が十分に評価されてはいないということは、その犠牲に見合うだけの対抗価値の優越が疑わしい、となるからである。本件での研究集会の評価の問題にせよ、あるいは神戸高専剣道実技拒否事件(最高裁平成8年3月8日民集50

<sup>15</sup> 黒原・前掲注(11)148頁。

卷3号469頁)における教育上の実技代替措置拒否の評価にせよ、評価の過大あるいは過小の議論をした時点で自動的に帰結の問題へと結びついている、と考えられるのではないであろうか。しかしそうすると、このような審査がどの程度羈束行為に対する司法審査と異なるのかが問われよう<sup>16</sup>。

こうした瑕疵の対象となる過程と帰結の曖昧さは最高裁自身の定式からもうかがえる。従来、最高裁は効果裁量統制の対象を判断の帰結に求めてきたようにみえる。すなわち、帰結について「社会観念上著しく妥当」(最高裁昭和52年12月20日民集31卷7号1101頁)であるか、をみてきた。そして判断過程の統制は本件にもあるように、これに単純に取って代わったものではなく、文言上は追加されたに過ぎない。しかし、これでは結局、過程をみることはあまり意味がないのではないか、という疑問が生ずる。学説は、この点について、結果についての妥当性に関わらない限り、過程の瑕疵だけでは違法性を構成しないとまではいつてはいない。これを認めれば、結局、判断過程の統制は意味がないことになるからであろう。しかしながら、あらゆる過程の瑕疵が違法性を構成するわけではなく、それは決定を左右する重要なものに限られるとしているようにみえる<sup>17</sup>。たしかに、我が国でも研究されてきた通り、ドイツの計画裁量の統制においては、4で触れるようにドイツ連邦建設法典214条3項やドイツ行政手続法75条1a項という立法的な特別措置があり、違法性が認定される過程の瑕疵を帰結に影響を与えるものに限定している。しかし、周知の通り、これには多くの批判や議論がある上、効果裁量の統制にまでこうした過程の瑕疵の制限法理を一般化するという議論にはなっていないようにみえる。その理由は計画裁量が実践的な理由で特別であっても—いわゆる計画受容の法原則<sup>18</sup> (Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung)—、原則裁量行為には一つの正しい決定はないという点が根底にあり、司法審査を過程へと向かわせているようにみえる。

<sup>16</sup> この点は以前より指摘されてきた。山田・前掲注(7)698頁。

<sup>17</sup> 山本・前掲注(2)234頁。

<sup>18</sup> Werner Hoppe, Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip, DVBl 1996, 12ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theodor Maunz, Günter Dürig, et al., Grundgesetz : Kommentar , Art. 19 IV (2003) Rdn. 216.

以上みてきた通り、本件事案をめぐるのは、「できる規定」の捉え方の問題、衡量と包摂の問題、法定立の問題—行政及び裁判所による—、司法審査が向かう先の問題等が挙げられ、その各々が判断の過程と帰結の定義や区分の問題に密接に結びついている。とすれば、こうした定義や区分に関する検討は、裁量審査に関して、学説に一つの示唆を与え得ると考えられる。そこで以下では、ドイツの裁量審査についての議論及び計画裁量についての判例を分析的に検討することで、まずはこの問題の解決の手掛かりにしたい。

### 3. 効果裁量と裁量瑕疵

行政判断における過程と帰結の区分、及びその瑕疵の問題は、計画裁量に関する議論であるので、効果裁量そのものを検討する必要性は一見ないように思われる。しかしながら、5以下でみる通り、この二つの概念定義や区分の正当性の問題は、効果裁量及びそれが前提とする規範構造を検討することから明確な議論へと導かれる。そこで、以下では、効果裁量とその司法統制についての概要からみていくことにする。

効果裁量は狭義の意味での裁量<sup>19</sup>であり、それは法律が明白に認めた裁量、正式な意味での裁量と観念されている。この理解は法律による行政の原理を要件効果規定による行政の拘束と捉える考えが前提となる。行政の法律への拘束は、まずは、法規と現実が与えられれば、自動的に行政行為が導き出されることが理想になる。したがって、いわゆる法律による行政の原理からは1) 法律要件と法律効果に含まれる法概念が明確であって、かつ2) 要件効果が必然的に結びつく「すべし規定」(Muß-Vorschrift) が基本となる。この種類の法規に基づく行政行為がいわゆる羈束行為である。この場合、上の論理的必然性から、特定申請等、所与の事例においては、「唯一の正しい決定」が存在する、

---

<sup>19</sup> Bachof 前掲注(5) 97ff.; Fritz Ossenbühl, Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung in: Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin, 2010, § 10 Rdn. 10. なお、効果裁量については他に以下の教科書を参考にした。Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München, 2007; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München, 2006.

すなわち、一つの合法的 (rechtmaÙig) 行為のみがあると観念されることになる。もちろん、要件効果部分に「公益」、「信頼できない」等の不確定法概念が含まれる場合には、現実と概念との間に溝ができ得るので、ここに法の第一次適用者である行政に決定権限があるのではないのか、という問題、いわゆる判断余地・要件裁量の問題がある。しかし、法の適用の困難さは「唯一の正しい決定」がないということ直ちには意味しないし、また事実認定、法解釈権限は司法にあるという点をも考えた場合、安易にこの点に裁量を認めることはできない<sup>20</sup>。少なくとも、裁量の名前を与えるには相応しくない、という観念が働く。

以上のような思考枠組から、裁量の名に値するのは、法文上で認められる裁量、すなわち、典型的には要件効果規定でありながら、「すべし規定」ではない、「できる規定」(Kann-Vorschrift)に基づく効果裁量のみとなる。「できる規定」の場合には、法律要件が満たされることを前提に、行政行為を行うか否かの自由であるいわゆる決定裁量 (EntschlieÙungsermessen)、行政行為を行う場合でも法文上複数の選択の余地があれば、選択裁量 (Auwahlermessen) が認められる<sup>21</sup>。この場合は当然のことながら、「唯一の正しい決定」は存在せず、複数の等価値の決定 (rechtliche gleichwertige Løsungen) が合法であると観念される。以上の点から、司法審査は合法性の審査である以上、唯一の合法的決定が想定される羈束行為については全面審査、そして複数の合法的決定が想定される裁量行為については制限審査という図式が論理的に帰結する。

このように、「できる規定」に基づく、効果裁量の裁量行為一以下、特に限定しない場合には裁量行為で効果裁量を念頭に置く一では、法律効果すなわち終局的個別行政決定という意味での「帰結」部分が、行政に委ねられており<sup>22</sup>このことは訴訟法上も重要な事柄となる。羈束行為に関する行政訴訟では、原告はある特定の行政決定の「帰結」を求めることができる一義務付け訴訟においては直接的に、取消訴訟では判決の拘束力として間接的に一が、裁量行為では

<sup>20</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 62.

<sup>21</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 7.

<sup>22</sup> Ossenbühl 前掲注 (19) § 10 Rdn. 22.

複数の等価値の「帰結」が合法である以上, ある特定の行政決定=帰結を求める訴訟は原則許されない。特に, 義務付け訴訟は原則許されないことになる。この場合, 原告には正しい帰結を求める代わりに, 瑕疵なしに裁量が行われることを求める権利が帰属する, いわゆる無瑕疵裁量行使請求権である<sup>23</sup>。ここでいう瑕疵 (Fehler) とは違法 (rechtswidrig) のことではあるが, 羈束行為の違法が唯一の正しい決定=帰結との比較から導き出されるのに対して, 裁量行為の違法は帰結ではなく, その過程に着目されることになる。これが裁量瑕疵論の特徴である。

どのような場合に裁量瑕疵とみなされるのか, そしてそれゆえ, 裁判所の違法認定を受けるのか, についてはドイツ行政手続法40条及びドイツ行政裁判所法114条の定めがある。ドイツ行政手続法40条は「行政庁は裁量権を行使する際, 裁量の授権目的に従い行使し, かつ裁量の法律上の限界を遵守しなければならない。」とし, ドイツ行政裁判所法114条は「行政庁が裁量権を行使する場合, 裁判所はこれについても, その行政行為あるいは行政行為の拒絶あるいは不作為が違法であるか否かを, 以下の事由に基づいて審査する。裁量の法律上の限界が超えられているという事由, あるいは裁量が授権目的に対応する仕方で行われていないという事由について審査する。」としている。どちらも裁量を自由裁量としてはいないことは明らかであり, とりわけ文言上は, 裁量は「授権の目的」及び「法律の限界」による制約を受ける。しかしながら, これらの文言は抽象度が高く, 曖昧であるため<sup>24</sup>, 文理解釈は断念され, 学説は裁量瑕疵論を独自に展開している。

学説では, 一般的に裁量瑕疵を「裁量不行使」(Ermessensausfall), 「裁量踰越」(Ermessensüberschreitung), 「裁量濫用」(Ermessensmißbrauch) の三分類にする傾向がある。このうち, まず, 行政判断の時間的過程としては裁量不行使の問題が先行する。これは行政が意図的にあるいは錯誤で, ある行為あるいはある不作為を裁量行為でありながら, 羈束行為と考えて, 行政行為を行った, あるいは行わなかった場合に発生する。たとえば, 教会の周辺住民から鐘

<sup>23</sup> Ossenbühl 前掲注 (19) § 10 Rdn. 22.

<sup>24</sup> Ossenbühl 前掲注 (19) § 10 Rdn. 15.

の騒音についての苦情が出され、その警察対応として、警察措置の権限がないとの判断から対応をとらなかつた場合等が例として挙げられる<sup>25</sup>。裁量踰越とは「できる規定」の法的効果の部分でカバーされて (gedeckt<sup>26</sup>) はいない決定を行政が選択した場合や法律要件が満たされていないのに効果が付与される場合に発生する。たとえば、ある行為に対する過料として法律が20から50ユーロで規定されているときに、行政が60ユーロの過料を課すケースが挙げられる<sup>27</sup>。「裁量濫用」については、学説により様々な内容が主張されている。まず、前記行政手続法と行政裁判所法に規定されている「授権の目的」に沿わないという点を捉え、正当な目的のようにみえて当該「できる規定」がカバーをしてはいない規範外目的から裁量を行使した場合が挙げられる。たとえば、警察法上の各種警察措置は危険防止が目的であるが、専らそれ以外の目的から、町的美観や福利厚生、財政上の理由など、当該「できる規定」が念頭においてははいない目的から行政行為が行われた場合が挙げられる。また、目的ではなく、行政機関が主観的な偏見や動機から行為した場合、たとえば、党派的な理由で集会に対して解散命令を出す場合なども裁量濫用に当たる、とされる<sup>28</sup>。

人権規定や比例原則と裁量瑕疵との関係については、学説ではっきりとした説明はないようにみえる。これらを裁量瑕疵の三類型の説明から外して、一般原則による裁量の拘束として説明するもの<sup>29</sup>や、裁量濫用における目的違背の概念を拡張して裁量濫用の中に組む込むもの<sup>30</sup>などがある。最後に、これらの三種の裁量瑕疵の訴訟法上の効果については、各々の瑕疵は一治癒されない限り—即座に行政行為の違法性を構成するので、取消訴訟であれば、行政裁判所法114条及び113条に基づいて処分は常に取消される。そしてこの取消の司法判断においては、行政庁が異なる決定に至る可能性があるか否かは問題にならな

---

<sup>25</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 21.

<sup>26</sup> Ossenbühl 前掲注 (19) § 10 Rdn. 17.

<sup>27</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 20; Hans J. Wolff/ Otto Bachof 前掲注 (19) § 31 Rdn. 47.

<sup>28</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 22; Hans J. Wolff/ Otto Bachof 前掲注 (19) § 31 Rdn. 51-53.

<sup>29</sup> Maurer 前掲注 (19) § 7 Rdn. 23.

<sup>30</sup> Hans J. Wolff/ Otto Bachof 前掲注 (19) § 31 Rdn. 49.



い、とされる<sup>31</sup>。別の決定すなわち帰結について検討することは、裁量を裁判所が自ら行うことになってしまうからであろう<sup>32</sup>。

以上、効果裁量及び裁量瑕疵論の概要を簡潔に述べたが、本稿のテーマである行政判断の過程と帰結という観点、そして計画裁量につながる観点からこれを四つの点にまとめたい。まず、第一に、効果裁量における「帰結」とは要件効果規定を前提とした法律効果の事を指す。したがって、あえて、ここで帰結についての瑕疵を問題にするならば、それは裁量踰越のことを指すといえるだろう。しかしながら、後述8で述べるが、法学方法論の見地からみると、学説が主張するこうした裁量踰越は元来、裁量の瑕疵とすることには疑問がある。というのも、これは羈束行為にもいえる単なる包摂のミスに過ぎないからである。たとえば、我が国の例で考えると、公務員の懲戒が争われる事例で、もし行政の決定が過料であれば、そのような処分は裁量瑕疵の名には値しないぐらいのミス、法律学の初歩的なミスであることは明らかであろう。これは取消事由というよりも無効事由になるように思われる。

次に、第二に、上記の点から、帰結に関する瑕疵があれば、もはやそれがどのような判断過程を通ったのかを審査する意味は全くない。すなわち、効果裁量の司法審査においては帰結についての瑕疵である「帰結の瑕疵」と過程についての瑕疵である「過程の瑕疵」が並行して行われることはあり得ない。つまり、実質的には効果裁量における裁量審査は過程の瑕疵の審査に他ならず、上記の意味での裁量踰越を除く他の二種類の瑕疵を探る審査である<sup>33</sup>。

第三として、以上の点から訴訟法上の結論が裏づけられる。そもそも効果裁量では複数の帰結が等価値に合法であるから、裁量踰越という特殊な事態を除けば、裁判所は帰結をみても意味がなく、過程をみるしかない。したがって、行政裁判所法114条の裁量行為の違法性とは純粹過程の瑕疵のみを意味するので、処分取消の判断においては、他の帰結の可能性について裁判所は検討して

<sup>31</sup> Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., München, 2013, § 25 Rdn. 26.

<sup>32</sup> Hans J. Wolff/ Otto Bachof 前掲注(19) § 31 Rdn. 44.

<sup>33</sup> 比例原則審査の例外があるようにみえるが、比例原則審査が「正式な意味での帰結の瑕疵」の審査ではないという点については後述8で詳述する。

はならず、過程の瑕疵が帰結に与える影響の有無についても、問題にはならない、とするのが一貫した考えになるであろう。

最後に、第四として、人権規定等、特に、比例原則と裁量瑕疵の関係は極めて曖昧である。これも後述8で触れるが、学説が「法律」(Gesetz), 「法」(Recht), 「目的」(Zweck) について行政法総論における法源論及び裁量瑕疵論で一貫して検討してはいることに起因していると考えられる。

#### 4. 計画裁量と衡量瑕疵—板ガラス判決にみる衡量過程と衡量帰結の区分論—

ドイツの都市計画及び計画裁量に関しては、我が国ですでに多くの研究がなされてきたので<sup>34</sup>、本稿がこれに新たに付け加えることはあまりない。本稿の目的は判断の過程と帰結についての分析的検討であるので、5以降の法学方法論上の議論のために、ここでは、そのための基礎的な作業を行うことにする。以下では、まず、ドイツ連邦建設法典（旧法である連邦建設法を含む。なお、以降、改正が多いこの旧法<sup>35</sup>については、単に「連邦建設法」とし、これで裁判当時の法を意味することにする）を中心に、計画裁量の考え方及びその瑕疵に関する考え方を基本的な判例及び学説に沿いながら整理し、その上でその問題点を指摘することにした。

よく知られているように、ドイツにおいては土地利用・開発を含む建設計画は建設管理計画と呼ばれる計画によって遂行されるが、この法的規制としては、いくつかの法改正と長い議論の末、現在では連邦建設法典が主要法となっている。計画の主体はゲマインデである（連邦建設法典2条1項）が、これに現在ではEUの指針や連邦及びラントの大綱がある程度の影響を与えている。ゲマインデが策定する建設管理計画には二段階がある。まず準備的な計画である土

<sup>34</sup> 以下述べる通り、計画裁量という概念は、それ自体に争いが無いわけではなく、そしてこれは一般に、以下で述べる建設法ばかりではなく、道路法、水法、航空法などの法領域でも問題になる概念ではある。なお、我が国の文献については前掲注(9)を参照。

<sup>35</sup> 旧法の改正の歴史については村上・前掲注(9)を参照。

地利用計画があり(同法典5条~7条),その後それに基づいて詳細な建設詳細計画が策定される(同法典8条~10条)。建設詳細計画には道路や緑地の位置などがかなり詳細に規定されており,それは条例の形で発布され,法的拘束力を有する。

さて,計画裁量は上で挙げたゲマインデの計画策定権限を規定している連邦建設法典2条1項にその根拠を求めることができるようにみえるが,これは「できる規定」という明確な授權規範とは明らかに異なるので,3で示した伝統的な意味での裁量,効果裁量とは異なる根拠づけが必要になる。この点,判例は,計画はそれ自体の内在的な意味として形成的な行為を含むとして,幅広い形成の自由・裁量を認め,それゆえに司法審査においては制限的司法審査の規定である行政裁判所法114条の適用を認めている<sup>36</sup>。ただし,同法114条は,3でみた通り,あくまで効果裁量に対する裁量瑕疵であるので,これとは別枠で計画裁量に対する瑕疵,すなわち衡量瑕疵を判例法理として展開する必要性があった。この衡量瑕疵論の基礎にあるのが,計画裁量を拘束ないし指導する衡量原則(Abwägungsgebot)と呼ばれるもので,これは現在の連邦建設法典1条7項において以下の通り規定されている。「建設管理計画の策定においては,公益と私益を相互に適正に考慮しなければならない」と。ここでいう公益及び私益とは,同条1項の基本目的及び6項に挙げられている宗教,経済,青少年育成,交通,自然・景観などの保護法益であるから,衡量原則は計画策定者に対してこれら法益を正しく衡量することを求める,という内容になる。そして,この「正しい衡量」についての三つの要求(Anforderungen)—判例の読み方により四つとする捉え方もある<sup>37</sup>が,本稿は最後の二つを一つにまとめる立場<sup>38</sup>を採用し,以降三つとして扱う—が,衡量瑕疵論における三つのタイプの瑕疵を成立させる。そこで以下では,この衡量瑕疵の詳細及びそこで登場する衡量の過程と帰結の区分論についていくつかの判例をみていくことにするが,

<sup>36</sup> BVerwGE 34, 301 (304).

<sup>37</sup> Werner Hoppe, Zur Struktur der Normen des Planungsrechts, DVBl 1974, S. 641-647 (644). また, 山田・前掲注(7)700頁, 高橋・前掲注(7)128頁も同様。

<sup>38</sup> Schmidt-Aßmann 前掲注(18) Rdn. 213. また, 後述の板ガラス判決。

その前に、判例法理を理解する上でも、計画裁量の特徴を論ずる学説は有益な示唆を与えるので、まずはこちらの方からみていきたい。

学説でしばしば問題にされるのは、この衡量原則規定を含む連邦建設法全般の規範としての性質、そしてその議論と関連した計画裁量という名称、及びこれと効果裁量との異同についてである。ここでは詳細は避けるが<sup>39</sup>、衡量原則に関わる限りで要点だけをまとめると以下ようになる。我が国でも80年代に法政策学や法的思考の議論において指摘されたように<sup>40</sup>、法による社会統制の手法は一般的な要件効果規定によるものばかりではなく、目的手段思考モデルがベースになる規範もある。そして、このことについて、ドイツでは早くから特にN.ルーマンが行政という組織の外部（Umwelt）への—その複雑性ゆえの—対応のあり方として二つの決定プログラムを挙げて説明している<sup>41</sup>。一つは条件プログラムと呼ばれるもので、これは「外部」の情報が「インプット」として与えられ、それに基づき行動が決定される決定プログラムで、要件効果規定がこれに該当する。一方で、目的プログラムは「外部」への「アウトプット」である目的の達成が所与とされ、これに基づく行動を規定するプログラムである。こちらの方は行政の裁量規定が念頭に置かれている。このルーマンの見解は、行政活動を法律の執行に還元したり、あるいはその部分を過度に強調することに懐疑的な行政法学説からは歓迎され、特に目的プログラムというものを、実際の行政計画法の規範構造においてみる見解があらわれた<sup>42</sup>。それによると、まず、連邦建設法に代表される行政計画法は、その特徴として、行政にある特定要件を前提にある特定行政行為を義務づけるものではなく、目的の実現を義務づける法規範である、と観念される。ここでの「目的」概念は二義

<sup>39</sup> この議論に関しては、高橋・前掲注(7)、芝池・前掲注(9)を参照。

<sup>40</sup> たとえば、平井宜雄「法政策学」有斐閣(1987)54～67頁、田中成明「法的思考とはどのようなものか」有斐閣(1989)11～15頁参照。

<sup>41</sup> Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, 1966, Berlin, 36ff.

<sup>42</sup> オッセンビュールやホッペなど。詳細はとりわけ芝池・前掲注(9)195頁以下参照。なお、オッセンビュールの法律執行概念については、赤間聡「科学技術法領域における法律の留保—規範具体化行政規則を中心に—」青山法学論集第51巻第3・4合併号(2010)305頁以下を参照。

的で、計画実現のための終局的目的とその過程で個々に考慮される諸目的がある。後者の意味での目的とは特に連邦建設法典1条6項に挙げられている複数の法益のことであるが、これは相互目的間でも、それを実現する手段の間でも衝突する (Ziel-und Mittelkonflikt) 運命にあり、終局的目的のために調整される必要がある。この作業は、要件効果規定が行為規範として行政に命じる要件該当性の判断というものとは根本的に異なり、広範な選択肢があることを前提に、将来の予測を含む、複雑な利害調整作業である、とされる<sup>43</sup>。こうした法規の規範構造二元論は、以下みる判例では直接言及されてはいないが、連邦建設法についての裁判所の考え方、この規範は行政にとってどのような行為規範で、行政の判断の過程と帰結にどのように関わるのか、そして裁判所にとってはどのような裁判規範であるのか、に関する裁判所の考え方との間にある程度共通のものを見出すことができるだろう。以下では判例をみていくことにする。

連邦行政裁判所の判例において、計画裁量とその司法統制について明確な姿勢を示したのは1969年12月12日判決<sup>44</sup>であるといわれるが、これを継承して計画の具体的違法性認定を行った著名な判決として板ガラス判決<sup>45</sup>がある。この判決においては、上で述べた衡量原則の具体的適用とそのためのベースとなる衡量の過程と帰結の区分論<sup>46</sup>が展開されている。そして、この区分はその後の連邦建設法の法改正及び現行連邦建設法典214条3項において採用され、今日でも重要な意義をもち続けてきている。そこで、以下では、板ガラス判決を中心に据え、その補足として関連するいくつかの判例に触れながら、衡量瑕疵論及び過程と帰結の区分論を概観し、その後、この法理で明確になってはいない点や問題点を挙げていくことにする。

板ガラス判決での事案はガラス工場建設予定地の近くに住んでいた原告が工場に与えられた建設許可及びその前提となる用途地域指定を含む建設管理計画の有効性について争ったものである。原告が住んでいる住居地域は既に三方が

---

<sup>43</sup> Hoppe 前掲注 (37) 643f.

<sup>44</sup> BVerwGE 34, 301.

<sup>45</sup> BVerwGE 45, 309.

<sup>46</sup> これは板ガラス判決 (1974年) 前年の1973年判決 (BVerwGE 41, 67) でも展開されているが、本稿では板ガラス判決をまず扱い、その補足として1973年判決を扱う。

工場地域に隣接しており、ガラス工場建設予定地である区画まで工場地域に指定されると、完全に工場地域に囲まれてしまうことになり、工場排気などによって住環境が悪化する可能性があるという事情があった。裁判は一審、控訴審、上告審すべて原告が勝訴し、この部分に関する計画の有効性は否定された。

上告審である連邦行政裁判所によれば、まず、連邦建設法は計画の二つの異なる面に異なる法的要求をしている。二つの異なる面とは「過程としての計画」(Plan als Vorgang)及び「過程の産物としての計画」(Plan als Produkt des Vorganges)すなわち「計画の帰結」(das Ergebnis eines Planvorganges)である<sup>47</sup>。まず、判決は、立法論一般として、法律は計画の帰結についてだけある条件の下に服させる場合もあるが、さらにそれに加えて、「計画の主観的な過程」(subjektiven Vorgang des Planens)に関して、ある仕方で動機づけられるように、あるいはある目的には従わないように要求することもできる、と述べる<sup>48</sup>。その上で、連邦建設法は過程と帰結の双方に規制を行っている、というのが裁判所の見解である。前者、計画の帰結に対する法規制は連邦建設法1条1項(現行連邦建設法典1条3項)にある計画策定における基本目的で、後者、計画の過程に対する法規制は連邦建設法1条4項2号(現行連邦建設法典1条7項)にある利益の適正な衡量を求める条項である。

これら過程及び帰結に関する法律上の規制の根底には、建設法1条1項の計画策定における基本目的及び同法1条4項及び5項(現行連邦建設法典1条5項及び6項)の諸法益の衡量が正しく行われることを命じる原理、衡量原則がある。この原則を裁判所は三つに分け、そして各々が破られる場合に依じて三つの瑕疵を列挙している。第一原則は計画策定者に衡量そのものを命じるもので、これに違反した場合には衡量がなされないという瑕疵—いわゆる衡量不行使<sup>49</sup>(Abwägungsausfall)—が生ずる。第二原則は衡量において入れられるべき利害が過不足なく入れられることを命じるもので、これに違反した場合には衡量欠落(Abwägungsdefizit)という瑕疵が生ずる。最後

<sup>47</sup> BVerwGE 45, 309 (313).

<sup>48</sup> BVerwGE 45, 309 (313).

<sup>49</sup> 以下の用語はHoppe 前掲注(37)644に従う。

に、第三原則は衡量において利害の意義や重さを正当に評価し、利害関係の客観的重さが比例的関係から逸脱しないことを命じるもので、これに違反した場合には、衡量評価瑕疵 (Abwägungsfehlschätzung) 及び衡量不比例 (Abwägungsdisproportionalität) が生ずる。重要なことは、第一原則は計画の過程に対してのみ要求するものであるが、残りの二つは過程と帰結の双方に対して要求する (zweifache Zielrichtung der einzelnen Anforderungen des Abwägungsgebotes) ものである、とされている点である<sup>50</sup>。なお、第二原則がかかわる衡量過程について、判決は、詳細な分析を行っている<sup>51</sup>。第三原則が衡量材料 (Abwägungsmaterial) の評価の段階にかかわるのに対して、第二原則はその前提である衡量材料の収集の段階にかかわる。それはさらに連邦建設法が定める法益概念の解釈の段階と当該事例でそれに該当する事実の収集と概念該当性の確認の段階に分けられるが、いずれの段階でもここには全面的な司法審査が働くとしている。なお、この板ガラス判決の過程段階論について若干付言すると、実際の計画策定においては衡量材料の収集の段階と評価の段階とで区分できるのか、という問題が指摘され得る。しかし、これについて、その後の判例の中には、計画策定段階で小規模営業について最初から無視されたことを第二原則違反と認定したものがある<sup>52</sup>。どんなに小規模な営業でも、まずは、衡量材料の収集の段階には入れられなければならない、評価段階での軽視ではなく、最初から無視されれば、その段階で衡量欠落が発生するとするものである。この点で、現代においてもこの区分論は一応妥当していると評価できよう。

さて、板ガラス判決はこのように、衡量原則を述べた上で、当該計画には少なくとも帰結に関して瑕疵があるとする。当該計画の内容すなわち帰結とは、上の事例紹介で挙げた通り、原告が住む住居地域はすでにほとんどが工業地域に接しており、残った南側だけが保養地域にアクセスするルートになっていたが、その南側をも工業地域に指定してしまうと、当該住居地域は完全に工業地域に囲まれてしまう、という帰結である。判決は控訴審を支持して、こうした

<sup>50</sup> BVerwGE 45, 309 (315).

<sup>51</sup> BVerwGE 45, 309 (322f.).

<sup>52</sup> BVerwGE, NVwZ 1989, 245.

計画は比例的な衡量の帰結ではない、としている。ここで直接衡量材料の根拠とされたのは連邦建設法1条1項にある「都市計画上の発展の秩序」であるが、これが含意する諸利益を正当に評価した帰結にはなっていないので、第三原則に違反する瑕疵があると認定された<sup>53</sup>。

こうした板ガラス判決における衡量過程と衡量帰結の分離を衡量法益の違いという点で強調した判例がある<sup>54</sup>。事案は原告がその所有地に家を建てようとしたところ、不許可にされたことを争ったものであるが、当該土地は連邦建設法施行前の古い計画に基づいて建築禁止部分に指定されていた、という事情があった。ここで問題になったのは連邦建設法(1970年当時)173条3項1号である。それは、経過規定として、法律施行前の既存の実施計画については、有効なものとして受容する規定であったので、古い計画の違法性認定の基準時が特殊な問題として浮上する。ここでまず連邦行政裁判所は、衡量原則そのものは連邦建設法という個別法に依存しない一般的な法治国家原理からくるものである<sup>55</sup>としたうえで、衡量される法益については当時妥当する実定法に依存するとする。したがって、少なくとも衡量過程の瑕疵を認定する場合の基準は当該計画が策定されたときの法(この事例ではプロイセン建築線法)であるが、しかしながら、衡量帰結の瑕疵については異なる、との論理を採用した。すなわち、経過規定の趣旨から、連邦建設法が受容するのはそれに値する(Überleitungsfähigkeit)計画である必要があるため、衡量帰結の瑕疵に関する衡量法益は新法である連邦建設法の法益であるとしたのである。そしてこの基準に従えば、旧計画は帰結の瑕疵が発生している、と判断した<sup>56</sup>。さて、ここで重要なのは、判決が衡量過程の瑕疵と衡量帰結の瑕疵について、当該経過規定に関する事案を超えて、一般的に以下のように言及した点である。判決によれば、衡量される利益については、過程と帰結で重ならないのは当然であり、帰結の段階で初めて衡量される利益がある、とする<sup>57</sup>。これは、ガラス板判決

<sup>53</sup> BVerwGE 45, 309 (322, 325).

<sup>54</sup> BVerwGE 41, 67.

<sup>55</sup> BVerwGE 41, 67 (68).

<sup>56</sup> BVerwGE 41, 67 (71f.).

<sup>57</sup> BVerwGE 41, 67 (71).



における連邦建設法1条1項にある計画策定における基本目的は，帰結の瑕疵のみに関わるという点と重なるといえるだろう。

最後に，よく知られているように，板ガラス判決後の法改正，連邦建設法115b条2項2文(現行連邦建設法典214条3項)により，衡量過程は計画の有効性に関わる重要な過程と重要でない過程に分離されるに至っている。これにより，帰結についてはそのまま，衡量第二，及び第三原則が適用されるが，過程については衡量原則の適用を受けるものが「明白で」かつ「帰結に影響がある」ものに限定される。明白性について，判例<sup>58</sup>は過程を中側 (inneren Seite) と外側 (äußeren Seite) に分けて論じている。過程の中側とは計画策定に参加した者の動機や個々人の考えを指す。ここでの瑕疵は客観的な資料からは調査しにくい事柄であるので，法的にはあまり意味はないことになる。これに対して，過程の外側とは，客観的に把握が容易な衡量過程のことである。ここには，個々人の主観的な内面は含まれず，計画策定に関わる文書に現れるもの，衡量資料収集及び評価の記録が含まれる。さらに追加された「帰結に影響がある」という要件については，瑕疵がなければ違う計画内容になっていたであろう，という具体的な可能性が求められている<sup>59</sup>。

以上，衡量原則に関わる判例法理をみてきたが，過程と帰結という概念からこれを再度総括すると三点にまとめることができるだろう。まず第一に，判例が衡量を過程と帰結に分ける理由は，もちろんこの区分が改正法で採用されてからは法解釈として重要になるのは当たり前のことだが，衡量三原則の適用を考える上で必要だと判断したからである。第一原則，すなわち衡量不行使の審査は過程にのみ関わるし，第三原則，すなわち衡量評価瑕疵及び衡量不比例の審査は少なくとも帰結を対象にしている。第二に，さらに衡量法益についても過程と帰結では異なる。第三に，法改正後は，司法審査は過程に対しては選別的ではあるが，帰結に対しては100%審査対象とされている。

さて，衡量原則に関する判例法理一般については学説で様々な議論がある。たとえば，第二原則が前提とする不確定法概念の解釈の問題や第二原則と第三

<sup>58</sup> BVerwGE 64, 33. この判例については，山田・前掲注(7)を参照。

<sup>59</sup> BVerwGE 64, 33 (38-40).

原則の区分の問題、また第三原則の対象論などが挙げられる<sup>60</sup>。しかし、本稿ではもっぱら「過程」と「帰結」の区分論を分析的に検討するという立場から、そして5以降での法学方法論上の議論への関連から、衡量原則に関する判例法理について、以下の問題点を指摘しておきたい。

まず一点目として、衡量の過程と帰結の分離は論理的には重要であることは否定できない。概念のいわゆるプロセス・プロダクトの曖昧さ (process-product ambiguity) は正確な議論をする上で障害になるので、この点で板ガラス判決がプロセスとしての計画とプロダクトとしての計画を分けたことには意義がある。しかし、法理論 (判例学説の法理) が使用する概念は、講学上の意義とは別に、概念使用の実践的な意義が求められる。この点で特に「帰結」概念については問題なしとはいえないであろう。というのは、板ガラス判決によれば、衡量原則違反の瑕疵は過程と帰結で別個に認定されるゆえに、この概念区分は意義があることになる。しかし、たとえば過程に一切瑕疵がなく、帰結にのみに瑕疵があるような計画などはあり得るのであるだろうか。そして、そもそも、瑕疵があるような帰結とは一般にどのように定義すればよいのであろうか。3でみたように、効果裁量においては帰結は法律効果を指すので、法定の法律効果の枠を外れれば、瑕疵ある帰結となる—裁量踰越。しかし、連邦建設法典に代表されるような計画法においては、法律効果の枠は明記されていない。むしろ、学説がいうように合法的な、すなわち瑕疵がない計画の中身の選択肢は数多く存在する<sup>61</sup>。このような状況では帰結概念そのものは問題がないとしても、瑕疵論との関係でこの概念の有用性は疑問視されるといえるだろう。

二点目として、過程と帰結の瑕疵の認定においては、違法性の認定基準すなわち衡量法益が異なると判例はいう。しかし、これは、既存の計画を新法下で受容することが問題になる特殊なケースではいなくても、一般に違法性基準が過程と帰結で異なるとは考えづらい。また、板ガラス判決が帰結の瑕疵の基準とする連邦建設法1条1項「都市計画上の発展の秩序」という一般的目的規定は違法性の基準としてなぜ衡量過程では衡量法益にはならないのか、説明ができ

<sup>60</sup> 文献も含めて Schmidt-Aßmann 前掲注 (18) Rdn. 208ff.

<sup>61</sup> Hoppe 前掲注 (37) 644.

ない。

三点目として、過程の審査とは、基本的に「主観的」経過の瑕疵を問うものであり、帰結の審査はむしろ「客観的」な事態の瑕疵を問うというのが板ガラス判決の趣旨にみえる。しかし、法改正後の判決で触れた通り、その後判例は、文書から明らかにされない動機などは審査対象となる過程から排除することで過程の方にも「客観的な」要素が求められている。実際、学説には過程を計画の正当化の理由づけとして捉えるものもある<sup>62</sup>。ここでは過程は決して主観的なものではなく、客観的な理由づけを意味する。しかしそうすると、過程と帰結の間で何が異なるのかははっきりしなくなるのではないであらうか。

四点目として、板ガラス判決では三つの衡量原則は、第一原則を除いて過程と帰結の双方に妥当するとされる。そうすると、一つの計画について、その過程に三つのテストが、その帰結に二つテストが、計五つの種類のテストが成立するということになるが、はたしてこれは妥当であるといえるのであろうか。そして、判決はこうした衡量原則の一般的な説明をしてはいるが、その一方で、当該事案での計画無効の主要論拠としては、帰結について第三原則を適用することで瑕疵の認定をしていることは間違いない。学説も第三原則は帰結にのみに関わると考えるものがある<sup>63</sup>。とすれば、過程の審査においては、板ガラス判決にも関わらず、第三原則は適用されないと考えるべきなのであろうか。一方で、我が国の学説の中には、上で挙げたいくつかの判決を念頭に、過程の審査が内容の審査を含まざるを得ない点を指摘し、これが我が国における過程の統制審査に関わる大きな問題であると指摘するものがある<sup>64</sup>。これら、板ガラス判決、ドイツの学説、我が国の学説の三者を比べる時、三つの衡量原則のうち、どの原則が過程にあるいは帰結に適用され、どのような程度で判断の内容に関わるか、という点について必ずしも明確にはなっていない、と考える。

五点目として、板ガラス判決では衡量の抽象論が展開されている一方で、その終局的法発見とも呼ぶことができる、素朴な結論としては、当該住居地域

<sup>62</sup> Schmidt-Aßmann 前掲注 (18) Rdn. 214.

<sup>63</sup> Schmidt-Aßmann 前掲注 (18) Rdn. 215.

<sup>64</sup> とりわけ、山田・前掲注 (7)、高橋・前掲注 (7)。

が完全に工業地域よって囲まれることで正当化できないほどの住環境悪化が生じる、というものであろう。そうするとその限りで、衡量の結果、裁判所は当該事例ばかりではなく、住居地域と工業地域の関係について、当該事例を超えて何らかの一般的なルールを定立したとみることができるのではないだろうか。これは2で挙げた通り、呉市学校施設使用不許可事件において行政あるいは裁判所は教育研究集会一般と学校施設使用との関係について「できる規定」の例外として一般的な「すべし規定」を定立したのではないか、という点、すなわち、衡量とルール定立とはどのような関係にあるのか、という一般的な問題へと道を開くことになる。

これらの点はすべて、裁量行為における過程及び帰結とは何か、という問題に関わるが、これに答えるためには羈束行為を含む行政の法適用一般のあり方をめぐる議論に一旦立ち返り、その上で効果裁量や計画裁量で示された議論を批判的に再検討することが必要である。この議論は以降の章でみていく法学方法論の領域に属する。