



Title	『複数当事者の行政行為』(2) : 行政過程論の試み
Author(s)	遠藤, 博也
Citation	北大法学論集, 20(2), 1-21
Issue Date	1969-09
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/27878">http://hdl.handle.net/2115/27878</a>
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	20(2)_P1-21.pdf



[Instructions for use](#)

論  
說

# 『複数当事者の行政行為』

(2)

——行政過程論の試み——

遠藤博也

(目次)

第一章 問題の提起

第二章 問題の現状

【一】概説

【二】本訴訟の形式

【三】暫定的権利救済方法(途中まで前号)

【四】職権取消論

第三章 問題の検討

【一】体系的思考と問題的思考(以上本号)

【二】法学的方法と法規概念

【三】行政過程論の有用性

【四】行政過程における権利救済

第四章 残された問題(結語に代えて)

複数当事者の行政行為 (2)

## 【三】暫定的権利救済方法

## 一 (前号)

二 複数当事者の行政行為についても暫定的な権利救済が与えられるべきであることについては人の意見は一致している。問題は、それを如何なる方法によって達成すべきか、の点について生ずる。行政裁判所法の八〇条によるべきか、一二三条によるべきかについて、人の見解が分かれているのである。

複数当事者の行政行為に関する暫定的権利救済方法をめぐる問題の特殊性は、行政庁の行為は許可等の付与によって尽きており、通常の行政行為の場合の執行に相当するものがあげて受益者のもとにあり、その任意の利用に委ねられている点にある。その結果、もともと必ずしも明瞭ではない、行政裁判所法八〇条ならびに一二三条の適用範囲や、両条相互の関係がなお一層不明確となっているために議論にも決め手を欠き、錯綜の度を加えているのである。極く一般的な考え方によれば、八〇条と一二三条との関係を、特別法と一般法との関係として把握<sup>(1)</sup>、特別法の適用ある場合すなわち取消訴訟の場合には争訟提起に基づく停止効によるものとし、その適用ない場合にのみ、すなわち主として義務付訴訟その他の公法上の訴訟の場合について仮命令によるものとしている。いいかえれば、八〇条による停止効は行政行為に基づく規制の存在を前提とするのに対して、一二三条はその他一般の場合を対象とするものであって、本案たる訴訟形式の如何によって暫定的権利救済の方法も確定し、両条の適用範囲が重なることはないとするわけである。しかしながら、結論の大筋が以上のようなものであっても、それに至る個々の論点に関する見解はまことに種々雑多なものであり、それは、それぞれの論点に関する諸利益の評価の相違によるばかりか、全体として、建築主等の受益者の利益を重んずるか、隣人等不利益を受ける者の利益を重んずるか、利益衡量の相違に由来するところが極めて大きいのである。のみならず、実際の見地より、議論の混乱をさげ簡便な処理を求めて、本案たる訴訟形式

の如何を問わず、単一の暫定的権利救済方法をとるべきであるとする主張も近時みられるにいたった。以下、代表的な見解をめぐる議論の概略を眺めることにしよう。

- (1) これが通説である。 dazu vgl. Laubinger, a.a.O. S. 131; Siegmund-Schultze, DVBl. 63, 745ff. (749 ff.) ; a.M. Heintze, a.a.O. (II)
- (2) z.B. Wieseler, a.a.O. S. 175 など。 一二三条五項参照。

三 まず、複数当事者の行政行為に対する暫定的権利救済方法として上記の八〇条によるべきであるとする見解をとりあげよう。八〇条による停止効が、私人による許可等の利用に対しても働きうるとする見解であり、八〇条にいう「執行」がこのような行為を直接あるいは間接に含んでいるとする考えである。このなかにも種々の考え方があ

る。

(一) 有効性停止説 争訟提起によって行政行為の法的有効性 (Rechtswirksamkeit) そのものが暫定的に停止される結果、許可等の受益者も許可等を利用することができなくなる、例えば、許可を受けた建築物の建築工事の開始・続行、認可事業の開始・継続などができなくなるという見解である。その根拠として、基本法一九条四項の保障する権利保護の実効性を持ち出すシーグムント・シュルツェ<sup>(1)</sup>の見解が有名であるが、なお、形成的行政行為と確認的行政行為にあってはその執行を自己自身のうちに持っているため、執行と有効性とは同一である結果、執行の停止は同時に行為の有効性をも停止するという見解もある<sup>(2)</sup>。この有効性停止説は、いわば争訟提起による行政行為の暫定的無効説<sup>(3)</sup>ともいえる見解であって、停止効が全ての関係者に対して働くため、隣人等の争訟提起者の利益には最も良く応えるものである反面、受益者側の利益は考慮されない結果となる。したがって、これに対する批判は、種々の

説  
側面からなされている。

論

(1) その一つは、八〇条の条文の文理解釈・成立史的解釈ならびに他の関係法令との比較解釈より、同条の停止効が専ら行政行為の執行 (Vollziehung) を対象とするものであって、その有効性 (Wirksamkeit) を対象とするものではないとする批判である。例えば、同条には、即時執行 (二項四号)、執行を停止する (四項)、執行の除去 (五項三号) などの用語が用いられている。これらを普通に読めば行政行為の執行の停止を指すことは当然であるとするわけである。多数説がこれ採っている<sup>(4)</sup>。

(2) つぎに争訟の機能より出発して、停止効は、行政行為の有効性とは無関係であり、たんにその執行性 (Vollziehbarkeit) を停止することによって、暫定的権利救済制度としての停止効の目的にとつては必要かつ十分であるとする見解がある。連邦行政裁判所は<sup>(5)</sup>およそ次のような考えを展開している。

「行政行為の有効性には、外部的有効性と、内部的有効性すなわち行為の本身である規律内容の効果とが区別される。前者は通知の時より効果を発するが後者の発生時期は別である。内部的有効性である行政行為の形成効は、行政行為が争われているか否かに関わりなく生ずる。それ自体は争訟によって影響を受けない。かくして、停止効は行政行為の有効性の発生には無関係であり、たんにその執行性に関するだけである。そのいみで停止効は確定阻止効果 (rechtskräfthemmende Wirkung) をもつ。すなわち、暫定的権利救済手続として、行政庁での手続であれ行政裁判所における手続であれ、その審査の目的が、まだ法的に確定していない行政行為の執行により既成事実 (vollzogene Tatsache) が作られることによって無意味となり、行政裁判上の保護が大半に奪われることになるのを妨げる。あるいは、争訟の結果不明であるが、不確定状態の継続を考慮し、法律上・事実上の重大な損害の発生を防ぐのである。このためには、行政行為の法効果ないしは付随的效果を特定の行為によって具体化すること、すなわち行政

行為の広義の執行を停止することによって充分である」<sup>(6)</sup>

(3) 第三に、より概念論理的見地から、単なる争訟提起によって行政行為を暫定的に無効とすることは、行政行為が処分時より有効となるという原則 (Wirksamkeitsprinzip) に反するというものがある。ウィーゼラーなどの主張するところである。彼は次のようにいう。

「これ(執行停止説……訳注)は、行政行為が私人への通知によって直ちに有効となるというわが法体系と合致する。この原理は、行政行為の性格ならびに公行政主体に必要な機能性(Funktionsfähigkeit)から導き出される。公の福祉のために法治国家における社会秩序を保障する任務のために、行政行為は、優越的公益の要求するときには公行政主体の介入即応の道具(einsatzbereites Instrument)とならねばならない」「停止効が有効性の停止にあるとすると、停止効は重大かつ明白な瑕疵ある処分の効果と同じことになる。これは適法な行政行為の取消と同じことになる。適法な行政行為も瑕疵ある行政行為も、暫定的にもせよ無効の行政行為と取扱うことは行政手続法体系と矛盾する。けだし、無効でないすべての行政行為の実効性は、その違法の認定ならびに有効性除去の権限を公権力主体ないし裁判所に留保することだからである。したがって、単なる争訟提起によって行政行為より有効性を奪うことは、行政行為の法的性格ならびに介入即応行政の要請のみならず、法を適用すべき公権力主体の認定独占権(Subsumtionsmonopol)とも矛盾する。私人が単なる争訟提起の事実によって既存の行政行為の法的存在を奪うことができるかすれば、それは国家権威の空洞化の始まりである。具体的な高権行為の完全な無視まであとほんの一步である」

(4) 最後に、右のウィーゼラー<sup>(8)</sup>は、有効性の停止であれば、訴訟係属中の行政行為の取消撤回(行政裁判所法一一三一条一項四号)や即時執行の命令(八〇条二項四号)に関する規定は無意味であり、また、八〇条四項一号の執行の停

説 止のほか、有効性の停止の規定が必要であらうとしている。

論

- (1) Siegmund-Schultze, a.a.O.; Schäfer, DVBl. 62, 847
- (2) Laubinger, a.a.O. S. 125
- (3) Laubinger, a.a.O.
- (4) 本註釋に引くべし。vgl. Wieseler, a.a.O. S. 83ff. ; dagegen Siegmund-Schultze, a.a.O. S. 748f.
- (5) BVerwG., U.v. 21.6.1961 E13,1=NJW 62,602; dazu vgl. Laubinger, a.a.O. S.97Anm.6, S.102Anm.5, S.103Anm.10
- (6) 上の見解は、Schrocker (a.a.O. S.124) の展開したものであろうが、同様の考えは次のものにもみられる。Heintze, a.a.O. II. 2.; Arndt, a.a.O. S.13; H. Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozess, 1967, S.197.
- (7) Wieseler a.a.O. S.143ff.; Arndt, a.a.O. S.11ff.
- (8) Wieseler, a.a.O. S.146ff.

(二) 最広義の執行概念を前提とする執行停止説 停止効によって行政行為の執行が停止されるとしても、そこ  
でいう「執行」にはさらに種々の意味がありうる。最も狭い意味では、行政庁の手による強制執行が意味される。これ  
は専ら命令的行政行為を対象とする。したがって、形成的行政行為についても適用されることとなった停止効（八〇  
条一項二号）にとっては狭すぎる概念である。ときに、より広い意味では、行政行為の法効果を具体化する行政庁の  
すべての行為が意味される。最後に、最も広い意味では、私人の任意の利用をも含めて何人の手によるかを問わず、  
行政行為の具体化に役立つすべての行為を意味する。この最後の見解により、第三者による争訟提起によって、相手  
方受益者による行政行為の利用が妨げられるとする考えである。<sup>(1)</sup>この最広義の執行概念をとる者は多くない。これに  
対しては、二つの理由から反対が述べられている。

(1) 停止効は争訟の提起に結びつけられている。ところで、争訟の提起は権利利益の侵害という不利益 (Beschwer) を前提とするものであるから、停止効が授益の効果に及ぶはずはない。ところが、複数当事者の行政行為にあっては授益の効果は負担の効果と同一であるゆえに、結局停止効は全面的に排除されるとする見解がある<sup>(2)</sup>。これに対しては、授益と負担とが不可分の関係にあるという論理を逆に用いて、全面的に停止効が生ずるとする見解や受益者の利用は負担者に対する関係では執行であるとする見解がある<sup>(3)</sup>。

(2) 争訟手続への参加が受益者には保障されていない以上、争訟提起の効果である停止効が受益者に及ぶはずがないとする見解がある。フロムなどの強<sup>(4)</sup>く主張するところである。フロムはおよそ次のようにいう。「許可を得れば直ちにこれを利用できると法規が定めてある以上、争訟提起によってこの行為が違法となり処罰の対象となるというわけがない。また、停止効が当然に受益者をも把えるものとすれば、同様に負担者の提起した訴えに關する最終的判断によってもまた自動的に把握されるはずである。受益者の手続への参加も宜言的效果しかないはずである。ところが、実定法ならびに通説はこれとは逆で、参加のあった判決だけが受益者に対して法形成効をもつ、すなわち形成的効果があるものとしている」なお、これに対しては、隣人訴訟を取消訴訟として承認した以上は、その停止効も当然に同時に肯定したはずであるとの見解や停止効の効果は絶対であり当然に第三者に及ぶとする見解などがある<sup>(5)</sup>。

なお、八〇条の場合には一二三条の場合と異なり民訴九四五条の損害賠償の規定が準用されていないことが、フロムなどにあっても停止効否定の理由の一つとされているのであるが、それでもよいとする者<sup>(6)</sup>、明文の規定の有無・本案の訴訟形式の如何を問わず、民訴九四五条の適用があるとする者<sup>(7)</sup>などがある。

(一) Heintze, a.a.O. II 2.; Quarisch, VerwArch. 1960, 210ff.; Arndt, a.a.O. S.15f.  
(二) De Clerck, NJW 61, 2234; K.Meyer, NJW 64, 710f.



説

論

- (6) Arndt, a.a.O. S.19.
- (7) W. Rüfner, DVBl. 67, 186; Siegmund-Schultze, a.a.O.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 11. 1965, DVBl. 66, 275ff.
- (8) G. Fromm, VerwArch. 1965, 26ff. (50ff.); Wieseler, a.a.O. S. 231ff.
- (9) Heintze, a.a.O.; Arndt, a.a.O.
- (10) G. Lamberg, NJW 64, 711 彼は 68(1)2・71VwGOを援用する。なお、ウイザーは複数当事者の行政行為に停止効がない理由の一つとして八〇条六項の規定をあげている (Wieseler, a.a.O. S. 240)。しかし、同項二号の即時の不可争性は行政庁に対してのみであり、停止の決定により権利を侵害された受益者は当然に抗告をなす(一四六条一項参照)との見解がある。° vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 4. 1967, DVBl. 68, 47.
- (11) Laubinger, a.a.O. S. 127f.
- (12) Sellmann, NJW 64, 1545 (1548)

(三) 広義の執行概念を前提とする執行停止説 執行の概念は直接には行政行為の内容を具体化する行政庁の全ての行為を指し、私人の行為は含まないというのが多数説である。<sup>(1)</sup> それでは、私人による許可等の使用を妨げることができなくなることになるが、利用の阻止を如何なる方法で認めるべきかについてはさらに見解が分かれる。一般に行政庁は停止効の結果として、自らこれに反する行為をしないだけでなく、積極的に停止効が通用するように注意監視する義務があること自体は承認されているのであるが、この義務の性質をいかなるものとして把握するか、<sup>(2)</sup> それが法律上の義務であるとして、義務違反に対して如何なる法的手段をとるべきかについて、意見が分かれているわけである。これは、私人に対して直接に停止効が及ぶ場合にも、これを無視するとき、負担者の側に如何なる手段があるかの問題とも関連するから、便宜次にそのような問題として取扱うことにしよう。

(一) dazu vgl. Laubinger a.a.O. S. 125

(2) z.B. Hauelsen, NJW 64, 2037 (2041)

(3) 例え<sup>(4)</sup> Lamberg, NJW 63, 2154 (2155) のように行政庁の義務裁量として把える見解もある。これに対しては、フロムの批判がある。vgl. Fromm, VerwArch, 1965, 26 (52)

(四) 直接又は間接(すなわち行政庁の注意監視義務を通じて)に停止効の効果が受益者たる私人に及ぶ場合につき、停止効の無視あるときにこれによって不利益をこうむる争訟提起者(隣人等)には、如何なる法的手段があるのか、なすすべもなく傍観しなければならぬのが最後に問題である。

この場合について対処しうる方法にも、大きく分けて、一二三条による見解と八〇条特に八〇条五項による見解とがある。前者については、後に述べることとし、後者をめぐる議論には次のようなものがある。

(1) 一つの典型的な考えは、停止効を無視して既に許可等の利用がなされている場合、例えば、隣人による争訟提起にも拘らず、建築工事が進められたような場合には、八〇条五項三号により執行の除去(Aufhebung)を命ずる、<sup>(1)</sup> という見解である。すなわち、工事等の中止を命ずるとともに、可能なるときに原状回復を命ずるわけである。

(2) 右の見解は、執行の除去が可能であることを前提とするから、既に事実状態が完結しているなど執行の除去が事実上に不能であるときには、最早、暫定的権利救済は問題とならず、結果除去請求ないし損害賠償請求の問題となるのは当然である。<sup>(2)</sup> これに対しては、許可等の利用後は当然に、これを暫定的に阻止すべき権利保護の利益を欠くとする見解<sup>(3)</sup>。逆に、既執行の行政行為がなお、執行をこえる法効果をもつ場合には、本案訴訟手続において結果除去請求権を取消訴訟に併合しうる(一一三条一項二号)のと同様に、暫定的権利救済手続においても有効性阻止と結果除去とを併合しうるとするジ・グムント・シュルチュの見解<sup>(4)</sup>などがある。

(3) 八〇条五項三号の適用に関しては、なお、八〇条五項一号を前提として始めて三号の適用が可能であるか否か<sup>(5)</sup>に

説

ついで見解が分かれる。一号を前提とするとなると、同号は二項の場合を前提とするものであるから、普通は同条二項四号の即時執行の命令が発せられた場合に限定されることとなり、実際上にその適用がなくなることとなる。さらに、執行除去の命令もあくまで命令であり、さらにこの命令の執行を要することとなるが、この命令が執行名義たりえないとする者も、やはり、後述の二二三条によるべきこととする見解をとる結果となる。

(4) 利用後、結果除去請求権 (Folgebeseitigungsanspruch) によって対処する場合について、訴訟上は、取消訴訟の関連請求として取扱うべきであり、したがって、二二三条説にはよらないとする見解もある<sup>(8)</sup>。なお、結果除去請求権の根拠ならびにこれといわゆる介入請求権との関係については種々の議論がある<sup>(9)</sup>。

- (1) z.B. Heintze, a.a.O. II, 3; dazu vgl. Arndt, a.a.O. S.20 Anm.59; Siegmund-Schultze, a.a.O.
- (2) Heintze, a.a.O.
- (3) Wieseler, a.a.O. S.240
- (4) Siegmund-Schultze, a.a.O.
- (5) Mangels, NJW 61,352
- (6) Heintze, a.a.O.
- (7) K.Löwer, DVBl. 66,251
- (8) BVerwG, Beschl. v. 22.11.1965, DVBl.66,273ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.11.1965, DVBl.66,275ff.
- (9) vgl. Laubinger, a.a.O. S.135ff.; Lamberg, NJW 64,711; K.Meyer, NJW 64,710

四 複数当事者の行政行為に対する暫定的権利救済方法として次に二二三条の定める仮命令によるべきであるとする見解がある。結論として二二三条説をとる者の中にも、その理由づけなどについては、種々異なる点がみられる。

(1) まずその第一の見解は、八〇条に基づく停止効が複数当事者の行政行為については適用されないことを理由とし

て、一二三条によるべきであるとする考えである。停止効は受益者たる私人には及ばないとする考えがそれである。(2)勿論、ただ機械的に、八〇条の適用ないゆえに一二三条を適用するというのではなくて、八〇条の適用を排除した実質的理由がその背景にあることは当然である。特に、次のような諸点が考慮されている。

(4)仮命令は停止効と異なり自動的に生ずるものではなく、一二三条所定の具体的事情の存在する場合に限って認められるものである。(4)八〇条の場合には、行政庁が即時執行を正当化する事情について立証責任を負うのに対して、一二三条の場合には、申請者の側がその請求を正当化する事情の存在について立証責任を負う。(1)一二三条の場合には、例えば、隣人と建築主とが当然に請求者と相手方になる。(2)したがって、八〇条の場合と異なり、受益者も手続上その利益が考慮される機会がある。(3)また民訴九四五条の損害賠償の規定が準用されているため、仮命令後本案敗訴の場合の隣人には損害賠償責任があるから、濫訴を防ぎ、受益者の利益との調整を図ることができる。(3)

(3)第三の見解は、本案訴訟の形式として義務付訴訟をとる結果として、暫定的権利救済方法としては一二三条説をとる考えである。そもそも本案訴訟の形式の選択にあたって(2)で述べたような事情を考慮していることも無論考えられるが、それ以外にも、請求の趣旨や訴訟物など本案固有の理由からも本案訴訟の形式が選ばれ、それに従って暫定的権利救済方法が決定されているわけである。したがってまた、八〇条による停止効が理論上当然に不能であることを前提とするものではない点で、第一の見解などとは区別される。

(4)同じく、八〇条に基づく停止効を全面的に排斥するものではなく、むしろ、これを前提とした上で、これの無視あるとき、または前述の注意監視義務を行政庁がおこたるときに、この停止効を強制する手段として、八〇条五項によつてではなく、一二三条の仮命令による見解がある。(5)いわば、八〇条とは排他的な関係に立つものではなく、これと重疊的に認められる場合である。この場合に特に一二三条が用いられるのは、(2)で述べた長所のほか、八〇条五項

説論

の適用に関する種々の疑念や困難を回避して、より簡便な問題の処理を行なうことができるという長所をあわせもっているからである。八〇条五項の適用に関する疑念困難というのは、もともと「執行」や「停止効」等の概念が不明確である結果として、例えば、(イ)そもそも私人の行為に対して停止効が及ぶものなりや、(ロ)許可付与等によって自動的停止効は排除され、あらためて八〇条五項一号の命令等を要するものなりや、(ハ)八〇条五項三号は同項一号を前提とするものなりや、あるいは独立に命じうるものなりや、(ニ)八〇条五項三号の命令は執行名義たりうるものなりや、(ホ)結果除去請求との関係如何等々の諸点において、議論が錯綜しているため、一般私人の利用には幾多の困難を伴っていることを指す。また、先にみたように、それぞれの論点に関する解釈によっては、八〇条の適用による停止効尊重の強制等が不能のこともありうるわけである。

(5)最後に、右の実際的簡便や権利救済上の便利の見地を強調し、本案たる訴訟形式の如何を問わず、広く一般的に一二三条の仮命令によりうるとする見解がある。概念論理的な訴訟形式上の性格づけから解放し、目的たる権利救済の簡便の見地より出発して、取消訴訟であれ義務付訴訟であれ、仮命令を用いうるとするものである。

なお、全く同様の趣旨から、法理論的(rechtsdogmatisch)に取消訴訟としたか義務付訴訟としたかによって敗訴第三者の損害賠償責任が違ってくるのはおかしいから、八〇条の場合にも民訴九四五条による損害賠償の適用あるものとするセルマン<sup>(7)</sup>の見解や、

△Aktion V 思想からの分離ならびに、実体法上の請求と手続上の請求との区別は法発展の特色であり、結果除去請求権にも実体法上のそれと手続上のそれとがあり、後者すなわち行政裁判所法一二三条一項二号に定めるものは、行政行為の暫定的有効性に由来する状態を考慮するものであって、条文の目的は訴訟経済にあるゆえ、特に行政行為取消の訴訟形式の如何をとわず適用があるとするリュフナー<sup>(8)</sup>の見解などがある。

- (1) z.B. G.Fromm, a.a.O.
- (2) Siegmund-Schultze, a.a.O.
- (3) H.Peters, DÖV 65,744ff. など 最後の5つは異説がある。vgl. Laubinger, a.a.O. S.133ff.
- (4) OVG Münster, Beschl. v.9.8.1966, NJW 66,2181; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2.Aufl. §123 Anm. 1; Fromm, a.a.O.
- (5) Laubinger, a.a.O. S.130ff.; Mangels, NJW 61,352; De Clerck, DÖV 64,152; K.Löwer, DVBl.66,251
- (6) H.Peters, DÖV 65,744ff.; K.Gelzer, DÖV 65,793ff.; K.Löwer, a.a.O.
- (7) M. Selmann, NJW 64,1545ff. など彼は、問題は第三者に保護を備える個人的地位を認め、これに応じた手続上有効な権利救済を与えることであって、これは法理論的な考慮や議論では満足すべきではなく、究極的には、訴訟手続が当事者達にもたらす経済的効果に考慮を払うべきであると述べている。
- (8) W. Rüfner, DVBl.67,186ff.

#### 【四】 職権取消論

一 複数当事者の行政行為は職権取消論においても錯綜した議論の対立を生み出している。ただし、この行政行為における授益と負担とが不可分の相互依存関係にあり、或る者に対する授益が、同時にかつ必然的に他の者に対する権利利益の侵害となるという関係にあるのみならず、この場合に不利益を受ける者は、処分の第三者ではなく、処分の当事者の一人として訴権が認められる者である結果として、職権取消の排除を要求する受益者の利益と、同じ行為について職権取消を求める負担を受ける者の利益とを如何に調和させるかが、困難な問題を提示するからである。いわば、ここでは、授益的行政行為の職権取消をめぐる問題と、私人の側からする職権取消請求権をめぐる問題とが、立体的に組み合わさった形で問題となっているわけである。ところが、この二つの問題はいずれも、いまだに結着していない、人の議論の最も激しく対立している問題なのである。複数当事者の行政行為の職権取消論が困難たるゆえんである。

(一) 拙著・行政行為の無効と取消・一九八頁以下特に二〇一頁以下参照。

二 複数当事者の行政行為の職権取消については、基本的に次の三つの考え方が可能である。ひとつは、不利益を受ける者の利益を重視し、特に訴権も認められる程度のものであることを考慮して、違法の行為であれば無制限に取消しうる、あるいは取消さなければならぬ、とする考えである。他のもうひとつは、これに反して、受益者側の利益を重視しその信頼の保護その他法的安定の必要を考慮して、違法であっても、その取消を原則として否定する考えである。この両者の中間に第三の考え方として、複数当事者間において適当な利害の調整を図ろうとするものがある。勿論、最後の考え方が妥当だといえよう。ただ複数当事者間における利害は正面から相対立するものであるため、実的にその調整を図ることは不可能に近い。そこで、相当多くの学説は、<sup>(1)</sup> 争訟提起のための期間の経過の前後によって、この種の行為の職権取消の可否をも決定するという方法をとっている。

極く単純化するとこの見解は次のようになる。

(1) 争訟期間経過前すなわち不可争性発生前は、違法の行為によってその権利利益の侵害を受けた者は、その取消を求める請求権をもっている。これは基本法二条または一九条四項に由来するものである。この請求が裁判所に出たときには、裁判所はこの請求に応じて違法の行為を取消す義務がある。その際取消が受益者の権利利益を害するや否やを考慮する余地は全くない。全く同様に行政庁も、受益者の利益を考慮することなく、違法の行為を取消す義務がある。この段階では、受益者の側も争訟による取消を予期すべきであり、行為の存続は不確定なのだから、その信頼も保護に値いしない。

(2) これに対して、争訟期間経過後すなわち不可争性発生後においては、不利益を受けた者の取消請求権は最早脱落する。行政庁に対しても、取消を求める請求権を有しない。したがって、行政庁の取消義務も最早存在せず単にその

義務裁量に委ねられる。また、受益者もこの段階にいたっては行為の存続を信頼しうべきであり、不可争性発生後の職権取消は受益者にとって耐えがたい法的不安定をもたらすことになる反面、出訴期間中に訴権を利用しなかった者に対しては取消の排除も不当に過酷なものではない。したがって、不可争性発生後における職権取消を原則として排除すべきである。

(一) 多少のニュアンスを捨象して、この見解をとる者をおよそ次のようなものがある。 Schäfer, a.a.O. S.61; D.Kienapfel, DöV 63,96ff. [8(d)]; A.Ernig, DVBl. 60,467ff.; F. Hauelsen, a.a.O. III(3); H.Peters, a.a.O.; Laubinger a.a.O. S.181ff.; Schrücker a.a.O. S.83ff.; Ossenhüh, a.a.O. S.124ff.; 167ff.; OVG Lineburg, U.v.31.5.1967, DVBl.68,45; dazu Fromm, a.a.O.S.49 Anm.142.

三 右のような考え方が基本的には正しいとしても、右の骨組みは絶対のものではないし、また多少のニュアンスの違いもみられないわけではない。以下の諸点が指摘できる。

(1) 行為の種類内容による区別が考えられる。同じ複数当事者の行政行為にあっても、いわゆる私法形成的行政行為<sup>(1)</sup>にあつては、職権取消はそもそも原則的に排除される<sup>(2)</sup>。逆に、営業許可等の中には自由な取消が認められるものも考えられよう<sup>(3)</sup>。

(2) ニュアンスの相違として、不可争性発生前については原則として負担除去の利益が優越するとしつつ利益の比較衡量によるべきであるとする見解<sup>(3)</sup>、逆に、不可争性発生後について利益の衡量によるべきであるとする見解<sup>(4)</sup>、さらには、不可争性発生前については基本法一四条による財産権類似の権利が取消請求の限界となりうる<sup>(5)</sup>こと、不可争性発生後については行政庁の義務裁量の問題であるとする見解<sup>(6)</sup>などもある。

(3) なお、不可争性発生前については、行為の利用後も取消しうる<sup>(6)</sup>とする見解、また、不可争性発生後については特



に行為の利用後について取消が不可能となるとする見解もある。

(4) 争訟取消との類似性は、現に争訟提起があり、争訟手続係属中であつて争訟取消が可能であるとき、すなわち不可争性発生前については職権取消をも認めるという立法の試みにも現われている。しかしながら、勿論、以上に述べた法理は現実の争訟の提起の有無を問題とはしない。のみならず、フロム(From)の指摘するように、複数当事者の行政行為にあつて困難な問題は、争訟期間の開始を何時より起算するか、そもそも不可争性の発生時期をどう考えるかなのである。

(5) 以上にみるように、形の上では争訟取消と似てはいるが、その内容はやはり争訟取消とは異なる多くの面をもつものであり、なお職権取消の特殊のものであることはいうまでもないところである。だとすると、争訟提起のための適格が他の者に認められ複数当事者の行政行為となつたゆえをもつて、直ちに上記のような、内容不明確な争訟期間経過の前後によつて区別するというのではなく、私人のイニシアティブに基づく争訟取消は争訟取消として争訟期間によつて左右されるのは当然としつつ、行政権のイニシアティブに基づく職権取消については必ずしもこの期間にこだわることなく、その経過前においても取消を排除する職権取消論やその経過後にも取消を認める職権取消論の存在も十分考えられよう。

(1) 拙著・前掲書一九九頁

(2) H. Demme, a.a.O. II(1) 飲食店営業については経営者側に信頼保護なく、いつでも取消しうるといふ。

(3) H. Peters, a.a.O.

(4) Laubinger, a.a.O. なお、連邦行政裁判所も、不可争となつた行政行為の職権取消に際して信頼保護が判例学説上重視されているが隣人訴訟の判断の場合はそうではないといふ。BVerwG, Beschl. 9.9.1965, DVBl. 66, 272

(5) A. Erning, a.a.O.

- (6) Schäfer, a.a.O.; Kienapfel, a.a.O.
- (7) Schröcker, a.a.O.
- (8) § 39 EwVerfG (1963)
- (9) Fromm, a.a.O. S. 49ff.
- (10) 本稿第二章【1】四(前号一〇頁)参照。

四 最後に以上の問題と関連する職権取消論の難題の一つは、私人の側よりする職権取消請求権の問題である。<sup>(1)</sup>以上の議論も、私人の職権取消請求権を訴訟上いかなる手続・要件で実現するかの議論を伴わないと、ただ単に争訟期間内に争訟を提起して争訟取消を求めるだけの話に終ってしまふであろう。

争訟期間経過前であれば、直接行為の取消を求める争訟を提起すればよいが、その経過後の救済方法を認めるとした場合の具体的方法には不明の点が多い。

(1) 職権取消請求権を義務付訴訟によって主張すべきであるとするフロム<sup>(2)</sup>の説もあるが、反対が強い<sup>(3)</sup>。義務付訴訟の前提となるべき職権取消請求権の存在のほどが疑わしいとするのである。

(2) 不可争性発生後であっても、職権取消・変更の請求をし、これに対する新たな判断を得て、新たな判断を争いうることは抽象的には認められている。例えば、拒否処分<sup>(4)</sup>の取消を求めて出訴する如し。しかしながら、この出訴は当然としても実体的に勝訴する可能性は明瞭ではない。すなわち、(1)何らかの判断をしてもらう手続上の権利を有するとしても、(2)新たな実体的判断を請求する権利、さらに(3)職権取消を請求する権利の具体的場合の存在に疑問がもたれているわけである。

(3) 新たな実体的判断をなすとなさざるとは行政庁の裁量に委ねられる。この裁量に対する裁判所の審査の範囲につ

いては問題が多いが、具体的場合にこの裁量の範囲が極小となり義務と化することがありうることは認められている。<sup>(4)</sup>

(4) 職権取消請求権は、実質的確定力をもたない行政行為については具体的な利益衡量の結果による。事情変更による事後的違法を理由とする取消請求権が認められるように、原始的違法のある行政行為についても、たといその不可争性が発生していても、行政行為に基づく法律関係がなお完結せず、将来への展開の余地を残している場合については、具体的な利益の衡量によって、違法の主張ないし職権取消請求を認めるべきであるとする見解がある。<sup>(5)</sup> なお、争訟のための期間は実体上の除斥期間をいみするものではないとの意見もみられる。<sup>(6)</sup>

- (1) 拙著・前掲書二〇四頁以下参照。
- (2) Fromm a.a.O. S.50ff.
- (3) Heintze, a.a.O. II(1): Wieseler, a.a.O. S. 235
- (4) Theuerkauf, a.a.O.
- (5) Arndt, a.a.O. S. 99ff.
- (6) Arndt, a.a.O. S. 105; H.H.Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre 1965, S.252.

### 第三章 問題の検討

#### 【一】 体系的思考と問題的思考

一 前章においては、ことさらに非典型的な行政行為である複数当事者の行政行為をとりあげて、これに関する議論の極くおおまかな概略を紹介した。一般的な立法においても特にその存在を考慮するものでもなく、しかも複数当

事者間において利害が相対立するものであるため、議論は激しく対立し、かつ錯綜して容易にその全容を見通すことができない状態にある。また、そこで展開されている議論の前提には、わが実定法とは異なる種々の実定制度が置かれている。それだけに、そこでの議論が、われわれにとって、直接に役立つものでもなければ、わかり易いものでもない。しかしながら、そこにはおぼろげながら二つの物の考え方の傾向をうかがうことができるように思われる。ひとつは、ここで取扱う行政行為が極めて特殊なものであるにもかかわらず、従来の体系の枠に合わせて問題を処理しようとするやり方であり、他のひとつは、実際の見地に立って、その特殊性に応じた問題の処理を考えようとする立場である。いま仮りに前者を体系的思考と呼び、後者を問題的思考と呼んでおく。この二つの立場の検討は、今後のわが行政法学の体系を考えるにあたって、重要な意味をもつものといえよう。

## 二 体系的思考は、例えば、次の諸点に現われている。

(1) 本案訴訟の形式については、請求の趣旨目的による区別がなされていることは当然として、自己の法的地位の維持であるのか、この拡張であるのか、取消訴訟と義務付訴訟の区別の基準とされている。また、義務付訴訟の前提として、行政行為の拒否ないし不作為を求める請求権の存在が必要であるとしている。実体法上の請求権があって、それを実現する手段として手続法あるいは訴訟があると考える方であるといえる。

(2) 暫定的権利救済の方法については、まず本案訴訟の形式がきまれば、暫定的権利救済の方法も当然に特定されるという考え方があり。ついで、暫定的権利救済について固有の意義・機能を認めず、本案訴訟と暫定的権利救済ないし保全訴訟との関係を、あたかも、主と従、全体と部分、大と小との関係のごとくに考えて、例えば、仮命令について本案の先取りはアプリオリに許されずとなし、または停止効によって行政行為の有効性を停止することは、行政行為の暫定的無効を私人の行為によって生ぜしめるものであって、行政法体系全体との矛盾が生ずるなどといわれ

る。さらに論者にあつては、無効確認訴訟について停止効あることや、訴訟係属中の行為の取消変更あることが、有効性停止説と相矛盾すると考へるものすらある。しかしながら、有効性という概念は、適法性に対するものとして用いられることもあれば、執行性と対立するもの、あるいは無効性と対立するものとして用いられることもあるなど、固定したものではないのであつて、その意味を明確にすることなく、上記の如き議論を展開することは言語の濫用といわなくてはならぬ。

(3) 職権取消論においても、行政行為の不可争性発生の有無を決め手として用いている。しかしながら、行政行為と法律関係さらには私人の生活との関わり具合は単純ではないから、行政行為は一応形式的に確定していても、その基礎にある法律関係はなお展開の余地があることは、例えば、行政行為の利用済み後にもなお暫定的権利救済が可能であるのと類を同じくするものであるといえよう。

三 右に瞥見する体系的思考の特色は、次のような点にあるといふことができよう。

- (1) 私人に一定の法的地位が想定されていること。
- (2) この法的地位に対し、行政庁のイニシアティブに基づく行政行為によって種々の規制が加えられ、この行政行為の法的効力をめぐる問題として、紛争が処理されることが多いこと。
- (3) 私人は、どちらかといえば受け身な、いわば被害者の立場におかれるものであること。
- (4) 行政と私人との関係が靜止的・平面的であること。
- (5) 行政過程展開のイニシアティブが主として行政の側にあるため、行政過程展開の局面のそれぞれが独自性をもち、行政行為の効力等の中に包摂されてしまうと同時に、変転する局面に応じた私人の権利救済も認められにくくなつてゐること。行政行為の重視による行政過程の軽視であり、行政過程における行政のイニシアティブの重視による

私人のイニシアティブの軽視であるといってもよい。

ところで、以上の事情は、わが国においても同じようにみられる。そこで、つぎに、これらの特色のよって来たる由縁を明らかにしなければならない。

(未完・以下次号)