〔研究ノート〕

建設管理計画の調整義務（連邦建設法2条4項、5項）と自治体間の訴訟可能性

荒　木　　修

目　　次

Ⅰ．初　め　に
Ⅱ．連邦建設法の制定
Ⅲ．建設管理計画の調整
Ⅳ．クラッベンカンプ判決
Ⅴ．終わりに

Ⅰ．初　め　に

計画高権に関してゲマインデによる訴訟が連邦行政裁判所の1960年代後半以降の判例により認められてきた[1]。そのなかには、連邦行政裁判所1972年9月8日判決（BVerwGE 40, 323）、即ちクラッベンカンプ事件と称されるゲマインデ間の訴訟がある。クラッベンカンプという地区の宅地化（Bebauung）を巡って、川を挟んで同地区の対岸にあるゲマインデが争ったものである。調整義務違反を理由としてゲマインデが訴えを起こしたものであり、その請求の一部は認容された[2]。

建設管理計画の調整を巡るゲマインデ間の訴訟を含めて、計画高権を根拠してゲマインデが訴訟を提起できることは確立しており、今日のドイツにおいて実定法的にその根拠を探ることは特段行われていない[3]。とはいえ、クラッベンカンプ判決を契機として、建設管理計画の調整に関して、計画高権の裁判的な保護について理論的な関心も見られたところである。

そこでの議論は、少なくとも今日のドイツの実定法を理解するうえで欠かせないわけではなく、また、都市計画権限を含む地方自治の裁判的な保護や、自治体間での都市計画の調整に係る立法論・解釈論を展開するうえで必ずしも有用であるとはいえない。とはいえ、かつての議論を振り返ることで、その後の理論の展開と比べて如何なる点に問題があったか、理論的にみて如何なる点が十分に検討されていないかなどを知ることが

出来よう。それらを整理しておくことは、日本における議論の将来の展開に役立つかも知れない。以下では、建設管理計画の調整を巡るゲマインデ間の訴訟が登場し始めた前後の時期の議論を振り返ることとする[4]。具体的には、1960年に制定された連邦建設法に定められた調整義務（現・建設法典２条２項）を取り上げ、どのようにそれが解釈されていたかを整理することになる。

Ⅱ．連邦建設法の制定

⑴　行政主体間の協働の傾向

クラッベンカンプ事件の判例評釈を行った Pappermann は、計画高権を巡るゲマインデ間の訴訟を論ずる前提として、その当時までに進んできた行政主体間の協働の傾向を取り上げ、かかる傾向が生ずる原因を挙げる。文化的なものを除いて制度的なものとして次の２つを挙げている[5]。

第一はゲマインデの規模に関わる。規模拡大が行われてきたが、計画を必要とする諸課題とゲマインデの規模とは必ずしも対応するものではない。計画高権に相応しい規模とゲマインデの規模とのミスマッチである[6]。

第二は広域的な計画に関わる。地域的・広域的という伝統的な区別が一般的な基準としては役立たなくなり、広域的な決定連関のなかにゲマインデが組み込まれ、独立性が失われていく。

Pappermann は、このような傾向を指摘したうえで、次に、このような傾向の下で地方自治保障に関して動態的・機能的な地方自治保障が説かれるようになったことを指摘する[7]。実体的な独立性が失われることを補うべくゲマインデに協働権を認めることになる。計画法はまさにこれが法律により整備されていった分野の一つである[8]。

Pappermann は、協働はゲマインデの機能に適合するような態様でなければならないことから、市民社会における紛争はできる限りゲマインデのレベルで解決できるようにすること、分散的なイニシアティヴ・決定の場としてゲマインデを支援すること、人間的な生活圏を形成することに相応しいものを求める。ラント・連邦よりもゲマインデのほうが市民により近いということが、その根拠とされている[9]。

このような考え方は一般論としては異論は少ないであろうが、具体的な立法論・解釈論のレベルでは、必ずしも見解は一致するものではない。計画、とりわけ建設管理計画の分野に限ってみても、次のような見解の対立があった。

ゲマインデの計画が国土整備・ラント計画や部門計画などの計画体系のなかにどのよ

うに組み込まれるべきか、組み込まれているか。例えば Weber は、国家とゲマインデとの共管的な事務があれば、それに相応しい法理を展開すべきことを説き、その具体例として連邦建設法１条３項を用いて議論を行う[10]。このような議論は、土地利用計画と地区詳細計画の何れもがゲマインデの事務であることが定められたにもかかわらず、連邦建設法の制定から間もない時期に説かれていた。他方、共管的な事務を認めることそのものに対して基本法は否定的であるという観点から批判するものがあり、Hamann は、Weber の考え方について、基本法制定よりも以前に定められたラント憲法及びそれを基礎とするラントの地方自治法から、自治体への国家監督と「真の」国家的な協働（Mitwirkung）とを区別しようとするものであると分析した[11][12]。

また、広域的な計画そのものと広域的な計画への協働とは異なると考えることで、前者とは異なって後者は基本法28条２項により保護される自治行政権の範囲に含まれることを説くものもある[13]。

⑵　連邦建設法――計画高権の承認とその限界

建設法の分野においてドイツにおいては20世紀前半から連邦レベルの立法化の議論が見られた（例えば、1931年のライヒ都市建設法案）。ゲマインデの策定する都市計画に関して連邦が体系的な立法を行ったのは、第二次大戦後である。戦後の早い時期から立法化に向けた作業が進められ、最終的には1960年に連邦建設法が制定された。以下では、計画体系を概観するために、本法における建設管理計画の位置づけを見ておく。先ずは、このテーマに関連する条文を挙げておく。

①　１条１項　「……都市建設上の発展を秩序づけるために、……建設管理計画により土地の建設その他の利用を準備し管理するものとする。」　これは、建設管理計画の目標を一般的に定めるものである。

②　１条２項　「建設管理計画は、土地利用計画（準備的な建設管理計画）と地区詳細計画（拘束的な建設管理計画）とする。」　建設管理計画が二段階で存在することを定める。「地区詳細計画は土地利用計画を基礎とするものとする」（８条２項１文）。地区詳細計画で都市建設上の発展を十分に秩序づけることができる限りで土地利用計画は必要ではない（２条２項）。この規定により、準備的な計画が明確に位置づけられることになった。

③　１条３項　「建設管理計画は国土整備及びラント計画の目標に適合するものとする。」

④　２条１項「建設管理計画は必要であれば直ちにその限りで、ゲマインデが自己の責任で策定するものとする。」

⑤　２条４項「周辺ゲマインデの建設管理計画は、相互に調整されるものとする。」

⑥　２条５項「建設管理計画の策定に際して、公的な利益の主体である官庁及び機関は参加することとする。」

連邦の立法がゲマインデの任務に関して定めを置くことは、広域的な計画の意義が高まるなかでは、ゲマインデの自治行政を損なうおそれがある。この点、連邦建設法は地域的な計画についてゲマインデに計画高権を承認したことは重要である。基本法28条２項１文で用いられている「自己の責任において」という文言を用いることで（２条１項）、ゲマインデの建設管理計画が自治行政の任務に含まれることを一義的に特徴づけるものになったと説かれている[14]。

拘束的な計画である地区詳細計画が自治行政の任務に含まれることは、従来からラント法で定められてきたことを変更するものではない。とはいえ、注意すべき点がある。

計画策定に関して、クライスに属するゲマインデには権限を与えていなかったラント法が存在していた[15]。その限りで、連邦建設法はそれ以前のラント法の定めを変更する意義を持つ。

理論的に問題となるのは、準備的な計画が如何に用いられ得るかに関わる。準備的な計画は地域的で拘束的な計画と広域的な計画との間の継ぎ目であることから生じる問題である。

Hamann は、地域的な計画にとって指針となるものをラント計画で定めるための好ましい手段として準備的な計画が用いられてきたこと、連邦建設法は準備的な計画の地域的な性格を決定的なものとしたことを説く[16]。尤も、土地利用計画が建設管理計画として位置づけられたことだけで、上記の問題を全面的に解消できるかどうかは、明らかではない。土地利用計画を取り巻く計画体系の側の問題でもあるからである（註12を参照）。

この点で、国土整備・ラント計画の目標への適合義務（１条３項）が問題になる。建設管理計画と国土整備・ラント計画とは、その対象とする空間の大きさ（ゲマインデの区域より大きいか否か）、策定に際して考慮すべき事項などの違いが説かれてきた。例えば、Hamann は、土地利用計画がゲマインデの計画高権に含まれることを積極的に説くために、建設管理計画の特徴を、個々の土地の建設その他の利用の態様及び程度について決定を行うこと、つまり、parzellenscharf に定めるものであることに求める。

そして、土地利用計画は準備的とはいえ、上記の特徴を備えている点では地区詳細計画と同じであるという[17]。とはいえ、Grauvogel は、理論上は一義的であり明確であるが、両者の区別が実際には困難になる場合があることを実例を挙げて説明する[18]。拙稿でも既に述べたことであるが、ゲマインデの区域内で計画上の自己形成の余地を奪うような規律は許されないが、それは原則であって、ゲマインデの区域内での土地の利用に対する詳細な規律を行うことが例外的に許されている場合がある[19]。

Ⅲ.で取り上げることに関わるが、建設管理計画がゲマインデの境界を超えて影響を持つとき、その調整はラント計画に属するものか、それぞれのゲマインデの計画高権に属するものか、議論があったようである[20]。計画のために用いられる手段にもよるが、調整しながら計画を策定すること自体は、それぞれのゲマインデが自らの任務を遂行することであり、ゲマインデの計画高権に属すると考えられている[21]。

以上のように計画高権は法律で承認されるとしても、それには計画体系を前提として限定されて認められるものであり、また、計画高権の範囲が法律によりある程度は明確に定められるとしても、計画体系の実際の運用のなかでゲマインデの計画高権は狭められる可能性がある。これは国土整備・ラント計画との関係だけではなく、公共事業の部門計画との関係、更には、周辺ゲマインデの策定する建設管理計画との関係でも生じ得ることである。

Ⅲ．建設管理計画の調整

⑴　ゲマインデの境界を超える影響

建設管理計画をゲマインデが自己の責任において策定することを定めることで、連邦建設法はゲマインデの計画高権を承認する（２条１項）。しかしながら、建設管理計画を策定するとき、その影響はゲマインデの区域内に止まらず、周辺のゲマインデに影響を及ぼすことがあり得る。それが調整されないままで計画高権を認めることはできないと考えれば、調整を法律で義務付けることは、計画高権を制約するものではなく、寧ろ、計画高権を認めるための前提として欠かせないといえる[22]。以下では、周辺ゲマインデの建設管理計画との関係で、計画高権がどのように限定されながら認められているのか、見ていく[23]。

⑵　調整のための手段

ゲマインデの活動は広範に及び、周辺のゲマインデとの調整のための手段は、様々な

ものがあり得る。連邦建設法の制定以前から、必要に応じて、何らかの調整は行われてきた。連邦建設法において建設管理計画の調整のための手段として特に定められたのは、① ２条４項（周辺ゲマインデとの調整義務。現・２条２項）、② ３条（土地利用計画の周辺ゲマインデとの共同策定。現・204条）、③ ４条（ゲマインデその他の行政主体との間で共同の計画連合体を設けること。現・205条）、④ 147条１項（他の団体への計画高権の移譲。現・203条）である。このうち、連邦建設法の制定から今日に至るまで広く用いられているのは①であり、②～④は殆ど使われていない[24]。

①とは異なり②～④は、ゲマインデにとって計画策定の自由が相当に制約される。なお、③は任意で設立し得るものであるが（１項）、それが失敗するときに備えてラント政府により強制的に設立する途が認められている（２項）。これに関して、Hamann は、ゲマインデが何らかの事務を行うために一定の施設を設け、土地の利用を指定できなければならないことから、地区詳細計画の策定権限をゲマインデから奪うことは憲法上の自治行政権の保障に反するという[25]。また、この説明は土地利用計画に当てはまるものではないことから、土地利用計画の策定のための計画連合体の強制的な設立は認められるとしつつ、最終手段として用いられるべきものであるとして、①・②をより緩やかな手段として挙げている[26]。

なお、①については、２条５項、１条４項、５項も関係する。２条４項には調整のための手続は規定されていない一方、２条５項には公的な利益の主体である官庁・機関の参加手続が定められており、両者の関係が解釈論上問題になるからである。また、ゲマインデは計画を策定する際に諸利益を衡量しなければならず（１条４項、５項）、周辺ゲマインデの利益も衡量される利益に含まれ得るからである。そこで、以下では、２条４項、５項、１条４項、５項において、周辺ゲマインデの建設管理計画との調整について、実体法・手続法上如何なることが求められているか、整理する。

⑶　２条４項

２条４項の条文には、調整として如何なる場合に何を行うべきか、何を調整の規準とするか、調整のために如何なる手続が行われるかは定められていない。また、この規定に違反した場合の取扱についても定められていない。以下では、Grauvogel のコンメンタール（1965年）における説明を中心として、整理しておく。

①　趣旨・目的

Grauvogel は調整の規準について特に触れていないので、それに代わるものとして、

調整の趣旨・目的の説明をみておく。それによると、回避可能な限りで周辺ゲマインデに対して妨害してはならないだけでなく、自らの任務を毀損することなく可能な限りで周辺ゲマインデの利益を促進しなければならないという[27]。

この考え方は、一方では民法の相隣関係論に依拠するものであるが、他方で、促進に関して、私人には基本権として所有権が保障されているのとは異なり、建設管理計画の策定主体が行政であることが強調されている[28]。

② 要　　件

周辺ゲマインデが建設管理計画を策定済みである又は少なくとも計画策定手続を開始していることが必要である[29]。

Grauvogel は特に説明なく Zinkahn の論文を参照して、このように述べるだけである。しかし、これとは異なる考え方もあり[30]、クラッベンカンプ判決は Grauvogel のような考え方を斥けた（Ⅳ(1)）。

③ 何を行うか

調整をすることで、ゲマインデ間で合意に達することはあるが、それはゲマインデを拘束するようなものではない。場合によっては、周辺ゲマインデと土地利用計画を共同策定することや他の行政主体との間で計画連合体を設置することに進む[31]。

後者のような場合はおそらく少ないであろう。前者について、Grauvogel は、土地利用計画の共同策定との違いを挙げる。確かにその場合に生じる法的な拘束力はないが、「必要な限りで調整の結果から何時でも離れることができる」と言えるか、疑問がある。Halstenberg は、調整が手続法的に確保されていることから、調整の結果の保護が必要となるとし、許容される変更等が為されない限り、ゲマインデは策定した計画に拘束されると説く[32]。

④ 手　　続

計画の共同策定のようなものとは異なる。計画案の公告の後の意見聴取に止まらず、より早い段階から実施されなければならない[33]。

なお、4項には調整に関して手続は定められていない。Grauvogel は、5項の説明が妥当するという[34]。これは手続を含めて4項が適用されるという趣旨である。他方、後述のように、調整の手続については5項が適用されるか否か、議論がある。

⑤ 違反する場合の効果

監督庁が認可しないことになるか否か、問題になる。これは、調整規定が soll 規定として定められていることにも関わり、解釈が分かれている。Grauvogel によれば、調

整規定に違反しても原則として計画の全部又は一部が無効になるわけではない。但し、調整をしなかったことが、計画策定の全体的な結果と比較して、かつ、権利保護の必要性からみて、真に重大である場合に限り、建設管理計画が違法になりうるという[35]。

Grauvogel と同様に、soll 規定と muss 規定の違いに着目して解釈を行うものがある。Hamann は、連邦建設法の体系的な解釈から、soll 規定違反の法効果が muss 規定違反の法効果とは異なることを説き、認可しないことになるのは soll 規定違反が同時に muss 規定違反でもある場合に限られるとする[36]。

また、soll 規定と muss 規定の違いに着目する点では同じであるが、それよりも寧ろ計画の瑕疵が与える影響の大きさに着目している見解もある。Bielenberg は muss 規定が用いられなかったことを実際上の考慮に基づくものとみて、土地利用計画が違法であった場合にそれを基礎として地区詳細計画が策定されるときに、その地区詳細計画が無効であるとされるのは望ましくないことから、計画の瑕疵が手続的であれ実体的であれ重大なものである場合にのみ地区詳細計画は無効であると立法者は定めようとしたと説く。そして、この考え方を２条４項に当てはめることで、２条４項違反のみでは計画は無効ではないとする。また、Grauvogel とは異なり、２条４項違反が同時に１条４項、５項違反である限りで、計画は無効であるという[37]。

以上とは異なり、調整義務の違反が重大であれば、計画は無効であり、監督庁は認可しないと述べるものもある[38]。

周辺ゲマインデの建設管理計画との調整に関して、現在では、建設法典の制定時に条文の位置が変わり（２条４項から２条２項）、文言は soll 規定ではなく、より義務性が明確になった。更に、2004年改正により２文が追加された。調整に際して国土整備の目標を通じて与えられた機能及びその中心的な供給区域への影響を主張できることを明文化したものであり、大規模小売商の立地を制御することに関わるものである[39]。

２条４項の調整規定には、現在の問題関心とは異なり、制定時やクラッベンカンプ判決の頃には、それほど期待は向けられていなかったのではないか。条文の位置から推測されることであるが、土地利用計画の共同策定等への期待もあったのではないかと思われる。また⑤に関わるが、当時の連邦建設法のコンメンタールの２条４項の説明のなかには、ゲマインデが裁判に訴えることについては記述がないものがある[40]。もちろん、監督庁による認可やその拒否・不作為をゲマインデが裁判で争うことは認められており、これに関してそれぞれの箇所で説明が為されるから、２条に記述がないことは必ずしも

不自然なことではないが、クラッベンカンプ判決のようなゲマインデ間での訴訟は殆ど考えられていなかったのではないかと思われる。更に、②について、当初は文言通りに建設管理計画の相互の調整が意図されていた、少なくともそのような解釈が有力であったことが分かる。これはゲマインデの計画高権間の調整という性格をも持つようになっていく（Ⅳ(1)）。

⑷　２条５項

参加に関する規定は、連邦建設法の制定時はかなりシンプルであった。２条５項に公的な利益の主体の参加が定められ、６項に公衆参加が定められていた。ちなみに、６項では、計画案をその説明書又は理由書とともに１ヶ月間公告すること（１文）、その間に公衆には異議及び提案を提出することが認められること（２文）、５項により参加したものにも公告内容を通知すること（３文）、期間内に提出されたものには結果を通知すること（４文）、監督庁への認可申請の際に、採用されなかった異議及び提案とそれに対するゲマインデの意見を提出すること（５文）等が定められている。この６項の参加と比べると、その体系上、５項の参加は早い段階から行われるものである。

Grauvogel によれば、参加とは、同意の取得ではなく、提出された要望を認識して検討することである[41]。なお、Bielenberg によれば、６項３文による通知は、提出した要望が計画案に反映されたか否かを知るための機会として機能する[42]。

公的な利益の主体という概念のうち、公的な利益は、１条４項、５項に用いられているものである。公的な利益の主体は、計画主体に限られていない。尤も、これに当たるのは、主として部門計画の計画主体である[43]。

手続的には、通例は、書類により通知し、その要望を聞き、閲覧させ、必要な場合には計画案について審理するために招く。個々の参加したものの利益が特に強い程度に建設管理計画により影響を受ける場合は、原案の副本（コピー）を送付することが望ましいとされる[44]。

２条５項についても、違反の法効果について定めがなく、また、soll 規定であることから、同様の議論がある。とはいえ、２条４項違反とは異なり、この規定の違反の法効果について連邦建設法７条１文が問題となる。「２条５項により参加した公的な利益の主体である官庁及び機関は、土地利用計画に異議を述べなかった限り、それに適合して計画を行わなければならない」[45]。２条５項違反の場合には、この規定が働かないことになる[46]。このことは、２条４項違反について soll 規定であることに着目していない

ものでも認めている。Schrödter は、参加が行われなかったことが計画の実体的な内容に影響するときにのみ計画が無効であるという[47]。

⑸ 衡 量 原 則

２条４項には調整の規準は定められていない。２条４項だけでゲマインデ間の調整が十分に行われると期待されていたかは疑わしい。２条４項違反を正面から論ずることなく済ますような態度が見られたのは、これが一因ではないかと思われる。Hamann のように、調整が適切に行われなかったという場合に、同時に他の規定への違反があったか否かを見るものもあった（⑶⑤）。このような考え方の当否はともかく、２条４項に調整の規準が定められていないことから、１条４項、５項が調整の規準を定めるものとして注目されてきたのは当然であろう。とりわけ１条４項２文には、「……公的な利益と私的な利益は……適切に衡量されるものとする」と定められており、衡量されるべき公的な利益のなかに周辺ゲマインデの利益は含まれると解されるからである。

調整の趣旨・目的に関わるが、Grauvogel は、回避可能な限りで周辺ゲマインデに対して妨害しないだけでなく、自らの任務を毀損することなく可能な限りで周辺ゲマインデの利益を促進しなければならないことを説き、その理由として、ゲマインデが Staatsverband のなかにおいて自己の利益のみならず共同体の福祉に義務付けられることは明文化を要しない法原則であるという[48]。不文の法原則と言わなくとも、何れのゲマインデにも計画高権が保障され、それを行使することで境界を越えて他のゲマインデに影響を及ぼし得ることに鑑みれば、建設管理計画の相互、更には計画高権の相互において調整をしなければならないという限界は計画高権の保障に内在的なものと考えることができるであろう[49]。

ただ、妨害禁止であれ促進であれ、調整の規準としてこれだけで十分であるとは言えない。Hoppe は衡量原則を用いることで、より鋭い輪郭を得ることができるという[50]。以下では、Hoppe が衡量原則を用いることで、調整の中身をどのように精緻化しようとしたか、見ておく。

Hoppe は自治体内での衡量と自治体間での衡量に分けて、自治体間の衡量で扱われるのは、計画するゲマインデの地域的な私的な利益・公的な利益と関係せられるゲマインデの地域的な私的な利益・公的な利益との関係と、共通の広域的な利益との関係であるという（なお、これらを自治体間でレレヴァントな利益と呼ぶ）。そして、自治体間の衡量の瑕疵を次のように類型化する[51]。

①　自治体間でレレヴァントな利益を調査又は確認していない場合（調査・確認の脱落）。

②　自治体間でレレヴァントな利益が、事物の状況に照らして衡量に入れられなければならないにもかかわらず衡量に入れられていない場合（衡量の脱落）

③　自治体間でレレヴァントな利益が規範上定められている評価又は優先順位に矛盾し又は一般的に承認されている（計画）原則に矛盾して評価される場合（誤った評価）

④　計画により影響を受ける自治体間でレレヴァントな利益の間での選択が、個々の利益の客観的な重みに対して比例しない方法で行われる場合（衡量の偏り）

⑤　双方のゲマインデの空間において計画上の指定の可能性が限られている場合に、一方のゲマインデに時間的・事物的な優先が与えられる場合（優先原則違反）。大気汚染をもたらす工業用地を指定できる範囲が限られている場合に、計画するゲマインデは今回初めて工業用地を指定しようとするのに対して、関係せられるゲマインデが既存の工業用地の拡張に備えて工業化しない区域を残そうとするときをHoppe は例として挙げている。

⑥　周辺ゲマインデにおける利益の保護のために十分な限定、段階付け、編成をしていない指定を行う場合（最小被害原則違反・差異化原則違反）

⑦　周辺ゲマインデのインフラストラクチャーに関して必要な調整（Koordination）が行われていない場合（調整原則違反）

⑧　協働システムのなかでゲマインデ間の調整の第一段階が十分でないまま計画が行われる場合（協働原則違反）

このような類型化がより鋭い輪郭をもたらしたかは、明らかではない。とはいえ、⑤～⑧は一般的な衡量瑕疵とは異なったものであり、建設管理計画の調整のために打ち出されたものと言えよう[52)]。特に⑤はクラッベンカンプ判決における実体的な調整を意識しているものと思われる。

調整義務に違反する場合の法効果に関わるが、このように類型化される衡量瑕疵が実際に認められるのはどのような場合であるか。Fingerhut は、上記③～⑧について、具体的な事案において劣位にある利益の衡量に瑕疵がある場合に、計画の結果に対して決定的な影響をもたず、そして１条３項～５項に定められている目標に対して決定的な影響を持たないときには、衡量瑕疵が認定されるのは稀でしかないという。また、上記①・②でも、その目標の意義が小さいことから計画の結果に対して決定的な影響を持た

建設管理計画の調整義務（連邦建設法２条４項、５項）と自治体間の訴訟可能性

ないときは記述されるのは稀であるという[53]。

Ⅳ．クラッベンカンプ判決

⑴　計画高権――基本法との関係

本判決は、調整義務は連邦建設法により定められているものであるが、「ゲマインデの計画高権（２条１項）を背後にみなければならず、それ自体憲法上は基本法28条２項１文の自治行政保障に遡る」ことを説く。この判示では、連邦行政裁判所1969年２月14日判決（DVBl. 1969, 362）が参照されている。これは航空法６条による許可手続へのゲマインデの参加権が問題となった事案であり、ゲマインデが許可の取消を求めて争うことができるのは、その許可が固有の計画高権を毀損するときであることを述べたものである[54]。国との関係でゲマインデの計画高権の裁判的な保障は既に認められていたが、それがゲマインデ間の関係にも認められることを明らかにしたのが、本判決である。

この判示により何がもたらされたか。

一つは、２条４項の文言から離れることになるが、建設管理計画が策定されていない場合にも調整義務が発生し得ることが、本判決により確立した。Pappermann は、調整義務は計画高権に内在するのであって、法律より優位の義務であると説く[55]。

以前から、建設管理計画が策定済みではなくても、調整義務が発生することは説かれていた。ただ、その際、Grauvogel のように、少なくとも計画策定手続が開始されていることが必要であると説かれていた（Ⅲ⑶②）。本判決は、1970年５月５日決定、1970年２月13日判決を先例として[56]、計画高権への「重大な程度で直接的な影響（Auswirkung）」が存するときには調整義務が及ぶとした。これにより、計画策定に向けた活動をゲマインデが必要ではないと考えている場合であっても、土地利用に係るゲマインデの計画上の構想が一定程度は保護されることになる。

本判決では、このように計画上の構想がない場合であり、周辺ゲマインデの実際上の状況に焦点が当てられている。Fingerhut によると、本判決は、そのような実際上の状況に場合によっては異なる重み付けを与え得るところの周辺ゲマインデの計画上の構想にまで焦点を当てるものになっている。それゆえに、連邦行政裁判所が基本法28条２項を根拠として連邦建設法の条文の拡張的な解釈を行っていることと、計画高権の保護に値することに段階が設けられていることとの間に一貫性がないのではないかと、Fingerhut は疑問を投げかける[57][58]。

なお、未だ行使されていない又は十分には行使されていない計画高権が保障されるこ

とは、連邦建設法の他の規定（例、36条）において実定法化されていることであるが[59]、そのようなものを計画高権として保障されるものに含むとみるかなど議論がある[60]。

第二に、基本法28条２項１文に遡るという判示は、調整義務を定める連邦建設法の定めに違反する場合の法効果に関わる。本判決は、サンクションのない規定であるかのように考えることは禁じられ、客観法的な調整原則に請求権が対応していることに疑いはないという。ただ、ここにいう「請求権」とは何であるかについて、本判決は明らかにしていない。これについては⑹で扱う。

⑵　手続的な側面①　２条４項と５項との関係

建設管理計画の調整の手続について特に規定がないことから、手続を含めて２条４項に定められていると解するか、周辺ゲマインデの公的な利益が問題となることから公的な利益の主体である官庁・機関の参加の規定である２条５項が適用されると解するか、議論があった。

この点について、本判決は、建設管理計画の調整を実体的なものと形式的なものとに分けて、後者の調整義務は２条４項ではなく５項に定められていると明言した。

その理由として次のことを挙げる。①２条４項の文言上、「建設管理計画」間の調整が定められていること。もちろん、これは計画高権の保障という観点から拡張的に解釈されることになるが、２条４項では調整の Bezugpunkt はゲマインデではないという。②多様な計画間の調整のために計画主体の協働が定められているが、その一般的な定めとして２条５項が定められていること。本判決は、このような２条４項と５項との条文の位置関係から、仮に４項が適用されると解するならば、一般的な定めよりもその特則が先に定められていることになってしまい、また、周辺ゲマインデには４項の手続とは別に５項の参加が認められるか、疑問が生ずることになってしまうという。後者は、２条５項違反の法効果に関わる。２条５項に違反があれば、公的な利益の主体である官庁・機関が計画を策定するときに土地利用計画に適合させなければならないという義務を負わないことになる（Ⅲ⑷）。仮に２条４項が適用されると解するならば、手続違反の法効果について、周辺ゲマインデはその他の公的な利益の主体である官庁・機関よりも優遇されることになってしまう。本判決は、この優遇について何も明らかにされていないと述べる。

⑶　手続的な側面②　手続開始のイニシアティヴ

実体的な調整にも関わるが、本件では、原告側のゲマインデは、クラッベンカンプ地区の宅地化により生じる交通、供給管、学校、教会等の開発負担に関して議論されねばならなかったところ[61]、それが行われなかったことを調整の手続的な瑕疵として主張していた。本判決は、原告側のこの主張を認めなかった。本判決によると、宅地化により生じる開発負担について議論が必要であると考えるのであれば、周辺ゲマインデはその方向で異議を主張しなければならなかったのである。

調整は、計画するゲマインデが一方的に行うものではなく、ゲマインデの境界を超える計画の影響に関して、計画するゲマインデ及びそれに関係せられる周辺ゲマインデが双方向的に行うものであるというのが、実質的な理由付けであろう。Fingerhut は、２条５項について、計画するものと関係せられるものとの間の密接な互換性に基づくものと考え、等しい権能を持って出来るだけ早い段階から協働を行うことを義務付けるものという。かかる考え方から、本判決に関して、議論を開始することのイニシアティヴを周辺ゲマインデの側にだけ負わせることを批判する[62]。この批判は、実質的にみて対等な立場で周辺ゲマインデが参加できなかったり、境界を超える影響に関して情報が与えられないことから周辺ゲマインデが「出来るだけ早い段階」から参加できなかったりすることを危惧するものと考えられる[63]。

⑷　実体的な側面①　単なる期待・希望と権利との相違

⑴　単なる期待・希望と権利

本判決は、境界を越える影響をもつ計画に対して周辺ゲマインデの側に「（期待に過ぎないもの、ましてや希望ではなく）権利が対立的に存在している」ことが、実体的な調整義務の違反を認めるための要件であるとした。この判示に関して具体的に問題となっていたのは、クラッベンカンプ地区の宅地化により緑地が失われることと、クラッベンカンプ地区の宅地化により生じる開発負担についてである。本判決は、前者では調整義務違反を認めず、後者にのみ調整義務違反を認めた。

単なる期待や希望と権利とを区別する判示に関して、Hoppe は、境界を超える影響があるだけでは十分ではなく、周辺ゲマインデの側において権利が対立的に存在していることが必要であるというとき、如何なる権利がそこで想定されているのか、本判決には記されていないことを指摘し[64]、その解明を試みる（(6)(i)）。Fingerhut は、この判示に関して、計画高権の毀損は様々な観点で起こり得る一方、対立的に存在するところ

の権利とは、そのような観点そのものではなく、ゲマインデの計画高権の場合にのみ調整義務違反が生ずると解説する[65]。

(ii)　緑地の維持

周辺ゲマインデにとって緑地として用いられてきた土地を住居用地とすることは調整義務に違反しないという結論を本判決は示したが、なぜそのように言えるかについて、本判決が述べるところは少ない。

一般論としてこの結論を支え得る議論を Hoppe は行う。実体的な調整を衡量原則によって説明することを試み、衡量の瑕疵を類型化したが、そのうち⑤優先原則違反は本件のような場合を想定しているであろう（Ⅲ(5)）。Hoppe が例にするのは工業用地の指定であるが、周辺ゲマインデを含む一定の空間のなかでの排出容量に限りがある限り、その排出容量はゲマインデ間に適切に配分されるべきである。開発の時間的な先後だけで、早いものに排出容量が過剰に配分されることは認められないことになる。このように考えれば、本判決の結論は一応は正当と言えよう[66]。

しかし一般論として正当であるとしても、計画するゲマインデと周辺ゲマインデとの間で、後者が計画を策定した段階で排出容量の配分作業が既に行われていたと言える場合があり得るのではないか。このような観点から、Figerhut は、緑地の維持を求めることが、周辺ゲマインデの計画高権に裏付けられている権利として、境界を超える計画に対して対立的に存在し得る場合があり得ることを説く。そのため、緑地の維持による周辺ゲマインデの利益を考慮せずにそれを将来的に解消することは許されないことが、周辺ゲマインデが計画を策定した段階で考慮されていたか否かに注目する[67]。Fingerhut は特に言及していないが、これは交換関係論の思考である。

(5)　実体的な側面②　広域的な利益

ところで、排出容量の配分という点からみれば、果たしてそれは自治体の計画高権の行使のなかで行われるべき事柄であろうか。連邦建設法の定める調整義務において、どのような公的な利益をゲマインデ間で調整することが想定されているかに関わる。調整はラント計画に属するものではなく、計画策定のための作業としてそれぞれのゲマインデが行うべきものに位置づけられている（Ⅱ(2)）。他方、ゲマインデが計画策定に際して考慮すべき利益には、様々な公的な利益・私的な利益が含まれており、また、「建設管理計画は国土整備及びラント計画の目標に適合するものとする」（１条３項）。つまり、公的な利益のなかには広域的なものも含まれている。抑も準備的な計画である土地利用

計画について、計画体系のなかでの位置づけや、如何に用いられ得るか、議論がある。これらに鑑みれば、建設管理計画の調整に関して、広域的な計画のなかで調整を図ることとの役割分担が問題になろう。この点から考えれば、連邦建設法の定めた調整のための手段として最も弱いものである調整義務に、排出容量の配分の機能を営ませようとしても、満足いくような調整は難しいのではないか。また、調整の結果として何らかの合意があった場合、その拘束力を否定すべきではないと考えられるが、他方で、Fingerhut が調整義務違反を認めるべきとする場合に、契約的な拘束力が認められることがあり得るとしても、調整義務違反が直ちに成立するとは言えないであろう。また、周辺ゲマインデが計画を策定していたときはともかく、そうではない場合に調整義務違反を認めるのは困難であろう。

Pappermann は、権利が毀損されたのではなく期待や希望が害された場合には十分ではないとする本判決の判示について賛同する一方、それとは別に、国土整備及びラント計画の目標が双方のゲマインデに共通する場合に、それに適合しない計画をゲマインデが策定しようとすることを周辺ゲマインデが争う場合には権利保護利益が認められるという[68]。国土整備及びラント計画の目標は、ゲマインデの権利を根拠づけるものであるかについては議論があるが、Pappermann は、国土整備法の特殊な構造を理由として、国土整備・ラント計画の目標に適合するように求める権利を一般的に肯定している。なお、Pappermann は、建設管理計画とラント計画は、国家とゲマインデとが共管的に決定を行うところの中間的な場であると位置づけ、計画主体にそれぞれの機能に応じて協働や参加の様々な可能性が与えられると説くが、このような考え方には批判が強い（Ⅱ(1)）。また、Weber は共管として捉える見解を提唱するが、監督庁とゲマインデとの関係に関してであるが、国土整備及びラント計画の目標の定め方の実態に照らして、建設管理計画を法治国的に規制するものにはなっていないことを批判している[69]。この Weber の見解が正しかったならば、広域的な計画に期待するだけでなく、同時に、調整の手段として最も弱いものである調整義務に対して、上記のような配分機能を期待するのもやむを得ないことかもしれない。

なお、本判決は、国土整備及びラント計画の目標に関して、ゲマインデの権利の毀損が生じないことから、実体的な調整義務の違反とはならないことを述べる。国土整備法の定める諸原則については、直接的な外部効果が認められていないことを述べるだけである。ラント計画については、上告の対象とはならず原審の判断に拘束されることから、本件においては、ゲマインデを保護する内容の目標がラント計画に定められていない又

はそのような目標への違反は生じていないとして扱うに止まる。なお、この記述からも明らかなように、ラント計画の目標がゲマインデを保護する目的の場合か否かでゲマインデの裁判的な保護が認められるか否かが決まるという考え方は認められているが、Pappermann のように計画体系に組み込まれていることから一般的にゲマインデの裁判的な保護を認めるという考え方は採用されていない[70]。

⑹　ゲマインデの権利

⑴　衡量原則

本判決には、計画高権、権利、請求権といった概念が用いられているが、その相互の関係などは明らかにされていない。この点の解明を試みたのは、Hoppe である。その特徴を見ておこう。

本判決では、① 客観法的な調整原則に請求権が対応しているとされ、また、② 境界を越える影響をもつ計画に対して周辺ゲマインデの側において権利が対立的に存在していることが、実体的な調整義務の違反を認めるための要件であるとされていた。Hoppe は、この２つの判示について、２条４項の定めがゲマインデ間に義務と請求権とを生じさせており、請求権が発生する前提として②が述べられていると、本判決を分析する。

このような構造に適合しそうなものとして、Wolff の法原則論を参照し[71]、除去訴訟・不作為訴訟の基礎となる公権が生じるための要件として、① 主観的な地位、② 違法な妨害、③ Reaktionsnorm が必要であることを述べ、これをゲマインデ間の訴訟に当てはめる。即ち、①主観的な地位は、基本法28条２項に位置づけられる周辺ゲマインデの計画高権である。②妨害は、ゲマインデの計画が境界を超えて不利益的な影響を及ぼすことにより起こる。違法性は、争われている計画の違法である。③Reaktionsnorm は、連邦建設法２条４項に位置づけられるとし、これらを論証していくというのが、Hoppe の議論である[72]。

①については「計画上の処分自由」があることをいう。なお、これは絶対的なものではなく、ゲマインデの計画は法的な限界のなかに組み込まれていること、衡量原則が法的な限界として中心的な意義を持つことを述べる[73]。②について、自治体間の衡量原則に違反することが違法な妨害であることを言うために、自治体間の衡量原則は、ゲマインデの地位を画する一方、建設管理計画の適法性の規準でもあると言い、更に、関係せられるゲマインデの計画法上レレヴァントな利益が問題になる場合にそれは限られるという[74]。これは、自治体間の衡量の瑕疵は周辺ゲマインデの計画高権を毀損すると

いう趣旨であろう。③については、建設管理計画の調整が好ましくない影響の防禦のみならず利益の積極的な促進を内容とすることから、連邦建設法２条４項は、除去、不作為だけでなく、作為に係る請求権を発生させ、また、訴訟法的な意味で確認可能な法律関係をも根拠づけることになるという[75]。負の影響を与えないことに対応して除去、不作為の請求権、利益の促進に対応して作為請求権を根拠づける Reaktionsnorm が存在すると言いたいのであろう。

Hoppe はこのように自説に沿って本判決で問題になった概念を用いて説明を試みるが、それぞれについて根拠を述べるものにはなっていない。③について言えば、連邦建設法２条４項には、如何なる場合に請求権が成立するための要件が特に定められているわけではない。地位毀損は当然の前提なのであろうが、周辺ゲマインデの利益が促進されなかったことが地位毀損に当たるのか、明らかではない。②によって、妨害者側の客観的な違法が被妨害者の地位毀損とされるのであろう。Hoppe は、計画法上レレヴァントな利益の場合に限るという留保をし、それを具体的に説明するために、衡量の瑕疵を取り上げる。建設管理計画の策定の際に衡量に引き入れられるべき公的な利益の範囲に含まれる限り、全面的に裁判による保護が認められることになろう。また、計画高権の裁判的な保護にとって問題となるのは①であるが、計画体系のなかに組み込まれていることは特に議論されていない。

Hoppe の議論の特徴は次の点にある。第一に、違法な侵害を受ける場合に与えられる最低限の裁判的な保護から検討するために「地位」に着目したことである。これは私人の公権の場合と同じである。そして、私人の場合と同じく「自由」と言いうる要素が計画高権に含まれていることから、Hoppe は上記のように議論を展開できたのであろう。第二に、計画体系のなかに組み込まれる点では私人の所有権とゲマインデの計画高権とが類似していることである。これは Hoppe の議論の出発点に見られる[76]。協働に係る参加・手続の権利性が確立した次の段階として、実体的な計画高権の裁判的な保護が何故に行われるかを説明するために、地位の議論を参照したものといえる。しかし、私人の権利が認められる場合の構造を形式的に用いている。そのため、Hoppe の議論を基礎として計画高権の裁判的な保護に関して理論的な検討が行われることはないまま、実務的な関心は②に向けられることになったと考えられる。

なお、Fingerhut は Hoppe の議論を参照してゲマインデの公権を論証しようとするが、「Freiheitsraum としての協働を指向する地位」が計画高権について問題となるという[77]。この指摘自体は適切であろう。尤も、Fingerhut は、Hoppe の議論が十分で

はないことを述べるのではなく、計画高権という地位の毀損は、計画策定の議決という最終的な段階で生じるのではなく、参加が違法に行われなかったことで生じることを述べるために、上記の指摘を行う[78]。Rupp は、義務との関係で、地位毀損から生ずる請求権と法律実現に係る権利とを区別し、前者では Schranken を超えるという意味で違法な場合に Reaktionsnorm により請求権が発生するが、後者ではまさに義務そのものが問題となるとする[79]。協働はともかく、法律において強行的に定められている手続で具体的なものについて権利が存するときに、地位毀損を論ずるのは適切ではない。

当時の議論を現在から振り返ってみると、本判決が連邦建設法２条４項を持ち出したこと、また、Hoppe がそれを Reaktionsnorm として機能すると分析したことには、時代的な制約があることに留意しなければならない[80]。理論的な検討よりは寧ろ実務的な関心から、Hoppe の議論にいう②、即ち、ゲマインデであれ私人であれ計画法上レレヴァントな利益は何であるか、衡量において如何に保護されるかを中心に、議論が集まってきたと言えよう。

(ii)　制度的保障

私人とゲマインデとの相違を Hoppe は敢えて捨象したのであろうが、それでは計画高権の裁判的な保護を論ずるに当たり十分でないのは、当然であろう。そこで、Fingerhut は、私人とゲマインデとの相違について別に議論を付け加えようとするが、Stern を参照して、制度的保障説が変更されたことを述べるに止まる[81]。

本稿の元々の枠組みからは超えるが、自治体間調整に関する比較的最近の図書において制度的保障説がどのように説明されているかを見ておく。

Hug は、制度的保障を理由とする権利否定論に対して反論する。第一に、国家に権利を認めることは無限定の支配を認めることになり得るという権利否定論に対しては、尊厳と自由を持つものとしての人間を顧慮し、全ての権力を基本権その他の憲法規定に拘束するという基本法の下では、国家と市民との関係を裸の権力関係として構成することは許されず、更に、裁判により審査され得るように国家の活動が法化されるべきことが説かれる。第二に、民事法における権利の有無の判断基準は容易に公法に持って行くことはできないという[82]。

このような Hug の見解はその通りであろうが、とはいえ、権利性否定の考え方に対する反論に止まり、解釈論により権利を積極的に導き出すものではないことである。現在のドイツにおいて、Stern の制度的保障の考え方（制度的な法主体保障、客観的な法制度保障、主観的な法的地位保障）が通説化しており、また、自治体憲法異議などによ

り、ゲマインデに裁判による保護は実定法上広く認められていることからすれば[83]、そのような議論が余り見付からないのは、仕方ないことである。

V. 終わりに

ゲマインデの建設管理計画が自治行政の任務に含まれることが連邦建設法により保障されたが、これは計画体系を前提として認められるものであり、国土整備・ラント計画との関係などにより制約を受ける。周辺ゲマインデの建設管理計画との調整義務が定められたが（２条４項)、クラッペンカンプ判決の頃までは、この調整義務及びその違反を巡るゲマインデ間の訴訟は殆ど考えられていなかったようである。この規定に関して、連邦行政裁判所は、周辺ゲマインデの計画高権に対して重大な程度で直接的な影響が存するときにゲマインデは調整しなければならず、更に、周辺ゲマインデに権利が対立的に存在しているときに調整義務違反になると解した。クラッペンカンプ判決により、調整義務違反を理由としてゲマインデが訴訟を提起することが認められることが明らかになったが、その判示には明確ではない点がある。計画高権の裁判的な保護を認めるべく、本判決を理論的な関心から説明するものがあったが、建設管理計画の調整の規準についてはともかく、ゲマインデに権利があることについて十分な説明が為されてきたとは言えない。そして、調整義務に関しては、一方では、その違反を周辺ゲマインデが争う訴訟に対して立法論的な批判はありうるものの、理論的な解明はなされていないままである。また、建設管理計画の調整について、大規模小売商の立地の調整に関心が集中している。

本稿はクラッペンカンプ判決の前後の連邦建設法２条４項、５項の調整義務に焦点を当てたため、計画法に関しても地方自治保障に関しても十分に取り組むことは出来ていない。今後の研究の課題として、次の３つを挙げておきたい。

第一は計画高権の裁判的な保護についてである。ゲマインデの権利を考えるに当たり、一方では私人と計画との関係のなかで私人の権利が認められる場合の構造を明らかにしながら、他方で、計画高権の裁判的な保護が計画の実現及び人権保障に照らして如何なる意義を持つかを明らかにすることが必要になろう。

第二は計画体系のなかで建設管理計画の調整に何が委ねられるべきかに関わる。調整義務に過剰な負担が強いられているように思われるが、ゲマインデにとって計画の自由度を保とうとすれば、調整義務以外の調整の手段は採用され難いのであろう。大規模小売商の立地を含めて、自治体間の利害が対立するような場合に、調整のための手段に如

何なる限界があるかを明らかにすることが必要になる。

第三に、第一・第二とは異なり過去に遡るものであるが、シュテルンの制度的保障説を含めて、1960年代においてドイツの地方自治論が如何なる背景から変化したかを明らかにすることである。連邦建設法や国土整備法の制定過程、1960年代までのドイツにおける自治体合併、国家監督制度（建設管理計画に関しては、監督庁による認可など）を取り上げていきたい。

＊　本研究は、2019年度関西大学学術研究員研究費によって行われた。

1)　計画高権の裁判的保護に関する日本語文献として、参照、宮田三郎「計画高権の侵害を理由とする市町村の訴権」『行政計画法』259頁以下（ぎょうせい、1984年）、安達和志「西ドイツ環境行政訴訟における市町村の出訴資格」神奈川大学法学研究所研究年報７号33頁以下（1986年）、中井勝巳「西ドイツにおける地方自治体の計画参加権の裁判的保障」立命館法学175号71頁以下（1984年）、薄井一成『分権時代の地方自治』206頁以下（有斐閣、2006年）、湊二郎「計画確定決定の取消訴訟における出訴資格と理由具備性(2・完)」立命館法学383号77頁以下（2019年）、同「計画確定決定に対する市町村の計画高権の保護」393・394合併号718頁以下（2021年）。大橋洋一「計画間調整の法理」『現代行政の行為形式論』251頁以下、特に307-9頁（弘文堂、1995年、初出1992～1993年）は、連邦建設法の定める調整義務及びその違反を巡るゲマインデ間の訴訟にも言及する。

2)　この訴訟で被告とされたのは、計画を認可した内務大臣と計画を策定したゲマインデであった。① 計画策定の議決の違法の確認、② 内務大臣による認可の無効の確認、③ 計画策定の議決を前提として土地利用計画を基礎として地区詳細計画を定める権利がないことの確認、④ 認可の取消が求められた。原審はこのうち③のみ適法としたが、請求を認めなかった。連邦行政裁判所は上告を認めて、破棄差戻をした。宮田・前掲（註1）267-8頁には本判決の事案及び判旨が紹介されている。

3)　① 本判決に理論的な関心を示した一人は Hoppe である（Ⅳ(6)(i)）。計画高権及びその裁判的な保護、建設管理計画の調整義務、ゲマインデの権利保護の項目において、Hoppe の建設法に関する体系書では、本稿で取り上げている Hoppe の論文は参照されていない。Hoppe/ Bönker/ Grotefels, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., 2010, S. 23 ff., 110 f., 493 f., 530 f. ② 計画高権に関してゲマインデが訴訟を提起することに関して立法論的な検討の必要性は理論的にはあり得る。建設管理計画の調整義務（現在は建設法典２条２項に定められている）に関して、その違反を理由にゲマインデが訴訟を提起することは相対的にみて多いが、成功するのは稀であるという指摘が見られる。Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg/ Krauzberger, BauGB, § 204 Rn. 18 [Runkel].

4)　加除式のコンメンタールについては、刊行年の分からないものがある。また、資

料の収集を網羅的に行うことは残念ながら出来ていない。

5） Ernst Pappermann, Das zwischengemeindliche Nachbarrecht - BVerwGE 40, 323, JuS 1973, 689, 690 f.

6） Vgl. Erhard Mäding, Administrative Zusammenarbeit kommunaler Gebietskörperschaften, Afk 8 (1969), S. 5. 連邦建設法において全てのゲマインデに計画高権が認められたが（２条１項）、特に小規模なゲマインデが計画策定に向けて積極的ではないことに関して批判的な見解が見られた。註60を参照されたい。

7） Pappermann, a. a. O. (Anm. 5), S. 691. Pappermann はこの判例評釈において、自治行政の動態的・機能的な理解という表現を１箇所、自治行政（保障）の機能的な理解という表現を２箇所で用い、動態的・機能的な理解という表現では、機能的はイタリックで書かれている。両者がどのように使い分けられているかは、判然としない。動態的な理解というのは静態的な理解との対比でしか用いられておらず、自治行政保障の中身は、ゲマインデの機能に応じて協働・参加が認められなければならないという意味で、機能的に理解されるというのが、Pappermann の考えであろう。

8） 地方自治の動態的・機能的な保障が計画法に現れていることに関して、日本語文献として、参照、成田頼明「国土整備と地方自治」『土地政策と法』31頁以下（弘文堂、1989年、初出：1969年）。

9） Pappermann, a. a. O. (Anm. 5), S. 691.

10） Werner Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in : Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl, 1967, S. 123, 130, 133 f., 137 f. Weber の見解を紹介する日本語文献として、参照、大橋・前掲（註1）278-9頁。

11） Andreas Hamann, Die Selbstverwaltung der Gemeinden und das Bundesbaugesetz, 1967, S. 50-2.

12） 例えば、建設管理計画の策定権限は基本法28条２項１文で保障される「地域的な共同体の事務（Angelegenheit）」に当たるか、また、それをゲマインデから奪って他の行政主体に移譲することが自治行政保障の中核内容を害することになるか、議論されてきた。全般的にこれを否定するものや、建設管理計画のうち準備的なものである土地利用計画について否定するものが存在する。連邦建設法２条１項の改正によりゲマインデに計画高権を認めないことは憲法上許容されるということを前提に、ゲマインデの計画を計画体系に組み込むに当たり用いられ得る協働・参加の可能性の範囲を拡張するための作業を理論的に試みたのが、Weber の弟子の Schmidt-Aßmann である（Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 125 ff. ; ders. Gesetztliche Maßnahmen zur Regelung einer praktikablen Stadtentwicklungsplanung, in : Raumplanung - Entwicklungsplanung, Forschungsberichte des Ausschusses “Recht und Verwaltung” der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, 1972, S. 101, 140 ff.）。後者の論文では、広域的な側面が支配的であることから、土地利用計画における建築用地の表示、広域的な交通のための用地の表示、廃棄物処理の用地の表示の権限を広域的

な計画に割り当てることができるように土地利用計画のタイプを変更することが説かれている（S. 146）。尤も、1975年の論文では、一般法として連邦建設法2条1項を改正するという議論に関して、自治体の領域改革が進んだことから、小規模自治体の多くに行政能力が欠けているという点では支えられず、一般法として土地利用計画の権限を移譲することは必要ではなく、都市・郊外の間の調整に関して特則が必要であるという（ders., Der Ausbau der Kreisplanung in Stufen, DVBl. 1975, 4, 9）。これは立法政策的な判断であり、基本法上の自治行政保障に関して自説を改めるものではない。自説への批判に対して、土地利用計画では広域的な連関が多様であることが「地域的な共同体の事務」の解釈に際して十分に考慮されていないことを指摘している（S. 9 Anm. 36）。この時代より後の著作であるが、地方自治法に関する体系書の記述に沿っていえば、地区詳細計画に関しては、その個々の指定される内容によっては自治行政保障の中核内容を害するか否かが問題となる一方、土地利用計画に関しては、「地域的な共同体の事務」に抑も当たらないと解されているようである（vgl. ders., Kommunalrecht, in : ders. (hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, Rn. 15, 21）。

13）　Reinhard Fingerhut, Die planungsrechtliche Gemeindenachbarklage (§ 2 Abs. 4 u. 5 BBauG), 1976, S. 19–21.

14）　Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 7 f.

15）　Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 I 3 b [Grauvogel] ; Schmidt–Aßmann, a. a. O. (Anm. 12), Grundfragen des Städtebaurechts, S. 128 u. Anm 59.　なお、Schmidt–Aßmann は、政府草案の立法理由における表現に着目して（BT–Drs. 3/336, S. 60, 62）、あらゆるゲマインデに計画高権が認められていることについて、立法者においては確認的というよりは創設的な規定であると考えられていたと説く。

16）　Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 10 f.

17）　Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 62 f. なお、ラント計画と自治行政保障との関係から、ラント計画に課される限界が議論されている。ゲマインデ区域における自己責任的な計画の余地がゲマインデに残されなければならないことから、ラント計画は parzellenscharf であってはならないと説かれている（Philipp Nau, Staatliche Raumordnung und gemeindliche Selbstverwaltung, DÖV 1962, 533, 535）。なお、どのような場合がそれに当たるかに関して、ラント計画の縮尺を巡る議論がある（vgl. Walter Bielenberg, Ist das nordrhein–westfälische Landesplanungsgesetz nichtig?, DVBl. 1960, 84, 89）。

18）　Kohlhammer Kommentar BBauG, § 1 IV 3 b aa [Grauvogel].　温泉保養地において営利交通事業者の営む週末住宅を認めないことを国土整備・ラント計画の目標として定める場合を挙げている。

19）　拙稿「国土整備法及び都市建設法における自治体間調整・覚書」野呂充ほか（編）『現代行政とネットワーク理論』121頁（法律文化社、2019年）。

20）　Fingerhut は前者の見解を説くものとして Heitzer・Oestreicher のコンメンタールを挙げる（Heitzer/ Oestreicher, Bundesbaugesetz, 4. Aufl., 1970, 5. Aufl.,

1973, § 2 Anm. 4)。そこには、２条４項は「最終的にはラント計画に資する」と述べられているだけである。調整の結果はラント計画に定められなければ実効的なものではないという趣旨であろうか。

21） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 7 f. ; Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, Bundesbaugesetz, § 2 Rn. 20 [Bielenberg] ; Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 2 [Grauvogel].

22） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 8.

23） 拙稿・前掲（註19）127頁では「隣接するゲマインデ」と表現したが、隣接のゲマインデ以外にも計画の影響が及ぶ場合があり、その場合には調整義務の対象となる。「隣接」は適切な訳語ではないので、本稿では「周辺ゲマインデ」と訳している。

24） ① Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 12), Grundfragen des Städtebaurechts, S. 126 Anm. 46. そこでは Pilgrim の博士論文（1970年）が引用され、計画連合体の設置数として、４条２項に基づく計画連合体29と、ラント法に基づく目的連合（Zweckverband）として設けられている計画連合体50という数字が記されている。② このことは現在でも当てはまる。現・203条～205条は実際には殆ど使われていない。Spannowsky/ Uechtlitz, BauGB, 2. Aufl. 2014, § 204 Rn. 3 f. [Hornmann]。なお、そこでは、ゲマインデ合併、ラント計画の一種である Regionalplanung も理由として挙げられている。前者は都市建設に関して行財政能力の乏しいものがなくなったという趣旨である。他方、後者からは、ラント計画と建設管理計画に関するゲマインデ間の調整とは代替的なものであり得ることが分かる。

25） Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 19 ff.

26） Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 25.

27） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 1 b [Grauvogel].

28） Friedlich Halstenberg, Kommunale Planungsgemeinschaften als Träger der Regionalplanung, Der Städtetag, 1960, 625, 625 ff.

29） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 3 b [Grauvogel].

30） Grauvogel が自説と同旨として挙げるのは Zinkahn の論文であり、反対説として挙げるのは、von Hausen と von der Heide のコンメンタールの２条４項の説明である。Zinkahn, Die Schranken der gemeindlichen Planungshoheit, Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1963, 6, 7 も、von Hausen/ von der Heide, Kommentar zum Bundesbaugesetz も、入手できていない。

31） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 2 [Grauvogel].

32） Friedlich Halstenberg, Die Planung und ihre Sicherung, DÖV 1961, 566, 567.

33） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 2 [Grauvogel].

34） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 2 [Grauvogel].

35） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 3 a [Grauvogel].

36） Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 57 f. u. 59 f.

37） Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BBauG, § 2 Rn. 23 [Bielenberg].

38） Schrödter, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 2 Rn. 3.

39）拙稿・前掲（註19）127頁。

40）①本文で紹介したGrauvogelの2条4項の説明のなかには含まれていない。Knaup/ Ingestauのコンメンタール、Heitzer/ Oestreicherのコンメンタールの2条4項の説明には、訴訟についても監督庁の措置についても記述がない（Knaup/ Ingestau, Bundesbaugesetz mit Kommentar, 4. Aufl., 1969, § 2 Rn. 9; Heitzer/ Oestreicher, Bundesbaugesetz, 1. Aufl., 1960, § 2 Anm. 4; 4. Aufl., 1970, § 2 Anm. 4; Heitzer/ Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, 5. Aufl., 1973, § 2 Anm. 4)。他方で、言及するものもないわけではない。例えばSchrödterは、違反の効果に関連して、周辺ゲマインデが裁判を提起することについて触れるが、憲法異議（連邦憲法裁判所法90条）と抽象的規範統制（行政裁判所法47条）が挙げられており、周辺ゲマインデにとって裁判により何が保護されるか、明らかにはされていない。また、監督庁の認可に関わるもののほか、ゲマインデ間調整を迂回すべく個別的に建築計画が34条、35条により許可される場合に、周辺ゲマインデの利益は公益として建築計画に対立することを根拠として建設許可の取消訴訟が認められることも述べている（Schrödter, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 2 Rn. 3. Rn. 3)。Meyer/ Stich/ Tittelのコンメンタールは、「2条4項との結びつきにおけるゲマインデの計画高権から、その計画（Planung）を考慮するよう求めるゲマインデの権利が導き出れる」といい、更に、接続法での記述であるが、「この権利を毀損する計画認可を争う原告適格、このようにして、ゲマインデ間の隣人訴訟（zwischengemeindliche Nachbarklage）」はそれに由来することになろうという（Meyer/ Stich/ Tittel, Bundesbaurecht, 1966, § 2 Rn. 7)。また、Zinkahn/ Bielenberg, BBauG, § 2 Rn. 21は、2条4項は監督庁の権限を根拠づけるだけでなく、建設管理計画を策定したゲマインデに対する周辺ゲマインデの訴訟可能な請求権をも根拠づけるという。クラッベンカンプ判決が出た後の版では、この記述そのものに変わりはないが、欄外番号21における記述は旧版の後に登場した裁判例を踏まえて変わっている。なお、旧版では、調整を拒むことを行政行為と捉えて、その取消を求め得ることを述べる一方、調整そのものは行政行為ではないとしながら、公法上の義務付け訴訟によりその着手を求めることもできると記されていたが、この記述は全て削除されている。②なお、政府草案の立法理由においても、この規定違反についてゲマインデが裁判に訴えることについて記述はない。BT-Drs. 3/336, S. 62.

41）Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 V 4 a [Grauvogel].

42）Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BBauG, § 2 Rn. 25 [Bielenberg].

43）Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BBauG, § 2 Rn. 24 [Bielenberg].

44）Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 V 4 b [Grauvogel].

45）①大橋は、広域的な計画及び部門計画との関係において、計画間調整について殆ど重要な役割を果たしていないという。その理由として、本文で紹介したように、異議を述べれば土地利用計画の拘束力を免れることを挙げている。大橋・前掲（註1）288頁。②現行法では、7条1文による拘束について、3文～6文において、

事情が変更した場合に事後的にこの拘束を受けなくなることが定められている。

46） なお、註36に関わるが、Hamann はこのことに着目して、soll 規定違反と muss 規定違反の効果の違いを説いていた。Hamann, a. a. O. (Anm. 11), S. 58.

47） Schrödter, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 2 Rn. 4.

48） Kohlhammer Kommentar BBauG, § 2 IV 1 b [Grauvogel].

49） Vgl. Pappermann, a. a. O. (Anm. 5), S. 695 ; Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 8.

50） Werner Hoppe, Zwischengemeindliche planungsrechtliche Gemeindenachbarklagen, FS für Wolff, 1973, S. 307, 319.

51） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 319 ff.　なお、Fingerhut はこれを参照しながら、より細やかな類型化を行う。Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 55 ff.

52） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 57.　なお、⑥は衡量瑕疵として位置づけるかどうかは別として、自治体間調整に限られるものではないように思われる。

53） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 68.

54） なお、連邦行政裁判所は1969年２月14日に連邦鉄道法36条に基づく計画確定手続と計画高権との関係についても判決を下している（BVerwGE 31, 263）。

55） Pappermann, a. a. O. (Anm. 5), S. 695.

56） これらの２つは連邦建設法の定める調整義務に関わるものではない。なお、本判決は、判例のほか、学説として Meyer/ Stich/ Tittel, Bundesbaurecht, § 2 BBauG Rn. 7 を挙げる。このコンメンタールの記述について註40を参照されたい。

57） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 5), S. 15 Fn 29.

58） 計画高権への「重大な程度で直接的な影響」と調整義務との関係は、本判決では明らかにされていない。本判決では、建設管理計画の策定に向けた活動が行われていない場合にも調整義務が存在することを認めるために持ち出されたに過ぎないからである。この概念に関して最近の図書では次のことが論じられている（Christian Hug, Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht, 2008）。以下は Hug の見解を紹介するものである。① この概念は、計画高権が保護に値する場合、即ち都市建設上の関連を持つ利益であることを示すために用いられている（S. 40 f.）。② 他方で、些細ではないものであれば、衡量に引き入れられる。そのため、周辺ゲマインデの都市建設上の利益に関して、衡量の瑕疵が認められるための要件と調整義務違反が認められるための要件との関係が問題となる（S. 52）。③ Hug は両者に違いを認める理由を検討したうえで、両者の質的な違いを否定する。周辺ゲマインデに「大きな影響」の場合には、それに対応した重み付けを行うことになり、計画するゲマインデの側に比較的大きな利益があるときにしか、周辺ゲマインデの利益は後退させられないことになるに過ぎないからである（S. 83）。④ なお、Hug は、調整義務違反が認められるための要件が厳しくされるという考え方にはゲマインデ間の訴訟を抑えるという政策的な観点が入っていることを示唆するが、解釈論としてはそれに対して否定的な態度を示している（S. 67）。

59） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 14

60） 日本語文献として、参照、白藤博行「ゲマインデの原告適格と自己形成権」札幌

学院法学8巻2号67頁以下（1992年）。② 建設管理計画を適時に策定しないゲマインデがあるのではないかという懐疑的な見解が、特に連邦建設法の制定から間もない時期にはそれなりに強かったようである。Schmidt-Aßmann は、計画権限を事物適合的に実現できる状況にないゲマインデの例は多数あるという（Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 12), Grundfragen des Städtebaurechts, S. 125）。Schrödter は、その原因として、専門能力の欠如のほか、所有権に対する強い侵害を避けようとすることを挙げる。また、幾つかの裁判例から、ゲマインデ区域の秩序ある発展に対するゲマインデの構想は、しばしば地域的な与件とは十分に一致していないばかりか、事物適合的な計画という原則に矛盾していること、また、農村部のゲマインデは、外部地域における入植（Besiedlung）を認めるためにアドホックに計画を策定しがちであることを指摘する（Schrödter, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 2 Rn. 1）。③ 専門能力の欠如を補うために、ゲマインデから申請のあった建設管理計画の策定に関する作業を義務的に引き受ける機関をラント政府は設けることができる（連邦建設法2条3項1文）。Thieme によると、小規模なゲマインデのほぼ全てがこれに頼っていたようである。なお、これに関して、Thieme は、実際にはゲマインデの計画高権の空洞化に至るという評価を下している（Werner Thieme, Selbstverwaltungsgarantie und Gemeindegröße, DVBl. 1966, 325, 327 Anm. 22）。④ Wagener は、計画空間と行政空間との関係を論ずるなかで、小規模なゲマインデにおける計画策定に関して、計画連合体を巡る長期の交渉を挙げている（Frido Wagener, Von der Raumplanung zur Entwicklungsplanung, DVBl. 1970, 93, 95）。

61） クラッベンカンプ地区は被告側のゲマインデの中心部とは数キロメーロルほど離れている一方、対岸では既に宅地化がなされており、原告側のゲマインデに負担が生じるであろうことが、紛争の一因であった。

62） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 24.

63） Vgl. Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 24.

64） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 314.

65） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 52.

66） 大橋も、どちらの計画が先に策定されたかという点を重視するのでは適切な解決をもたらさないことを述べる。大橋・前掲（註1）308頁。

67） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 54.

68） Pappermann, a. a. O. (Anm. 5), S. 696.

69） Weber, a. a. O. (Anm. 10), S. 137 f.　但し、Weber のこの論文はまだ連邦法として国土整備法が制定されていない時期に執筆されたものである。また、国土整備法が1965年に制定された時点においても、ラント計画法を制定していないラントが複数あった。Kohlhanmmer Kommentar Bundesbaugesetz, Einl. C I 4a [Brügelmann].

70） 国土整備計画における指定はゲマインデに権利を与えるものではないことが判例法理として確立している。なお、建設法典2004年改正による2条2項への第2文の追加はそれを部分的に修正するものであるが、賛否が分かれている。参照、拙稿・前掲（註19）127-8頁。

71） Hoppe が316頁註35で挙げるのは、Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle, Gedächtnissschrift für W. Jellinek, 1955, S. 33–52 と Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, 8. Aufl., 1969, S. 118 ff. である。他方、Hoppe の1970年の図書では、地位論について Wolff と並んで Rupp が参照されている。Hoppe, Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, S. 136 f.

72） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 316–7.

73） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 317.

74） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 319.

75） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 321 f.

76） Hoppe, a. a. O. (Anm. 50), S. 314 f. u. 321.

77） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 94.

78） Fingerhut は、地位毀損から除去請求権が成立するという Rupp の議論を参照しながらも、地位毀損から不作為請求権は生じないという Rupp の考え方を否定して、不作為訴訟を認める判例を説明（正当化）するために、地位をこのように捉えたのであろう。Fingerhut が無視したのは、Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 164 f. である。

79） Rupp, a. a. O. (Anm. 78), S. 264 f.

80） 衡量原則がそれに関係せられる者にとって権利を根拠づける規範でもあるということは本判決の時点では未だ確立していなかったこと、今日であれば２条４項がなくても衡量原則の憲法適合的な解釈から権利保護が容易に出てくることが指摘されている。Hug, a. a. O. (Anm. 58), S. 35 f. u. 88.

81） Fingerhut, a. a. O. (Anm. 13), S. 99–100. 99頁註152では、Stern, Bonner Kommentar, Art 28 Rn. 176 が挙げられている。

82） Hug, a. a. O. (Anm. 58), S. 147 f. u. 151.

83） Stern は、主観的な法的地位保障に関して、連邦憲法裁判所法91条はこれを明確化するに過ぎず、これに関する疑問を解消したという。Stern, Bonner Kommentar, Art 28 Rn. 175. 自治体憲法異議に関する日本語文献として、斎藤孝「自治体の憲法異議」畑尻剛・工藤達朗（編）『ドイツの憲法裁判〔第２版〕』364頁以下（中央大学出版部、2013年）、中嶋直木「ドイツにおける地方自治体憲法異議の制定過程」早稲田法学93巻３号127頁以下（2018年）。