



Title	『複数当事者の行政行為』(1) : 行政過程論の試み
Author(s)	遠藤, 博也; ENDO, HIROYA
Description	論説
Citation	北大法学論集, 20(1), 1-19
Issue Date	1969-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27873
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(1)_P1-19.pdf



論
説

『複数当事者の行政行為』

(1)

——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】本案訴訟の形式

【三】暫定的権利救済方法（途中まで本号、以下次号）

【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

【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 (1)

第一章 問題の提起

一 本稿では、複數当事者間において利害が相対立する内容をもった行政行為を対象とする。その資料は、主として西ドイツにおいて公法上の隣人訴訟 (Nachbarklage) をめぐる問題の中で論じられているものである。

従来わが国では、行政行為論は行政法学における中心的地位の一つを占めるものとされてきたが、そこでは、行政行為一般に関する理論に重点が置かれ、個々具体的な内容をもった行政行為はそのような一般的理論を展開するための手段としてしかみられないといった傾向があった。例えば、農地買収処分が無効が論じられるのではなくて、行政行為が無効が論じられたわけである。しかしながら、行政行為一般に関する理論も、個々具体的な行政行為をめぐって生起する現実の問題解決のための手段であるにすぎない。体系のための体系ではなくて、問題のための体系でなくてはならないであろう。さもないと、昨今流行のケース・ブックや判例百選の類においても、ただそこに具体的事例が引かれているというだけで、議論の焦点は、問題そのものではなく、相も変わらず体系に向けられ、体系的概説書の類いと同じ向きに変わらぬ結果となるであろう。現にそういうものが多いようである。そこでは、いわゆる問題的方法は、素材の面にのみ向けられ、素材を料理する方法の面にあまり向けられていなかったためではないかと思われる。

二 ここに利害の相対立・錯綜する行政行為を取り上げるのは、その素材の面と、その方法の面とにおいて興味深いものがあるからである。

ひとつには、その素材の面で、複數当事者の行政行為をめぐる問題が現代行政に特徴的な現象であるといえる。け

だし、一方で、現代国家における行政機能の拡大をうながしている事情の中に、われわれの社会生活における利害の錯綜の密度と利害衝突の可能性とが高まったために、この利害の調整の役割をもった行政的介入が要求されるという事情があるからである。のみならず、従来より存する通常の許認可等の行政作用にあっても次第に私人相互間におけるこのような利害の錯綜ならびにその調整を考慮せざるをえなくなってきた。他方で、権利救済の制度の完備とその範囲の拡大に伴い、従来は行政訴訟上の救済が認められなかったような者についても、広く救済が認められる傾向にある。いわゆる原告適格の拡大などがそれである。その結果、従来ならば争訟上その他の関係で考慮されないままに済んだ者の利益が制度上にも考慮されなくてはならなくなり、同時に、この者の利益とこれに対する反対利害関係者の利益との調整という問題が生ずるにいたったのである。ここに取り上げる複数当事者の行政行為のごとく利害の相対立・錯綜する行政行為の問題は、今後実際にますます切実の度を加えるであろう。

三　ところで、このような行政行為については、どのような理論構成をもって臨もうとも、利害を異にする当事者の間における利害の比較衡量が必要であることはいうをまたないであろう。従来からも利益の比較衡量がいわれること自体は少しも珍しいことではない。人は法解釈において明示的ではないにしても暗黙裡に利益衡量を行なっていることが多い。したがって、ただ利益衡量だとか目的論的解釈だとかをお題目のように唱えていても、一步も前進しないことも明らかであろう。

問題は、利益衡量が問題となって登場する場面をいかに切り取ってくるか、にあるというべきである。さらにまた、われわれが何処に問題を見出すかが重要である。従来の体系本位の思考に従い、問題をこれまでの体系の適当なところと位置づけ、体系の枠に合わせて問題を切り取ることも少しも不可能なことではない。そこにおいても複数当事者の行政行為も一つの非典型的行政行為として、従前の概念的処理につけ加えて若干の利益衡量が行なわれるで

説

論

あろう。それも一つの方法である。しかし、従前の概念（例えば、行政行為やその効力）そのものの機能がよって立つところの場面を問題とし、種々の概念や利益衡量そのものもつ意味を明らかにするというのも、一つの重要な方法であるといわなくてはならない。

四 本稿では、行政行為を取扱うのであるが、焦点を行政行為ではなく「行政過程」に合わせることとした。すなわち、行政行為そのものの諸効力や結果であるとして行政行為の中に包摂されているものの多くが、実は行政過程の問題であることを論証し、行政行為を行政行為として孤立して観察するのではなく、行政過程の只中において行政行為の諸効力等行政行為をめぐる問題を考察し、さらに、私人の権利救済についても、ただ単に原告適格の承認に止まらず、行政過程の中においてそれがいかに考えられるべきであろうかを考察しようとするものである。行政行為を前提としてその上に多くのものが積み上げられているという見方ではなく、全体の行政過程の方が先にあって、行政行為もその中に置かれて始めて、相応の機能を果たしうるものとなっている、という物の見方である。比喩的にいえば、これまでの堅固な、しかしそれだけに静止的固定的な行政行為のイメージに、かならずしも形の明瞭ではないものの、動的な行政過程をぶっつけて揺るがせてみれば、いかなる結果が生じうるか、いかなるイメージが浮かび上ってくるかを試みるものである。

第二章 問題の現状

【一】概 説

一 ここで複数当事者の行政行為というのは、いわゆる双面的効果をもった行政行為（Verwaltungsakt mit Dopp-

elwirkung = VAmDW) と第三者効ある行政行為 (Verwaltungsakt mit Drittwirkung = VAmDrittW) とを混同して称するものとする。この種の行為に関する問題は、戦後のドイツにおいて主として公法上の隣人訴訟とくに建築法上の隣人訴訟をめぐって論じられているところである⁽¹⁾。

(一) この問題については、旧軍行本として

H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967 ; W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 219ff. ; G. Arndt, Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung, 1967, S. 15ff. ; F. Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 1965, S. 124ff., 167 ; G. Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, 1960, S. 60ff. ; S. Schröcker, Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz, 1960 などである。

同定期刊行物上の論文としては次のようなものがある。

B. Bender, Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW.66, 1989ff. ; O. Böhm, Nachbarschutz bei Zulassung vor Vorhaben nach § 35 BBauG?, DVBl. 68, 10ff. ; J.-D. Busch, Die Doppelfunktion der Anordnung eines Verwaltungsakt sofort zu vollziehen, DVBl. 66, 257 ; De Clerck, Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigender Verwaltungsakte, DÖV. 64, 152 ; H. Demme, Die nachbarlichen Schutzvorschriften im Gaststättenrecht, DVBl. 67, 758ff. ; W. Dörffler, Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW. 63, 14ff. ; A. Erning, Der Widerruf begünstigender, mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, DVBl. 60, 467ff. ; G. Fromm, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch. 1965, 26ff. : Anmerkung zu OVG Lüneburg, Beschl. v. 12. 12. 1962 (DVBl. 63, 335) DVBl. 63, 564f. : Zum Suspensiveffekt bei der Nachbarklage und in vergleichbaren Fällen, DVBl. 66, 241ff. ; K. Gelzer, Zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage—Der Ruf nach einen einheitlichen Prozesspraxis trotz unterschiedlicher Rechtstheorien, DÖV.65, 793ff. ; F. Haueisen, VAe mit mehreren Betroffenen, NJW.64, 2037ff. ; R. Heintze, Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden VAen, NJW. 63, 1430ff. ; D. Kienapfel, Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger VAe nach dem Bundesbaugesetz und Bundesfernstrassengesetz, DÖV.63, 96ff. [8 d] ; K. Kniestedt, Nachbarklage und nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis, DÖV.62, 89ff. ; G. Lamberg, Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW.63, 2154ff. ; K. Löwer, Zum Inhalt und zur Vollstreckbarkeit verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse nach § 80 Abs.5 Satz 1

und 3 VwGO, DVBl. 66, 251 ; Menger, VerwArch 1966, 280 ; K. Meyer, Nochmals: Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW. 64, 710f. ; H. Peters, Der Dritte im Baurecht, DÖV. 65, 744ff. ; K. Redeker, Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch, DVBl. 68, 7 ff. ; W. Rüfner, Der Folgenbeseitigungsanspruch ein materiellrechtlicher oder ein prozessualer Anspruch?, DVBl. 67, 186ff. ; Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses, DVBl. 63, 609ff. ; G. Scholz, Suspensiveffekt nach § 80 Abs.1 VwGO bei "angemasster Rechtsposition", DVBl. 66, 259 ; H.H. Schröer, Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, DÖV. 66, 228ff. ; M. Sellmann, Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtliche Nachbarklage in Baurecht, DVBl. 63, 273ff. ; Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung,, NJW. 64, 1545ff. ; Rechtsschutz im Bauplanungsrecht-rechtspolitisch gesehen, DÖV. 67, 219 ; Siegmund-Schultze, Die Bedeutung des Suspensiveffekt bei der Anfechtung von VAen, DVBl. 63, 745ff. ; Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen, DVBl. 66, 247ff. ; H. Theuerkauf, Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse, DVBl. 64, 386ff. (その他論文は数多いが、筆者が主として参照したのは以上である)。

これに関する判例も多いが、近時代表的な判例として次のようなものがある。

BVerwG, MDR. 64, 619 ; DVBl. 66, 269ff. ; DVBl. 66, 273f. ; DVBl. 68, 29 ; DVBl. 68, 30ff. ; DVBl. 68, 35ff.

OVG Lüneburg, DVBl. 66, 275ff. ; DVBl. 68, 45 ; DVBl. 68, 47

OVG Koblenz, DVBl. 68, 50

この問題に関する判例学説ならびに論点の全般については、前掲の Laubinger が便利だが、これには一九六四年末現在までの判例学説しか引かれていない。その後の状況については、前掲中の G. Fromm, DVBl. 66, 241ff. ; H. Demme, a. a. O. など以後の文献を参照されたい。

なお、最近の問題に答えるものではなく少し古いが、比較法的考察を試みるものとしてオーストリーの次の文献がある。

F. Krizizek, Das öffentliche Nachbarrecht, 1959

なお、拙著・行政行為の無効と取消（昭和四三年）二〇一頁以下参照。

二 複数当事者の行政行為の中にも、複数当事者間において利害の相対立しない場合もあるが、ここでは特に、複数当事者間において利害が対立相矛盾する場合をとりあげることとする。すなわち、一つの行政行為がある当事者に対して利益を与えると同時に他方の当事者に対して不利益を課するという場合である。のみならず、この一方の利益と他方の不利益との間に必然的な関連があり、ある者に対する授益が当然に他の者に対する不利益とならざるをえないという、授益と負担との間に相互依存関係がある場合をとりあげることにする。そこにおいてわれわれは、多くの問題においてまことに困難な利益衡量に直面させられることになる。例えば、或る者所有の家屋に他の住宅困窮者を強制入居せしめたり、当事者間の家賃を決定する行政行為、建築法上の隣人保護規定に違反して与えられた建築許可、複数の競願者中の一人に与えられた道路運送業の免許などがその例である。

ドイツでは、このような行政行為を表現する言葉のうち重要なものとして、双面的効果をもつ行政行為 (Vam-DW) という概念と第三者効をもつ行政行為 (VamDritW) という概念とがある⁽¹⁾。この両者はさまざまな見地から定義されているが、およそ次のような点に区別が求められている。

(1) 主として実体法的な見地に立つものがある。例えば、デルフラーによれば、前者にあっては、(a) 授益と負担の関連が、規制対象の上で必然的なものであり、かつ、行為の意図された内容であり、(b) 行為は両当事者、即ち不利益を受ける者をも直接の相手方とするのに対して、後者にあっては、(i) 行為は専ら授益を内容とし、(ii) 受益者だけが直接の相手方である。ただ、その際に法規の上で第三者の法律上の利益を考慮すべきものとされている結果、(c) 当該法規に違反して違法の場合に限って、第三者に訴権が認められるにすぎない。彼は、前者の例として、通常は両当事者間の契約によるべき法律関係を発生変更消滅させるような、いわゆる私法形成的行政行為 (privatrechtsgestaltende VAe) なしはこれに類するもの (私法上の行為に対する行政庁の同意認可、賃料決定、強制入居等) をあげ、後

説者の例として、建築法上・営業法上の隣人訴訟や事業認可に関する競願者・既存業者の提起する訴訟をあげている。
(2) 主として、手続法的見地に立つものとして、フロム³⁾がある。彼は、受益者である相手方以外の他の者に訴権が認められる授益的行政行為のことを双面的効果をもつ行政行為と呼んでいる。

論
(3) 右の手続的見地からの区別に対しては批判がある。⁴⁾ひとつには、両者の区別は実体法上の区別にあるのに拘らず、訴訟の最初の段階での単なる主張で足りる訴権 (Klagebefugnis) によっては区別をすることができないというのであり、もうひとつには、訴権が認められる点においては両者共通であって区別とはならぬという批判である。前者の見地から、行政行為の授益と負担とを実体的に定義づけようとする試みがある。⁵⁾しかしながら、そこでいう負担も結果のところ、訴訟上争うことのできるような、権利ないし法律上保護された利益が侵害されているかどうかの問題、即ち、原告適格の問題に帰着するし、また複数当事者の行政行為が問題となるのは実体法上だけではなく、例えば、事前手続への参加や訴訟の前段階での執行停止などの暫定的権利救済の問題においても重要である。また、上記のデルフラーにあっても、訴権が認められる点で両者に区別なく、ただ行政手続における聴聞ならびに訴訟参加の点で実際上に両者の区別があるにすぎないとしている。そこで、このような両者の概念的区別を否定し、両者をあわせて広く複数当事者間において法律上の利害が相矛盾する内容をもつ行政行為の問題として考えようとする者がある。⁶⁾用語の定義づけよりも実際上に問題のあるところが重要であるから筆者もこれに従うこととする。

(1) その他多くの用語例があるが、それについては Fromm, VerwArch, 1965, 26ff. ; Laubinger, a. a. O. S. 3ff. に引用されている諸文献をみよ。

(2) Dörfner, a. a. O., 1. 3. 多くの者はこの見解に従っている。例えば Siegmund-Schulze, DVBl, 66, 247ff. ; Theuerkauf, a. a. O. 390 ;

複数当事者の行政行為 (1)

- (3) Fromm, VerwArch. 1965, 26ff. (28)
- (4) z. B. Siegmund-Schultze, a. a. O. ; Laubinger, a. a. O. S. 30ff, など
- (5) Laubinger, a. a. O. S. 5 ff.
- (6) Sellmann, NJW. 64, 1545 ; Wiese, a. a. O. S. 22 ; など

三 複数当事者の行政行為の特色とするところは、行政行為の維持に利益をもつ（もしも職権取消があれば当然この取消処分を訴訟上争いうる）受益者がいる反面で、正にこの授益の内容が自己にとっては負担となるため、この行政行為の訴訟上の取消を求める原告適格を有する他の当事者がいることである。

この種の複数当事者の行政行為の登場、したがって、このような原告適格の承認は、割合近時のことに属する。それは一口にいて、憲法構造の変遷の結果であるといえることができる。ただし

(1) 給付行政の展開によって、いわゆる私法形成的行政行為等により私人間の契約的關係に介入する機会がふえたからである。

(2) 同じく、給付行政の展開は、建築法、営業法等、従前は専ら秩序維持・危険防止を内容とする規制行政と考えられてきたものに、計画行政的色彩を加味し、隣人相互間等における利害の調整の任務を加えることとなった。

(3) 権利救済の範囲が次第に拡大され、現在の基本法の下においては、同法一九条四項により包括的な裁判上の権利救済が認められるにいたった。一般的に原告適格が次第に拡大されてきている。

(4) 裁判上の権利救済の範囲のみならず、その程度も強化され、特に、手続的権利ないし手続的見地からする司法審査が認められるにいたった。例えば、事業認可に関する競願者や既存業者等も、認可特許そのものの許可を求める請求権はなくとも、瑕疵なき裁量を求める請求権を有する結果、第三者に対する認可等を争うことが可能となった。

(一) 以下に引くが、例えば H. Demme, a. a. O. ; Dörfner, a. a. O. III. 1 ; Laubinger, a. a. O. S. 24 ; BVerwG, DVBl. 66. 269 原田尚彦・法協七七巻九・一〇号二八頁以下参照。

四 原告適格の承認それ自体はまことに結構なことであるが、問題はこれに尽きない。ただし、ここには法律上同様に保護されるべき反対の利害関係をもつ当事者が他方にいるからである。のみならず、不利益をこうむる者に原告適格を承認し、これを当該行政行為の当事者と認めることは、さらに新たな問題をいくつか生ぜしめるにいたった。

例えば、従前は単純な授益的行政行為であった建築許可について、憲法構造ないし国家と国民との関係の変遷に伴う建築法規の解釈の変更によって、隣人にこれを争う当事者適格が認められるとなると、すなわち、隣人もまたこの行政行為の当事者であるとなると、隣人の権利を重視する立場からは当然に、この行政行為を隣人にも通知すべきこととなる。このことは、行政行為の不可争性発生時期・効力発生時期などにも影響を及ぼすこととなる。

複数当事者の行政行為にあっても、その成立時期は、一人の当事者への通知で充分であると考えられている⁽¹⁾。しかしながら、その不可争性の発生時期については説が分かれる。特に、受益者には通知があるが、不利益をうける隣人等には明示の通知がない場合について、隣人が何時まで争訟を提起しうるかについては、(1)現実を知りたる時を通知の時とみなして、これより一月以内に審査請求をすべきことを要求する者、(2)あくまで明示の通知を要求し、その通知あるまで何時までも争訟期間が経過しないとする者、(3)明示の通知がなければ、一月の審査請求期間は走らないが、成立時より一年の除斥期間は走るとする者、(4)第二説によりつつ、権利濫用や失権の法理によって制限しようとする者などがある⁽²⁾。議論の内容のいちはちには立入らないが、この議論の背景に、隣人の権利救済の実効性をどれだけ重視するか、逆に、許可を受けた建築主の利益を重んじ、これに生ずるであろう法的不安定をどの程度考慮する

か、の配慮があることはいうまでもあるまい。このような点の考慮から、判例は権利者の範囲が明確でない場合については第三者に訴権を認めたがらない傾向にあるようである。⁽³⁾ 全く同様に、その効力の発生時期についても、相手方一人への通知によって同時に他の全ての当事者に対して有効となるという見解⁽⁴⁾、負担者への通知を有効要件とする見解⁽⁵⁾、必要的参加 (notwendige Beteiligung) を要する場合なりや否やの具体的事情によって区別し、これを要する者については通知を有効要件としつつ、行政行為の瑕疵論により通知を欠いても原則として取消しうべき瑕疵にすぎないとする見解などがある。⁽⁶⁾

また、複数当事者の行政行為は必要的参加の典型の場合とされているが、これは訴訟手続のみならず、行政行為の事前手続、審査請求手続、職権取消手続にも反対利害当事者が参加すべきことを要求するものと解されている。したがって、反対当事者の参加なくして下された許可取消判決などは不参加者に対する関係では無効であると解されている。⁽⁸⁾

以上ごく簡単にみるところだけでも、単純な許可について反対当事者に原告適格を認めることは、その他の諸問題について深刻な影響を波及せしめる。重要な問題については以下順次に紹介検討することとするが、いずれにおいても、相対立緊張する利害関係をもつ私人相互間において実体法上手続法上に利害の調整をはかることが要求されるわけである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) F. Hauelsen, NJW, 64, 2037; Laubinger, a. a. O. S. 94

(2) vgl. dazu Laubinger, a. a. O. S. 104ff.; Fromm, VerwArch, 1965, 47ff.; Siegmund-Schultze, DVBl, 66, 247ff.; VG Koblenz U.v. 19. 4. 1966, DVBl, 68, 50

(3) OVG Münster U.v. 12. 6. 1962, DÖV, 63, 703; BVerwG, U.v. 28. 4. 1967, DVBl, 68, 30ff. mit Ann. v. Taegen; vgl.

説
論

- BVerwG, U.v. 24. 10. 1967, DVBl. 68, 35ff. mit Anm. v. Schröder (特注⑤参照)。なお vgl. Fromm, a.a.O. S. 56
- (4) Hausen, a. a. O. : DVBl. 68, 53 ;
- (5) Laubinger, a. a. O. S. 101
- (6) Fromm, a. a. O. S. 47ff.
- (7) z. B. Siegmund-Schulze, a. a. O. など、次注参照。
- (8) Dörfler, a. a. O. : Eyermann-Fröhler VGO § 65, Rdn. 29 ; Laubinger, a. a. O. S. 122ff. ; Fromm, a. a. O. S. 52ff. ; BVerwG, U.v. 10. 3. 1964, MDR, 64, 619
- (9) vgl. z. B. Fromm, a. a. O. S. 59 ; Rüfner, DVBl. 63, 609ff. ; BVerwG, Beschl. v. 22. 11. 1965, DVBl. 66, 273f. ; U.v. 6. 10. 1967, DVBl. 68, 29
- (10) 以下では、特に断らない限り、まず第一には、建築許可を念頭に置いて話していくことにする。

【二】 本案訴訟の形式

一 ここでは隣人等に訴訟上の原告適格が認められることを前提とした上で、以下本案の訴訟形式として如何なるものが認められるかに関する諸説を紹介することとする。

なお、建築許可を隣人が争う場合に、民事訴訟とは別に行政訴訟が認められる理由として次の諸点があげられている。

(1) 隣人が攻撃しているのは許可の付与であって、建築主の行為ではない。⁽²⁾ けだし、隣人の権利の侵害は、建築許可の付与によって隣人を保護している枠が除去され、それによって建築が自由となったことによるからである。⁽⁸⁾ したがって、建築主が無許可で建築しているとき、または許可と異なる建築している場合にのみ民事訴訟となる(この場合に行政訴訟上の義務付訴訟がありうることについては、後述参照)から、民事訴訟と行政訴訟とが重複することはな

(1) (4) (10)
 (2) たとえ原告が民事裁判所によって得た建物除去の名義を執行しようとしても参加人が執行に対する異議 (§ 767 ZPO) によって許可を援用すれば、民事裁判所は、許可の適法違法について行政裁判所の認定を待たねばならず、民事裁判上の名義だけによって執行することはできない。(5) すなわち、許可等は民事裁判所に対して構成要件的效果 (Tatbestandswirkung) をもつ(6)したがって、許可の利用済み (Verbrauch) の後も許可の取消訴訟の提起を妨げない(7)。

(3) 特に、許可の利用前の段階では行政訴訟上の救済のみが可能である。(8)(9)

- (1) 判例の概観は、一九六四年末の段階までについては Laubinger, a. a. O. S. 33ff. それ以後については H. Denme, a. a. O.
- (2) Laubinger, S. 43f.
- (3) BVerwG, U. v. 5. 10. 1965 E 22, 129 = DVBl. 66, 269ff.; Schrödter, Armn. zu BVerwG, U. v. 24. 10. 1967, DVBl. 68, 37ff. (II) C
- (4) Laubinger, a. a. O.; 異説として Kniesedl がある。彼によれば、隣人の権利の侵害は許可等の付与によるものではなく、専ら隣地上的建築物 (Baulichkeit) とその影響によるものである。隣人はその選択に従って民事訴訟でも行政訴訟でも利用でき(10)る。
- (5) BVerwG, U. v. 5. 10. 1965 a. a. O.
- (6) W. Rüfner, DVBl. 63, 609ff. 同語として、拙著・行政行為の無効と取消二七二頁以下参照。
- (7) BVerwG, U. v. 5. 10. 1965 a. a. O.; OVG Lüneburg, DVBl. 68, 45 以下(11) vgl. Dörffler, a. a. O. III. 3.
- (8) Dörffler, a. a. O.; BVerwG, U. v. 5. 10. 1965 a. a. O.
- (9) 以下(12) vgl. Wieseler, a. a. O. S. 234 Anm. 14

説 論

二 本案訴訟の形式については、取消訴訟説と義務付訴訟説とが大きく対立している。前者の方が多数説であり、後者の方が少数説である。ただ、両者の対立は、機械的な対立ではなく、種々の複雑な要素がからまり合っている。連邦行政裁判所⁽¹⁾をはじめ、リューネブルク上級行政裁判所などが取消訴訟説をとる理由は次のような理由からである。⁽²⁾

(1) 請求の趣旨が、拒否や不作為に係る行政行為を求める (§ 42 Abs. 1 VGO) のではなく、行政庁の処分が違法に権利を侵害することを理由として許認可の取消を求めるものである。

(2) その目的とするところは、自己の法的地位の維持であって、その拡張ではない。すなわち、これの侵害に対する排除請求権 (Abwehrrecht) を内容とするものである。

(3) 建築主等よりする新規の申請に対しても拒否すべきことを行政庁に義務づけることを求めるために義務付訴訟を認めるものがあるが、そのような義務付けは、取消判決の既判力ないし拘束力で足る。のみならず、義務付けの前提たる拒否ないし不作為を求める請求権の存在の立証を欠く。

(4) 取消訴訟の提起には自動的な停止効 (§ 80 VGO) が結びついているため、受益者の立場 (建築許可の利用など) を害することを理由として、義務付訴訟により、自動的な停止効に代えて、個別的な判断による仮命令 (§ 123 VGO) によらしめるという見解があるが、⁽³⁾それは停止効の内容として、出訴による認可等の暫定的無効を考えているからに外ならない。しかしながら、停止効の内容は、行政庁による執行行為を対象とし、必ずしも認可等の効力をも停止するものではない。⁽⁴⁾

右の理由の逆は、義務付訴訟の理由となるものであるが、その理由のうち最大のものは最後の点にあるものと思われる。ところで、この点については次節で述べるように、本案の訴訟形式の如何を問わず仮命令によって暫定的な権

利救済を与えるべきであるとする見解が多い。さらに、隣人には必要に応じて取消訴訟でも義務付訴訟でもいずれでも認められるとする見解もある。⁽⁵⁾

- (1) BVerwG, U.v. 5.10. 1965, a. a. O. これが代表的判例である。
- (2) OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 11. 1965, DVB1. 66, 275ff. ; U.v. 31.5. 1967, DVB1. 68, 45 ; vgl. z. B. Wieseler, a. a. O. S. 235 ; Heintze, a. a. O. ; Laubinger, a. a. O. S. 109ff. ; Siegmund-Schultze, DVB1. 63, 754 ;
- (3) Fromm, a. a. O. ; OVG Münster E13, 6ff.
- (4) OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 11. 1965 a. a. O.
- (5) K. Gelzer, DöV 65, 793ff. 著者は上級行政裁判所判事であり、実務的見地より簡便な解決を提案するもの。副題参照。

三 許可等の利用後の訴訟形式は、

- (1) 前述のように、なお行政行為取消の意義を認めて、取消訴訟を認める考えと⁽¹⁾、
- (2) 許可等の利用済みによる効力の消滅を理由として取消訴訟を否定し、民事訴訟ないし義務付訴訟等によるべきであるとする考えとがある。⁽²⁾

- (3) いわゆる結果除去請求権を如何なる形で実現すべきかについては、種々の見解がある。⁽³⁾

- (1) BVerwG, U.v. 5. 10. 1965 a. a. O.
- (2) 前注事件の第一審 (VG) など
- (3) 例えば、取消訴訟の関連請求 OVG Lüneburg, DVB1. 66, 275ff.

四 無許可建築または許可とは異なる建築等について、その差止めを目的とし行政庁に介入を請求するための義務

説 付訴訟が認められることがある。

連邦行政裁判所も、この種の場合について、

論

(1) 義務付訴訟一般ではなく、不行為請求訴訟 (Untätigkeitsklage) としての義務付訴訟を認めている⁽¹⁾。

(2) 一般的には行政庁の介入を請求する義務付訴訟を認めないが、特定の場合に行政庁の裁量が義務と化し、この種の義務付訴訟の認められる余地あることは承認している⁽²⁾。

通常の場合については、連邦行政裁判所同様に取消訴訟説の代表であるリュエネブルク上級行政裁判所も、この種の場合に義務付訴訟の余地を認めている。

なお、この種の場合の介入請求権の問題については、第四七回ドイツ法曹大会公法部会の論題となった⁽³⁾。

(1) BVerwG, U.v. 7.6. 1967, DVBl. 68, 32 mit Anm. v. Delian 事案は、建築法上の隣人訴訟ではなく、河川法のそれに関する⁽⁴⁾。

(2) BVerwG, U.v. 18.8. 1960, E:11.95 = NJW. 63, 793 = DVBl. 61, 125 mit krit., in Ergebnis zustim. Anm. v. Bachof : dazu Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 156, 189, 204, 223, 225f., 246, 284 ; Dörfner, a. a. O. : BVerwG, DVBl. 68, 30ff. 事案は、土地所有者より行政庁に対する、隣地の〈Gewerbklarsenwidrig〉な利用の防止・除去のため介入を請求するもの。なお、原田尚彦「行政法における公権論の再検討」(民商法雑誌五八卷二号三頁以下)二九頁参照。

(3) OVG Lüneburg, Beschl. 25. 11. 1965, DVBl. 66, 275ff.

(4) dazu z. B. K. Redeker, DVBl. 68, 7 ff. (4)

【三】 暫定的権利救済方法

一 複数当事者の行政行為をめぐる問題のうち最も議論の対立錯綜しているのは、その保全訴訟ないし暫定的権利

救済 (der vorläufige Rechtsschutz) の方法に関するものである。議論対立の理由は、もちろん複数の当事者における相対立する利害を如何に評価するかに由来するところが最も大きいのであるが、暫定的権利救済に関する法律上の制度が、必ずしも単純とはいえないものであるうえに、立法は複数当事者の行政行為のことを直接には全く考慮していないことが、議論をより複雑なものとしていることは否定できない。

連邦の行政裁判所法は、暫定的権利救済方法に関するものとして、

(1) 争訟提起に伴う自動的な停止効に関する八〇条⁽¹⁾、

(2) 終局判決の内容に関する一一三条⁽²⁾、

(3) 民事訴訟の仮処分に類似した仮命令に関して定める一二三条⁽³⁾をもっている。

(1) 八〇条 (停止効・即時執行の停止)

① 審査請求と取消訴訟とは停止効 (Aufschiebende Wirkung) をもつ。これは法形成的行政行為についても適用される。

② 以下の場合には停止効は生じない。

1 公の租税・手数料の請求

2 警察執行官吏による停止できない命令ならびに措置

3 その他連邦法の定める場合

4 処分庁ならびに審査庁により、即時執行 (sofortige Vollziehung) が、公益ならびに関係者の優越的利益のために特に命ぜられた場合

③ 二項四号の場合、即時執行の特別の利益は書面によって理由づけなければならない。遅滞による危険あるとき、とくに生命・健康・財産に対する脅威となる侵害あるとき、このためになされる公益上の緊急措置の場合には、特別の理由づけを要しない。

④ 審査請求後、審査庁は、連邦法に特別の定めのあるときを除いて、二項の場合に執行を停止することができる。公の租税・手数料の請求の場合、審査庁は、保証をえて執行を停止できる。公の租税・手数料の場合の停止は、係争行政行為の適法性について真摯な疑いがあり、かつ、執行が租税・手数料の義務者に対し、優越的公益によっては要求されない不相当な打撃を結果する場合に、行なうべきである。

⑤ 申立により、本案の裁判所は、二項一号ないし三号の場合に、停止効を全面的あるいは部分的に命じ、二項四号の場合に、停止効を全面的あるいは部分的に回復することができる。

申立は、取消訴訟提起前においても許される。

決定のときに行政行為が既に執行されている場合は、裁判所は、執行の除去 (Aufhebung) を命ずることができる。

停止効の回復は、保証の提供その他の負担にかからしめることができる。また、期限を付することができる。

⑥ 五項に基づく申立に対する決定は、いつでも取消変更できる。申立を認容する決定は争うことができない (unanfechtbar)。

⑦ 緊急の場合には裁判長が決定できる。これに対しては、その通知後二週間以内に裁判所に不服を申立てることができる。

(2) 一二三条 (取消・給付・義務付判決)

① 行政行為が違法であり、原告がこれによりその権利が侵害されている場合には、裁判所は行政行為および裁決を取消す。

行政行為が既に執行されているとき、裁判所は申立により、行政庁が執行を原状に回復すべきこと、ならびに、その方法を宣言することができる。この宣言は、行政庁がそのような地位にあり、かつ、この問題が判断に熟する (sachverhalt) 場合にのみ許される。

(以下略)

(3) 一二三条 (仮命令)

① 現存の状態の変更により申立人の権利の実現が不可能ないし著しく困難となりうる危険の存する場合、申立により裁判所は、訴訟提起前においても、係争物に関する仮命令 (die einstweilige Anordnung) をなすことができる。

仮命令は、係争法律関係につき暫定的状態を定めるためにも、それが特に継続的法律関係において、重大な不利益を避け、急迫なる強暴を防ぐため、または、その他の理由から必要と認められるときに許される。

② 仮命令は本案の裁判所が管轄する。第一審の裁判所ならびに本案が控訴審係属中は控訴裁判所がそれである。

八〇条七項が準用される。

③ 仮命令については、民事訴訟法九二〇条、九二二条、九二三条、九二六条、九二八ないし九三二条、九三八条、九三九条、九四一条ならびに九四五条が準用される。

④ 仮命令に対して口頭弁論の申立をなしうる。
民事訴訟法九二四条、九二五条が準用される。

⑤ 一項ないし四項の規定は、係争行政行為の執行、または、争訟に基づく停止効の除去については適用されない。

(未完・以下次号)

(追記)

長年あたためてきたテーマであるが、公私の事情のため、二日間の徹夜で、序論的などころを粗雑にまとめたものとなった。次号に詳細な議論を展開したい。