

## 行政上の保全訴訟の研究序説(続)

——西ドイツにおけるいわゆる Doppelwirkung および  
Drittwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護——

東 條 武 治

### Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit sogenannter Doppel- und Drittwirkung

まえがき

#### 1 問題の所在

##### (1) 概 説

##### (2) 問題の提起

#### 2 名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為に対する若干の検討

##### (1) 行政行為の付款としての侵益

##### (2) 行政行為の内容の定めとしての侵益

##### (3) 概 括

#### 3 第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する若干の検討

##### (1) 建築許可の法的性質

##### (2) 建築許可に対する隣人訴訟

##### (3) 隣人の仮の権利保護

##### (4) 概 括

#### 4 概括的総括

まえがき

本稿は、筆者がかねてより研究を進めている「行政上の保全訴訟の研究——ドイツ行政裁判法をふまえて——」の一環としてのものであって、ここでは

主として、西ドイツの現行の仮の権利保護制度——それは、行政裁判所法80条の執行停止制度と同法123条の仮命令の制度とによって形成されている——の下における、「いわば残された問題」ともいえる問題についての概括的考察が意図されている。

つまり、現行制度上、80条の執行停止制度の下では原則として侵益的な行政行為に対する仮の権利保護であり、123条の仮命令の制度の下では原則として授益的な行政行為の不許可ないし拒否等に対する仮の権利保護であり、それらの場合には法上あらかじめ予想されているのであるが、ここで考察の対象とする「いわば残された問題」ともいえる問題というのは、簡単にいえば、〈行政行為がその名宛人に対して同時に授益的な効果と侵益的な効果を生ずる場合〉、および、〈行政行為がその名宛人には授益的な効果を生ずるが同時に第三者に対して侵益的な効果を伴う場合〉、などにおける仮の権利保護を求める場合の方法である。行政裁判所法はこうした行政行為の性質をあらかじめ顧慮していないので、特に手続法上の問題が生じ、そのために、その仮の権利保護の方法をめぐって学説・判例上において争いのあるところである。<sup>①</sup>

いずれにせよ、仮の権利保護の実効性を担保するためにも、その争訟手続はあらかじめ明確でできるだけ複雑でないことが望まれる。とりわけ、西ドイツにおいては、法制度の不備を補充するためになされている学説・判例の尽力に注目すべきものがある。本稿においては、かかる西ドイツの現行制度の下における状況を概括的に考察し、わが国におけるこうした問題を考えるさいの一資料としたい。<sup>②④</sup>

註 ① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 219.

もっとも、一般的には、「停止の効果と仮命令の關係は、求められた権利保護の性質にしたがって定まる」といわれる(W. Wieseler, a.a.O. S.230)。

なお、立法者が仮の権利保護の規律において第三者たる關係人を全く顧慮していない、ということについては一般に承認されているといってよい(vgl. C.-F. Menger-H.-U. Erichsen, „Höchststrichterliche Rechtsprechung zum

Verwaltungsrecht“, VerwArch. Bd.60 H. 4, 1969, S. 376(384))。

- ② わが国においても、こうした問題の存すること当然であるが、その仮の権利保護の方法については——現行制度そのものがあまりにも不十分なものであるためか——一般に研究の遅れている分野に属するように思われる。ただわが国では、従来から主として本案訴訟を前提として不利益を受ける第三者の訴えの利益ななく原告適格(または第三者の出訴資格)という視角から論ぜられてきた(最近のものとして、たとえば、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴の利益) —ドイツにおける判例の動向を中心にして—(1)」国家学会雑誌77巻3・4号46頁～49頁、同「訴えの利益」行政法講座3巻所収266頁以下、今村成和「行政に対する司法的統制——その機能的限界と実効性——」ジュリスト469号所収71頁、遠藤博也「取消訴訟の原告適格」実務民事訴訟講座8巻所収88頁以下、阿部泰隆「公有水面埋立免許と救済手続」ジュリスト491号所収98頁以下、など)。したがってまた、最近における抗告訴訟とくに取消訴訟の対象の拡大(つまり「処分」性の拡大)の主張(たとえば、原田尚彦「抗告訴訟の対象について—処分性の拡大要因と縮小要因—」判例タイムズ263号所収2頁以下、渡部吉隆「行政訴訟の現代的課題—抗告訴訟における訴えの利益を中心として—」法曹時報23巻7号1頁以下、など)も、そうした観点からの一つの所産ともいえる。なお、かかる主張に対する評価は、とくにそれが仮の権利保護の適用範囲に関係するように思われるので、ここでは留保することにした。

そのほか、現行法の下における判例の一瞥において、第三者の訴えの利益を認めた注目せられるいくつかの判例(すでに多くの論者によって引用・紹介されている)も存するが、いずれも本案訴訟におけるものである。ところで、ごく最近の執行停止申立事件で、第三者がいわゆる集団示威運動の許可処分の一部の執行停止を申し立てた事例がある(東京地裁 昭和46年6月23日 決定一却下、判例時報640号39頁)。そこでは、「……右集団示威行進によって申立人のごとき一般第三者が損害を被るおそれがあるとしても、事後にその責任を追求するのは格別、事前に集団示威行進そのものを制限するためには、……明白かつ現在の危険のある場合でなければならないというべきである」として却下されたが、右事案は、いわゆる *Doppelwirkung und Drittwirkung* を伴う行政行為に対するものとはやや性格を異にしているように思われる。

- ③ なお、西ドイツにおけるこの種の問題について、建築法上の隣人訴訟の面からふ

れたものに遠藤博也「複数当事者の行政行為—行政過程論の試み—」(2)北大法学論集 20 卷 2 号 125 頁以下、執行停止制度の面からふれたものに拙稿「行政事件における執行不停止原則の再検討—西ドイツの執行停止制度との対比において—」(民商法雑誌 61 卷 6 号 947 頁～948 頁・951 頁～952 頁、などがある。なお、参照。そのほか、建築法上の隣人訴訟の許容性に関連してその第三者の訴えの利益に焦点を合せた、いわゆる本案訴訟にふれたものに、原田尚彦・前掲論文・国家学会雑誌 77 卷 3・4 号 69 頁～70 頁、80 頁～81 頁、99 頁～100 頁、同 9・10 号 22 頁～23 頁、がある。

- ④ なお序ながら、本稿は特に紙数の制限があるため、ここでの展開は極めて概括的なものとなっているけれども、その展開は、西ドイツの仮の権利保護制度たる執行停止制度と仮命令の制度の一応の理解を前提としたものであることと内容的には主として W・ヴィーゼラーの所説の紹介にとどまるであろうことをお断りしておきたい。とにかく、こうした問題についての問題意識をいくらかでも高めることができれば幸である。

## 1 問題の所在

### (1) 概 説

まず、用語について、簡単にふれておこう。ここで考察の対象とする《いわゆる Doppelwirkung および Drittwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護》ということばは、特に、西ドイツの現行行政裁判所法の下で顕著に主張されるにいたったものであるといってよく、したがって、そのさいの「いわゆる Doppelwirkung および Drittwirkung を伴う行政行為」という専門用語についても、また概念的にも、必ずしも定着した統一的なものとはいえない。<sup>①</sup>しかし、問題はその呼称をめぐる専門用語にあるのではなくて、こうした行政行為を伴う具体的な場合に適用される仮の権利保護の方法が問題の核心であるので、ここでは右の用語の下でそれに相当する場合の行政行為についてあらかじめ顧慮しておくことが肝要であろう。もっとも、近時において、とりわけ人口の増加、それから出来た生活関係の複雑化、そしてそれに結びついている利益交々<sup>②</sup>という状況による現代行政の活動領域の拡大の下で、こう



した行政行為が注目せられており、なお将来において一層注目せられるであろうといわれ、それと同時に、こうした行政行為に対する仮の権利保護の方法についても活発に論ぜられている。

ともかくも、こうした行政行為に相当する場合といえば、種々のケースが考えられ得ると思われるが、ここでは特に仮の権利保護の面から考えて、＜名宛人に授益的な効果と侵益的な効果を同時に生ずる行政行為＞、と、＜名宛人に授益的な効果を生じ同時に第三者に侵益的な効果を伴う行政行為＞、とに大別することができるであろう。<sup>③</sup>以下においては、そのそれぞれの場合における仮の権利保護の方法について、主としてW・ヴィーゼラーの所説を中心に、したがって、前者を「名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為」、後者を「第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為」、と称して概括的に考察することとする。

註 ① 思うに、こうした「いわゆる二重的効果(Doppelwirkung)および第三者の効果(Drittwirkung)を伴う行政行為」などということは、ことさら新しい行政行為として登場したものではなくて——こうした行政行為がすでに以前から存していることおよび量的ないし質的な変化ないし複雑化は是認されよう——行政裁判権の根本的な変革および行政裁判制度の拡充・整備に伴う有効で包括的な権利保護制度の確立という観点からそうした行政行為における侵益的な部分を争う場合の争訟方法に着目して登場してきたという側面をもっているように考えられ、また原告適格(訴えの利益)の拡大に伴い発展的に生じた問題の一つでもあるように考えられる。そして、かかる行政行為において、とりわけ、その仮の権利保護の方法をめぐる問題が提起され、かなりの論争が行なわれ現在にいたっているが、以下にかかる行政行為の概念の定立について概観しておこう(すでにわが国で取り扱ったものに、遠藤博也「複数当事者の行政行為—行政過程論の試み—(1)」北大法学論集20巻1号7頁～8頁がある。なお参照)。

1 W・デルフラーによれば、「Doppelwirkung を伴う行政行為は、一部では授益的であり、一部では侵益的である。それは、権利、許可もしくは法的に確かな利益を理由づけまたは確認することによってある人に正当さを与え、同時に、行為、受忍もしくは不行為を要求または権利を制限したり

剝奪したりすることによって他の人を義務づける。それに対して、Drittwirkung を伴う行政行為は授益をのみ目ざすものである。……これにしたがって、Drittwirkung を伴う行政行為は、第三者の実体的に保護された法的地位を前提要件とする。その存在は、当該の規定の保護目的にかかっている」、そして、「行政庁の活動的になる請求権が隣人の権限に属しかつ行政庁が申請にしたがって建築主に対して侵益的な処分(たとえば除却命令)を発するとすれば、この措置は、同時に隣人に授益となるので、Doppelwirkung を伴う行政行為としての適性を有することになる」と述べている(W. Dörffler, „Verwaltungsakte mit Drittwirkung“, NJW 1963, S. 14 <15 und 19>。

なお、右の見解に対しては、「Doppelwirkung を伴う行政行為のデルフラーの概念規定は、Drittwirkung を伴う授益的な行政行為をもおおっているので説得し得ない」という批判がある(G. Fromm, „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, VerwArch. Bd. 56, 1965, S. 26 <28>; W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 220 <221, Anm. 3>; H.—W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, SS. 30～31)、が、「それでもなお、デルフラーの業績は、非常に功績の多いものである。彼は、明白な限りにおいて、Doppelwirkung を伴う行政行為はある《一定の大きなもの》 („einheitliche Größe“) ではなくてむしろ種々の形態を呈示しているということを明らかにした最初の者である」といわれる(G. Fromm, ibid., VerwArch. Bd. 56, 1965, S. 28)。

- 2 H・J・ヴォルフによれば、「Doppelwirkung を伴う行政行為は、一部では侵益的に働き、一部では授益的に働く——それが同一人に関するときは混合効果(Mischwirkung)であり、異なる人に関するときは第三者的效果(Drittwirkung)である」と述べている(H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., 1968, S. 314)。

なお、右の見解に対しては、「ヴォルフは、ある人に授益となり、同時に他の人に侵益となる行政行為を Doppelwirkung を伴う行政行為として特徴づけているので、ヴォルフの概念形成は、したがって、不明確さがあり、単に乱れをまとめるために適当する」(H.—W. Laubinger, a. a. O. S. 33)、

「ヴォルフは、…… *Drittwirkung* を伴う行政行為を関係人の視点から定めているからである」(W. Wieseler, a.a.O.S.220)、などの批判がある。

3 ジークムント・シュルツェによれば、「*Doppelwirkung* を伴う行政行為の下で、判例によって与えられたそれらの志向 (*Intention*) にもとづいて、ある人に授益となり、そして他の人に侵益となるところの行政行為を理解すべきである。それに対して、*Drittwirkung* を伴う行政行為は、ある人の授益に関してのみ向けられる。すなわち、第三者のそこへやってくる侵益は、単に行政行為の違法性による」と述べている (Sigmund-Schultze, „Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten“, DVBl. 1963, S.745<753>)。

なお、右の見解に対しては、「このような区別もまた可能かと思うが、理論的または実効的な効用の見込みがない」(H.—W. Laubinger, a.a.O. S.31) という批判のほか、G・フロムの批判 (G. Fromm, *ibid.*, *VerwArch.* Bd.56, 1965, S.27 <Anm.7>) などがある。

4 G・フロムによれば、「*Doppelwirkung* を伴う行政行為——あるいはまた《二面的》 („*januskopftiger*“) 行政行為——について、人は、一般に、行政行為が一人もしくは複数の関係人に授益的に働きしかも同時に一人もしくは複数の関係人に侵益的に働くものとして述べている」として、*Doppelwirkung* を伴う行政行為に関する概念規定として「*Doppelwirkung* を伴う行政行為は、ある授益的な行政行為であって、それに対して訴権 (*Klagebefugnis*) が他の者に帰属する」と提案されている (G. Fromm, *ibid.*, *VerwArch.* Bd.56, 1965, SS.26~28)。

なお、右の見解に対しては、「*Doppelwirkung* を伴う行政行為の拡大した概念を、もちろん、フロムが発展させた。フロムは、裁判される判断の手段を、実体的な関係人性においてみるのではなくて、第三者の訴権においてみる。そして、それ故に、*Doppelwirkung* を伴う行政行為を、ある人に授益的行政行為として定義し、それに対して訴権がその他の人に帰属する。

この訴権は、実体的な権利の結果としてばかりでなく、特別な法律上の規律にもとづいても結果として生じ得る」という批評がある (H.—W. Laubinger, a.a.O.SS.31~32)。ところで、こうした行政行為を《二面的行政行為》として特徴づけているものに、M・セルマン („*Die Problematik der*

Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, NJW 1964, S.1545)、ツィンザー („Anm. zu VGH Hessen, Urt. v. 9. 3. 1951“, DÖV 1953, S.151) などがあり、前者は、とくに、こうした行政行為の概念的な区分は実際的に意味がないとしている。

5 F・オセンビュールによれば、「多くの行政行為は、ある名宛人にばかり向けられるのではなくて、ある者に侵益的となり、しかも対応して他の者に授益的となることにより多数の国民にも向けられる。かかる行為は、その行為において個々の授益を公費が負担するのではなくてむしろ他の国民が負担するのであるが、Doppelwirkungを伴う行政行為と特徴づけられる。侵益と授益は、はなれて依存しており、しかもいわば相互に附随的に結びついている。ツィンザーは、この場合、二面的行政行為と語っている」と述べている(F. Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 1964, S.124)。

6 H-W・ロービンガーによれば、「学説と判例において、それは全く表面にくっついている確認に限定するが、ある市民に授益となり同時に他の市民に侵益となる、という Doppelwirkungを伴う行政行為の定義の一例が見出される。授益と侵益の本質に関するすでに得られた認識の助力を伴って、それから次の Doppelwirkungを伴う行政行為の法理論的な簡潔にされた概念規定が明らかとなる。すなわち、Doppelwirkungを伴う行政行為は、ある人に関して私権、公権もしくはその他の法的に確かな利益を理由づけまたは確認すると同時に他の人の私権、公権もしくはその他の法的地位を侵害またはそのような権利もしくは法的地位において侵益的な確認を行なうところの高権行為である。Doppelwirkungを伴う行政行為については、それは唯一の行政行為であって、二人もしくはそれ以上の関係人を持ち、もちろん常にそのうちの少なくとも一人に授益となりそして他の人には侵益となるに相違ない、という特徴を示す。…(諸説の検討ののち)…かくして、はじめに明らかにした概念規定に定着すべきであるということは、総括として確認され得る」と述べている(H.-W. Laubinger, a.a.O.SS.28~33)。

7 なお、筆者は、ここではW・ヴィーゼラーの見解にしたがってその仮の権利保護の方法について考察しているが、それは、いわば以前に発表した論文(拙稿「行政事件における執行不停止原則の再検討——西ドイツの執行停止制度

との対比において——(二) 民商法雑誌 61巻 6号919頁以下)の一部の補充を意味するものであって、筆者の視角において基本的に変るところがない(なお、右拙稿・民商法雑誌 61巻 6号 947頁～948頁、951頁～952頁を参照されたい)。

ところで、„Doppelwirkung“については「二重的効果」または「双面的効果」、„Drittwirkung“については「第三者的效果」または「第三者効」、などの訳語が考えられるが、そのそれぞれが必ずしも内容的にぴったりしたもののようにも思われないので、ここでは、„Doppelwirkung“、„Drittwirkung“とそのままのことはを用いることにした。

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.219.

③ なお、遠藤博也・前掲論文は、「Doppelwirkung を伴う行政行為」と「Drittwirkung を伴う行政行為」を複数当事者の行政行為と一括して、したがってその仮の権利保護についても一括して論じているが、それはいわばそれらを総称する用語としては是認され得るかも知れないけれども、仮の権利保護については、ともかくも一括して論じることには無理が存するように思われる。

## (2) 問題の提起

1 名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為  
授益的效果と侵益的效果とが同時に名宛人だけの法領域にふれる措置を、この研究において「名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為」と称して述べるのであるが、ここで取り扱われる問題は、名宛人の法領域が授益を与え同時に侵益となる行政行為に関係し、そして当事者がその行政行為に対して高権行為の侵益的な部分を阻止しようとするときに、当事者にいかなる範囲<sup>①</sup>において仮の権利保護が許容されるのか、という点において存する。

つまり、この場合、個々の私人に関して、特に停止的效果 (aufschiebende Wirkung) または仮命令 (einstweilige Anordnung) の方法による仮の権利保護制度の適用範囲に包括せられると解されるが、そのさい、そのいずれの方法による仮の権利保護が保障されることになるのかということ、と、授益と

侵益の関係をどう理解されるべきであるのかということが、問題の中心となる。そしてまた、仮に、行政裁判所法80条にもとづく停止の効果(いわゆる執行停止制度)が適用されるとすれば、停止的效果が行政行為の侵益的部分についてだけでなく授益的部分をも包括することになるのかどうか、換言すれば、停止的效果が侵益的部分についてのみその法効果を発生するのかどうか、という問題もまた意味をもち得るであろう。

そのほか、こうした行政行為の侵益的部分が、行政行為の付款(Nebenbestimmung)であるのか、それとも、行政行為の内容の定め(Inhaltsbestimmung)であるのか、——このために、ひよっとすると係争物(Streitgegenstand)の内容と範囲に関する必然の帰結となるので——こうした問題の解決のために重要であるといえよう。<sup>②</sup>

## 2 第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為

名宛人には授益的效果を生ずるが同時に第三者に侵益的效果を伴う場合の措置を、この研究において、「第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為」と称して述べるのであるが、こうした行政行為の下で、したがって法効果が名宛人に授益となるが同時に第三者に侵益となるように人的に異なる権利主体に分配されるところの高権行為が理解され、そのさい、いわゆる第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為によって侵益となる第三者が仮の権利保護を求めることができるのかどうか、または、いかなる仮の権利保護を求めることができるのかという問題が提起される。かかる問題は、特に建築法の分野で顕著に認識され得るところであり、一般に隣人訴訟(Nachbarklage)<sup>④</sup>をめぐる議論されているところである。

たとえば、次のような事例が考えられる。「隣人であり、隣接する宅地所有者のAとB」の関係において、Aは建築法上の規定に適合して——つまり、Aは隣接地所有者たるBの宅地のために規定の3メートルの境界距離を厳守して——二階建ての家を建築した、とし、その後、Bが家の建築を計画し、そして、Bが規定の建築の家と家との間隔(3メートル)の免除の下で隣接するAの宅地の境界の1・2メートルのところまで家を建築しようとする場合を想定しよう。その場合、Aは、Bが建築の家と家との間隔の免除の下で家を建てると



いうことを阻止することができると思われる、が、そのさい、Aのために、行政裁判上の仮の権利保護制度が適用されるのかどうか、仮に適用されるとすればいかなる仮の権利保護の方法が認められることになるのか、という問題が存在する。<sup>⑥</sup>

ここでは、右の事例が典型的であると思われるので、主として、右のような事例の下に問題の解決を検討したいと思う(したがって、「3 第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する若干の検討」はかかる事例を素材として考察する)。

註 ① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, SS.222~223.

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.223.

③ W. Wieseler, a.a.O.SS.222 und 231.

④ 建築法上の隣人訴訟の歴史的考察については、〈M.Sellmann, „Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht“, DVBl. 1963, S.273ff.; H.—W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, SS.34~42; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, SS.201~203; R. Bernhardt, „Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte“, JZ 1963, S.302 (303); O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S.343ff., S.439ff.〉などを参照されたい。なお、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴の利益)——ドイツにおける判例の動向を中心として——(1)」国家学会雑誌77巻3・4号69頁~70頁、80頁~81頁、99頁~100頁、同9・10号22頁~23頁参照。

要するに、ボン基本法の制定以前における判例の一瞥から、〈プロイセン、バーデンおよびチューリンゲンにおいては、上級行政裁判所が、隣人の訴権を、建築警察上の規範は秩序機能をのみもち、個々のもちろん隣人の保護に機能するための目的をもつものではないという理由づけによって例外なく拒否した。したがって、かかる判例によれば、建築警察法の領域に関して Doppelwirkung を伴

う行政行為は存在し得ないということになる。一方、「ヴェルテンベルク行政裁判所は中間的態度をとったが、なるほど同様に非常に隣人に好ましい態度ではなかった。同裁判所は、とにかく、隣人保護の本性であるところの建築法規範が存在し得る、ということ認めた。しかし、同裁判所は、そのような保護目的の承認において控え目に指示し、そして、原則としてそこへ行く明文規定もしくは隣人が許可の賦与によりその固有の建築権を侵害されるという立証を要求した」といわれ、かくして、ヴェルテンベルク行政裁判所によれば、Doppelwirkungを伴う行政行為の存在の可能性を認めたが、その数は極めて少なかったようである。また、ブラウンシュバイク行政裁判所とザックセン上級行政裁判所は、多くの建築許可の Doppelwirkung をかたづけたいといわれる (vgl. H.—W. Laubinger, a.a.O.S.42)。

ところで、本案訴訟における状況が右の如くであったためか、その仮の権利保護について論ぜられるにいたったのは、比較的最近のようである。そのことはまた、次の論述からもうかがえる。すなわち、「建築法の公法上の隣人訴訟において、建築許可に対する第三者の取消訴訟の形式における仮の権利保護が多くの難事をつくった」(H. Peters, „Der Dritte im Baurecht“, DÖV 1965, S. 744<750>)、「建築法における行政行為の Doppelwirkung のテーマは、最近の学説において、たとえば、隣人が建築許可行政庁について結果除去請求の方法で建築許可の取消し・撤回を求めることができるのかどうかという問題に関して、とくに従来から十分な解決をめざすことなしに屢々論ぜられている。……

Doppelwirkung を伴う行政行為において、侵益となる者の仮の権利保護の問題は、とくに行政裁判所法80条と123条の関係で、かなり争われている。前述の代表的な見解においては、こうした難事を処置していない」(H.H. Schröer, „Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage“, DÖV 1966, S.228<228 und 231>) など。

⑤ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.232.

なお、問題提起と後述の検討の関係で、ノルトライン・ヴェストファーレンの建築法 (Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. 1. 1970) の関係法条を次に紹介しておこう。

「(7条) ①公の交通の側面でない不動産の境界について、建物、次項の規準に応じて最小の間隔 (Mindestabstand) (Bauwich) を厳守しなければなら

ない(その限りにおいて境界に建てることは許されない)。……隣人の土地に関して、建物がすでにその境界に建てられているときには、除却されることを要求され得るということになる。

② 家と家との間隔(Bauwich)の幅は、次の通りである。

(→) 1、2階建てについては最小限度3メートル

(→) その他のすべての建物については階ごとに最小限度1・5メートル

③ (省 略)

(86条) ② 本法の強制的な規定の免除もしくは本法にもとづいて発せられた強制的な規定の免除は、文書で理由づけられた申立てについて、次の場合に、上級建築監督行政庁の同意を以て特別な決定により賦与され得る。

(→) 公益の理由で免除が必要である場合(1項および以下省略)

(87条) ① 建築監督行政庁は、隣人の保護にも機能するために定められているところのかかる規定の免除の賦与のまえに、隣接不動産の所有者を聴問すべきである。

② (省 略)

③ 免除に関する決定は、……隣人に告知すべきである。

(88条) ③ 建築許可は、負担、条件もしくは期限を付して賦与され得る。

(1、2項および以下省略)」

⑥ なお、隣人については、たとえば、公の建築法の意味における隣人は不動産所有者と隣接した不動産の物権的権利者であると解せられるが、その場合、単に直接隣接している不動産の物権的権利者のみを意味するのかが問題であって、「不動産の隣接者ばかりではなくて、第三者の侵益となる建築物の影響範囲にあるところのすべての不動産所有者、建築物の所有者もしくは住宅の分割所有者、なども隣人とみなすべきである」(O.Bohm, „nochmals: Die baurechtliche Behandlung öffentlicher Bauten“, DVBl. 1959, S.726<729>)という見解もあり、したがって、全くはなれている不動産の所有者もまた公の建築法の意味における隣人である場合が存在する(H.—W. Laubinger, a.a.O.S.52)。

また、「建築計画法の意味における隣人の概念は、隣接不動産の所有者に限定されず、むしろ計画法上の決定と相違した建築上の構造によってこの不動産のために事実上侵害されるところの建築不動産の周囲における不動産の所有者をも包括する」と判示した判例がある(OVG Münster, Urt. v. 23. 4. 1964, DÖV

1964, S.785)。

## 2 名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為に対する 若干の検討

ここでは、授益的效果と侵益的效果とが同時に名宛人だけに生ずる行政行為に対する仮の権利保護——つまり、かかる行政行為の侵益的な部分のみに対する仮の阻止——について考察するのであるが、その場合、その侵益的な部分がかかる行政行為の付款 (Nebenbestimmung) なのかそれともかかる行政行為の内容の定め (Inhaltsbestimmung) (重要な要素) なのかによって仮の権利保護の方法も異なるであろうと思われるので、そのそれぞれの場合に大別して考察することにしよう。

### (1) 行政行為の付款としての侵益

負担、条件、期限および撤回の留保などが一般に行政行為の付款と称されるものであるが、ここでは負担と条件とをとりあげ例をあげて概括的に考察することとする。

#### 1 負担 (Auflage)

現代行政は、付款 (負担、条件、期限および撤回の留保) の概念を私法 (Privatrecht) から転用し、その内容についても、私法理論 (zivilrechtliche Dogmatik) <sup>①</sup> に関連して規定している。とりわけ、負担は、行政行為の必要不可欠な構成要素ではなく、通常授益的行政行為に付加される命令で授益者に一定の行為、受忍および不作為を命ずるものである。<sup>②</sup><sup>③</sup>

たとえば、Aが旅館営業の営業許可を申請し、それに対し管轄行政庁がAに「戸口をより大きくすること、換気装置をとりつけることおよび照度を倍にすること」などに応じて許可を賦与する場合を想定して考えてみよう。この場合、Aは本案判決にいたるまで「戸口をより大きくすること、換気装置をとりつけることおよび照度を倍にすること」などに応じることなしに仮に旅館営業の許可を使用することが可能であるのかどうかという問題が存する。この可能性は、Aがすでに旅館営業法1条にしたがって営業の実施のための必要な権利<sup>④</sup>

を認められているのかどうかにかかっている。それはまた一方では、許可に付加された付款の性質から明らかとなる。<sup>⑤</sup>

かかる事例の場合には、その制限——つまり、戸口をより大きくすること、換気装置をとりつけることおよび照度を倍にすること——は旅館営業法11条1項aの意味における負担である。こうした負担は、許可の必要不可欠な構成要素ではなくて、むしろ独立の行政行為であるので、Aはすでに旅館営業の営業権を認められていることになる、と解される。Aは、それ故に、高権的措置の侵益的な部分が負担である場合には、負担の取消しの訴えにより、侵益的部分たる負担に対してのみ停止的效果が生じ、それによって許可を仮に非制限的に——つまり、授益的部分を——使用することができる。したがって、Aは、本案判決の確定にいたるまで、仮に負担なしに旅館営業を営なむことができる、<sup>⑦</sup>ということになる。

もっとも、行政庁はもちろん負担の履行を即時執行命令の方法により独立に強制し得るが、それに対して、Aは異議審査請求決定庁および裁判所に対して停止的效果の回復を求めることができることになっている。<sup>⑧</sup>

いずれにせよ、行政行為の付款のみの取消しは広い意味では行政行為の一部取消しであり、法論理にもとづけば分離し得る一部違法性はあるのであって、それは行政行為の内容にしたがって一部取消しもまたその分離が可能である場合にのみ考えられ得る。かかる可分性は、統一的な決定において、いくつかの実体的な独立の命令がただ外面的に結合している場合に、疑いなく存在している。<sup>⑨</sup>負担についていえば、負担の取消しについて、許されない負担の付加が問題である限り、独立に取り消し得る、ということになり、したがってその仮の権利保護の方法は、いうまでもなく負担たる侵益的な部分にのみ向けられる訴えの提起にもとづいて自働的に生ずる停止的效果であり、行政庁により即時執行命令を発せられた場合における異議審査請求決定庁および裁判所による停止的效果の回復の申立て、<sup>⑩</sup>ということになる。<sup>⑪</sup>

## 2 条件 (Bedingung)

侵益が条件である場合——それに対して争訟が向けられているとき——にも、行政行為の授益的な部分が侵益的部分の取消しに関係しないのかどうかここ

での問題である。条件は、将来の一定の出来事であってその不確かな発生に行政行為の法効果がかかっている<sup>(12)</sup>(つまり、条件とは、行政行為の法効果の発生または消滅を、将来発生することが不確実な事実の発生にかからせる意思表示であって、これに、停止条件と解除条件がある)<sup>(13)</sup>。たとえば、Bが営業法(Gewerbeordnung für das Deutsche Reich von 1869 in der Fassung vom 26. 7. 1900) 16条以下にもとづいて塵芥利用設備(Müllverwertungsanlage)の建築許可(Genehmigung)を申請し、行政庁がその申請を「隣接地所有者がその土地に関する排水路のための同意を与える」ということに応じて許可するときには、この制限的な付款は停止条件であるということになる<sup>(14)</sup>。また、たとえば、建築許可行政庁(Baugenehmigungsbehörde)がCに「炬をもった建築物(Bauwerk mit Feuerstelle)が100メートルの範囲内に立てられるときに、わらぶきの屋根が瓦ぶきの屋根にふきかえられる、ということわらぶきの屋根に保証すべきである」という条件の下に建築許可を賦与するときには、解除条件が問題であるということになる<sup>(15)</sup>。

ところで、条件は、行政行為の独立的な構成要素ではなくて、むしろ行政行為の不可欠な構成要素であるので、それは——負担とは反対に——、独立して、行政強制手続において執行され得ないし、行政庁によって撤回され得ないし、争訟をもって争うことができないし、また条件のみの履行を独立に強制されることはない<sup>(16)</sup>、と解される<sup>(17)</sup>。

だから、右の例におけるBとCは、行政行為の付款たる条件を争う場合において、侵益的な条件を独立に争うことができないので、行政行為と一体で争わなければならない、ということになる。なぜならば、そのような行政行為は、法的運命(das rechtliche Schicksal)をその付款に分与しているからであって、したがって行政行為の係争物(Streitgegenstand)はその全体においてあるということになるからである<sup>(18)</sup>。しかし、右にあげた例の両方の場合に両方の行政行為は名宛人の現存の行使している権利(Ausübungsberechtigung)では争えず、むしろBとCは非制限的な権限の承認を得ようとしているのであるから、争訟として義務づけ訴訟<sup>(19)</sup>(Verpflichtungsklage)が考慮されるということになる。条件付きの許可の賦与はその法的地位の違法な侵害でありその



承認により形成される権利(Einräumungsberechtigung)に違反しているというBとCの法的主張は、係争物であり、したがって、BとCは行政庁にいわゆる許可を制限的な条件なしに賦与すべきであるということを義務づけるところの義務づけ訴訟の方法でのみ訴えの請求を達することができるのである。そして、かかる訴訟類型のときには、仮の権利保護として仮命令の制度が適用される。<sup>22)</sup>

以上要するに、Bについては、Bにいわゆる許可が停止条件の下で賦与されているのであるから、行政行為が条件の成就まえにその効力を生じないので、Bはそのいわゆる許可の効果を享受することができないということになる。それに対して、Cについては、Cに賦与された建築許可はすでにその告知の時期に法的に有効であるので、Cは仮命令の手續において一提起された義務づけの申立てとは関係なく一建築に着手しはじめ得ることになる。なぜならば、その場合、仮命令の発布に関するCの申立てとその義務づけ訴訟が理由づけられないものとして却下されたときですら、それでも制限された回復しがたい許可はその法的存立において変更されないままであるということになるからである。その他のあらゆる所産は、実際にCの訴えの請求と一致しない。したがって、BとCにおける如く、侵益的な付款が条件であるときには、それは不可欠な構成要素であるところの授益的な行政行為と一体にのみ義務づけ訴訟の方法で争われ得ることになり、その仮の権利保護としてかかる名宛人に関連したDoppelwirkungを伴う行政行為のとき仮命令の制度が適用されるということになる。<sup>25)</sup>

註 ① W. Martens, „Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß“, DVBl. 1965, S.428.

② H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 7.Aufl., 1968, S.325.

③ H. Krüger, „Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung“, DVBl. 1955, S.380(387); H.J. Wolff, a.a.O.S.325.

④ 旅館営業法 (Gaststättengesetz vom 28. 4. 1930; geändert durch---Ges. vom 4. 8. 1961) 1条は次のように規定されている。

「(1条) 営業許可と必要性の証明 (Betriebserlaubnis u. Bedürfnisnachweis)

(一) 旅館営業、居酒屋営業または火酒の小売業を営もうとする者は、許可を受けなければならない。許可は権利能力なき社団と同様に法人にも賦与され得る。

(二) 許可は、必要性が証明されるときにのみ賦与されるはずである。

(三) 省略

⑤ Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, SS.223~224.

⑥ 旅館営業法11条1項aは次のように規定されている。

「(11条) 負担 (Auflagen)

(一) 許可の賦与に関する管轄行政庁により、旅館営業または居酒屋営業の営業主に、許可の賦与のときもしくは許可の賦与ののちは警察行政庁の申請にもとづいて(次の場合に)負担を付加され得る。

a 生命、健康および道徳規範に関する危険に対して、客、従業員の保護のために。」

⑦ なお、W・ヴィーゼラーは、〈De Clerck, NJW 61, 2233 (2234 und 1 e); Tschira-Schmitt, BayBgm. 62, 1(2); Spick, S.47 und Eyermann-Fröhler, § 80 Rdn. 10〉等に代表される反対意見に従うことができない、として次のように述べている。それらの反対意見は、行政庁が授益を同時の侵益なしに保障しないであろうという行政行為が認められるときに、侵益的な負担の取消しにおいて、停止の効果が授益的な部分にもつまり行政行為の全体と理解することができる。けれども、とくに Tschira-Schmitt および Eyermann-Fröhler により述べられた例が Gewerberecht から説明しているように、この見解の代表者は、負担と条件の間の区別を見そこなっている。というのは、高権主体が授益を負担なしに与えないとしようとするときには、付款の成就を不可欠で緊急のためにと認めるからであるが、……。しかし、この場合、付款は負担ではなくむしろ停止条件である。なぜならば、単にこの場合において、それについて Tschira-Schmitt は、行政庁の表示の両方の部分は相互に不可分的に結びついているという前提で出発しているからである。(W. Wieseler, a.a.O.S. 224〈Anm.3〉)。

⑧ 行政庁の即時執行命令および異議審査請求決定庁または裁判所による停止的效果の回復等については、拙稿「行政事件における執行不停止原則の再検討—西ドイ

ツの執行停止制度との対比において一」(3)民商法雑誌62巻3号396頁以下、同(4)同62巻4号540頁以下、等を参照されたい。

- ⑨ W. Martens, *ibid.*, DVBl. 1965, S.428.
- ⑩ Vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 9. 11. 1950, DVBl. 1951, S.181(182); W. Martens, *ibid.*, DVBl. 1965, S.432.
- ⑪ なお、わが国における問題でこうした観点から説いたものに、室井力「付款の執行停止請求事件」ジュリスト433号42頁、拙稿・前掲論文(6・完)民商法雑誌63巻1号17頁以下、同「不許可ないし拒否処分等に対する仮の権利保護」法学論叢89巻2号106頁以下、などがある。
- ⑫ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.224.
- ⑬ 杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)243頁～244頁参照。
- ⑭ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.224.
- ⑮ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.224.
- ⑯ H.J. Wolff, a.a.O.S.325.
- ⑰ W. Wiessler, a.a.O.S.225.
- ⑱ Vgl. H.J. Wolff, a.a.O.S.325.
- ⑲ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.225.
- ⑳ 参考のために、1960年の行政裁判所法(VwGO)の42条を掲げておく。

「(42条)取消訴訟、義務づけ訴訟(Anfechtungs-, Verpflichtungsklage)

(一) 訴えによって、行政行為の取消(取消訴訟)ならびに拒否もしくは不行為にかかる行政行為の行なうことの判決(義務づけ訴訟)を求めることができる。

(二) 法律に別段の規定がない限り、訴えは、原告が行政行為またはその拒否もしくは不行為により権利を侵害されたと主張する場合にのみ許容される。」

㉑ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.225.

㉒ ところで、この場合、「裁判所が行政庁に仮命令の方法でBとCが申請した許可を条件なしに賦与することを指示するのかどうかは、往々、この両方の場合に判決の回復しがたい先取の恐れがないので、本案訴訟の裁判の先取の問題ではない。むしろこの場合、仮命令の発布は、BとCにより求められた現に行使している権利の承認のとき、公行政の当該担当者の法的拘束性の問題である。BとCに対する高権主体のそのような法的拘束性が存在するかどうかは、またいかなる範囲で存

在するのは、当該建築法上のラント規定と市町村の規定から明らかとなる」といわれる(W. Wieseler, a.a.O.O.225)。

㉓ W. Wieseler, a.a.O.S.225.

㉔ W. Wieseler, a.a.O.S.226.

㉕ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.226.

なお、同じことは、授益的行政行為に対する付款のその他の種別としての期限(Befristung)および撤回留保(Widerrufsvorbehalt)についても妥当する(W. Wieseler, a.a.O.S.226<Anm.8>)。

## (2) 行政行為の内容の定めとしての侵益

名宛人への侵益的な部分が行政行為の付款ではなくその内容の定め(Inhaltsbestimmung)であるときには、仮の権利保護の方法の問題のほか、この場合に侵益に対する争訟が授益についていかなる法効果を及ぼすのかという問題が生じ得る。<sup>①</sup>

1 承認により形成される権利(Einräumungsberechtigung)の一部拒否  
たとえば、学生Dが連邦社会補助法(Bundessozialhilfegesetz vom 30. 6. 1961) 31条以下にしたがって毎月200マルクの教育扶助(Ausbildungshilfe)を申請し、それに対して行政庁がDに毎月150マルクの補助を承認する旨の決定をしそれを超える請求を拒否した、とする例で考えてみよう。この場合、Dが毎月200マルクの請求を信じなければならないとすれば、さしあたりかかる給付決定に対して生じる争訟が考慮されるかが問題となる。<sup>②</sup>

こうした問題について、W・ヴィーゼラーによれば、Dの訴えの請求から明らかとなるとされ、Dはすでに承認された150マルクに当然に立ち向っているのではなくてむしろ訴えの目的は単に拒否された50マルクに立ち向っているのであるから、毎月50マルク以上の教育扶助の拒否はその法的状態の違法な侵害でありまたその承認により形成される権利に違反している、というDの主張は係争物である、とされる。<sup>③</sup>

要するに、右の事例においては、Dはすでに承認された授益的部分たる毎月150マルクの給付を受けて、その授益的部分に関係なく、侵益的部分たる毎月

50マルクの拒否の部分についてのみ争うことができるということになり、その場合の本案訴訟は——つまり、拒否された行政行為の発布に関する訴えとなるので——<義務づけ訴訟>であり、したがって、その仮の権利保護の方法として<sup>④</sup>てく仮命令の制度>が適用されるのである。

## 2 現に行使している権利 (Ausübungsberechtigung) の一部剥奪

たとえば、毎月 200マルク の生活扶助を受けている男やもめの E が、保護義務のある娘の結婚＝自己の世帯の創設により、毎月 50マルク の生活扶助を減ぜられた場合を例にして考えてみよう。この場合、行政庁は変更決定によって扶助の必要な E の現存の法的地位を侵害する。というのは、生活扶助の保障は継続的效果を伴う行政行為であり、その効果は——期限が明らかでない限り——その撤回によって終了するからである。だから、行政庁の決定が違法でありその現に行使している権利を侵害する、という E の主張は係争物である。<sup>⑤</sup>

このような生活扶助の一部剥奪に当たる給付の変更決定に対する争訟としては、もちろん、本案訴訟は<取消訴訟>であり、したがって、その仮の権利保護の方法として<執行停止制度>が適用されることはいうまでもない。つまり、生活扶助の変更決定に対する異議審査請求または取消訴訟の提起により、それらに自働的に生ずる停止的效果によって本案訴訟の確定にいたるまで従前と同様の扶助を仮に受けることができるのである(もっとも、前述したように、行政庁が即時執行を命じた場合には、再び停止的效果の回復を求めることができる)。

① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S.226.

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.226.

なお、連邦社会補助法は、教育扶助 (Ausbildungshilfe) について、31条から35条にわたって規定している。とくに、31条は「内容」について規定し、32条はその「前提要件」について、また、33条は「扶助の範囲」について、それぞれ規定している。参考のために、31条1項のみをつぎに紹介しておこう。

「(31条) 内容 (Inhalt)

(一) 相応の職業教育のために(zur Ausbildung für einen angemessenen

Beruf oder für eine sonstige angemessene Tätigkeit)、教育を受ける者に教育扶助を保障すべきである。」

⑤ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.SS.226~227.

⑥ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.227.

⑦ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.227.

⑧ なお、要するにEは訴えの停止の効果により毎月200マルクの社会扶助を仮に受けることになるのであるが、もし裁判所が取消訴訟の判決で行政庁の社会扶助の一部剝奪が適法に行なわれたことを確認したときには、Eは停止の効果にもとづいて行なわれた増加給付の返還を義務づけられるということになる。というのは、行政裁判所法80条の手続法上の規律から実体法上の給付請求が演繹され得ないからである。それに対して、裁判所が行政庁の社会扶助の一部剝奪を違法として取り消すときには、Eは社会扶助を判決の遡及的效果の結果従前通りの扶助を維持し得るということになる (vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.228)。

### (3) 概 括

仮の権利保護の制度の適用範囲は、名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為によって制限されることはない。<sup>①</sup>すなわち、侵益的な部分が行政行為の付款であるのかまたは内容の定めであるのかということによってその仮の権利保護が制限されることはないのであって、ただその場合いかなる仮の権利保護の方法が適用されるのかということになるだけであるといつてよい。

以上要するに、極めて概括的な考察からではあるが、すでに述べた如く、まず、行政行為の付款としての侵益についていえば、それが負担であるときには「負担であるところの侵益的な付款に対する取消訴訟が当該行政行為の授益的な部分に決してふれない」<sup>②</sup>ということとその仮の権利保護の方法として執行停止制度が適用されるということ、と、それが条件であるときには、条件がその法的状態の違法な侵害でありその承認により形成される権利に違反しているという名宛人の主張は係争物であるので、その仮の権利保護の方法として仮命令の制度が適用されるということ、<sup>③</sup>が明らかとなった。

つぎに、名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為の侵益的な部



分が高権行為の内容の定めであるときには、承認により形成される権利の一部拒否と現に行使している権利の一部剥奪が考えられ、前者においてはその法的状態の違法な侵害でありかつその承認により形成される権利に違反するという名宛人の主張が係争物であるから、その仮の権利保護の方法として仮命令の制度が適用されるということ、と、後者においてはその意思決定が違法でありかつその現に行使している権利を侵害するという当事者の主張が係争物であるから、その仮の権利保護の方法として執行停止制度が適用されるということ、が明らかとなった。<sup>④</sup>

- ① W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S.229.
- ② W. Wieseler, a.a.O.S.230.
- ③ Vgl. W. Wieseler. a.a.O.S.230.
- ④ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.SS.230~231.

### 3 第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する若干の検討

ここでは、名宛人には授益の効果を生ずるが同時に第三者に侵益の効果を伴う行政行為に対する仮の権利保護について考察するのであるが、「問題の提起2」であげた事例を素材に主として建築法上の隣人訴訟(Nachbarklage)をめぐって概括的に考察することにしよう<sup>①</sup>(事例については、前述10頁~11頁を参照されたい。なお以下においても、かかる事例を前提に、事例におけるA、Bを中心に論述することにする)。

- ① なお、R・ハインチェによれば、「第三者に賦与された Genehmigung が申立人の権利を侵害する場合、申立人を保護するために、仮の権利保護のいかなる可能性が存するかが問題である。かかる場合に、隣人訴訟が許容されるということは、認められた権利である。この場合、仮の権利保護が保障されるべきであるということについてもまた一致している。仮の権利保護が行政裁判所法80条に関し

て実現されるべきであるか、それとも同法 123 条に関して実現されるべきであるか、が問題である。こうした問題を解決するために、さしあたり、80 条と 123 条の間の関係を詳しく吟味されなければならない。行政裁判所法 123 条 5 項は、1 項から 4 項の規定は争われる行政行為の執行もしくは争訟の停止の効果の除去について妥当しない、と定めている。123 条は、したがって、80 条が適用可能であるときに除去される。それは、この両法制度の適用順序に関する規定ではなくて、むしろ法的性質から必然的に生じた法的結果の確認である。123 条は、80 条に対する上位概念 (Oberbegriff) でもなければ、80 条は 123 条の特別な場合 (Sonderfall) でもない」と述べている (R. Heintze, „Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten“, NJW 1963, S.1430)。

### (1) 建築許可の法的性質

まず、隣人に対する関係における建築主の建築許可 (Baugenehmigung) の法的性質について簡単に顧慮しておこう。

前述の事例についていえば、B については当該建築許可は授益的な行政行為である。そして、もし仮にそれが A に対しても行政行為であるとすれば、A は、この A に侵益的な B の建築許可に対して行政裁判所法 42 条 1 項に<sup>①</sup>したがって取消訴訟を提起することができる、ということになる。この場合、さしあたり、A がかかる建築許可の名宛人でないことは明らかであるが、A がその名宛人でないということからだけで、そうした措置が A に対して行政行為でないと速断し得ない<sup>②</sup>ように思われる。つまり、かかる建築許可が A に対しても行政行為であるのかどうかがこの主たる問題である (いうまでもないことではあるが、西ドイツにおいては実定法上「行政行為」という用語が用いられている〈たとえば行政裁判所法 42 条〉)。

H・J・ヴォルフのように、行政行為の下で〈行政法の領域に関する公行政の主体の行なわれたあらゆる措置が、個々の場合の規律のために、それによって 1 人もしくは数人に直接的に関係する〉<sup>③</sup>と理解すれば、B に賦与された建築許可は A に対しても行政行為であるということになろう。というのは、建築許可は、B の法的に許されたものが具体的な建築の施行に関して規律し、それ

によって同時にAに関係するところの行政行為の領域に関する建築許可行政庁(Baugenehmigungsbehörde)の措置であるからである。<sup>④</sup> 家と家との間隔の免除の賦与は、もちろん、境界の距離の厳守を制度的に保障しているところの客観的な建築法において理由づけられたAの主観的な権利を侵害し得る。<sup>⑤</sup>

ところで、この場合、Bに建築許可を賦与するとき、たとえば、連邦建築法31条以下、ノルトライン・ヴェストファーレンの建築法(Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen) 7条以下などの法規範を適用すべきである、といわれる。それは、建築許可官とAとの間の法律関係についても規律し、また、それにしたがってAの利益の保護に機能し、Bの法的状態の具体化と建築許可の賦与に伴ってBに承認された現に行使している権利は、それにしたがって直接的にAの法的地位をも侵害する。<sup>⑥</sup>

それ故に、Bに賦与された建築許可は、建築の家と家との間隔についての免除の下で、Aに対しても効力のある行政行為であると解することができる。しかも、こうした事例は、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為の典型的な場合といえるであろう。<sup>⑧</sup>

① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S.232.

なお、わが国では法律上「建築確認」として取り扱われているが、西ドイツでは法律上(z.B. §§ 6, 11, 19 BBG)「建築許可」(Baugenehmigung)として取り扱われている。

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.233.

なお、行政庁がBの建築許可を行なうさい仮に第三者たるAの聴聞権を無視していたとしても、それは行政庁の決定の不完全性および恐らくはその結果として生じた第三者たるAの訴権の程度についてのみ意義があり、必ずしもAに対する行政行為の決め手にはならないであろうといわれる(vgl. W. Wieseler, a.a.O. S.233)。

③ H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 7.Aufl., 1968, S.297.

④ W. Wieseler, a.a.O.S.233.

⑤ W. Wieseler, a.a.O.S.233.

なお、「法規がAにBの授益のとき侵害され得るところの法的地位を保障している」とすれば、その結果として生じた同時のBの侵益は、これに対して行政行為である。なぜならば、隣人を保護する性格をもつすべての規定は、隣人に広義の公権を与えるからである。そのような規定の厳守から、例外的同意による免除を賦与するときには、この規律によって隣人に直接的に関係されることになる」といわれる (W. Wieseler, a.a.O.SS.233~234)。

- ⑥ W. Wieseler, a.a.O.S.234; vgl. W. Schäfer, „Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?“, DVBl. 1962, S.844(845)。

- ⑦ しかし、バイエルン建築法 (Bayerische Bauordnung vom 1. 8. 1962.) 91条9項の場合には、例外で、その不可争性の時期にまたは即時の執行可能宣言がなされたときにはじめて実効性を得るのである。同条項は次のように規定されている (Ziegler-Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 60, S.43)。

「建築の実施については、……建築許可が争い得ないもしくは即時の執行可能宣言がなされたときに、はじめて行なわれるを要する。」

なお、少し古い判例に、「営業法16条にもとづく設備の(建築)許可に対して関係人(つまり第三者)により提起された争訟は停止的效果を有する。請負人は、(建築)許可が不可争的である場合にはじめて設備の作業を行なう正当さを与えられる」と判示したものがある (OVG Münster, Beschl. v. 26. 11. 1958, DÖV 1960, S.274)。

- ⑧ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.234.

## (2) 建築許可に対する隣人訴訟

建築許可がAに対しても行政行為であると解せられることについてはすでに述べたが、このような場合に、隣人の訴権は権利として認められ、一般に公法上の隣人訴訟は許容されると考えられている<sup>①</sup>。もちろん、Aは建築許可によってその法的状態を侵害されていると主張するのであるから、Bに賦与された建築許可が違法でありかつAの権利を侵害するというAの法的主張は係争物である<sup>②</sup>、と解される。そして、この主張の目的は、Bへの建築許可の賦与にもと

づきAに侵害となる限りにおいて、建築許可の取消しである、と解される。それによりAはその法的地位の存立を維持し得る——その拡張なしに——とすれば、Aは、行政裁判所法42条1項にしたがって取消訴訟もしくはその前置の異議審査請求によってのみこうした目的を達することができる、ということになる。<sup>④</sup>

そこで、右の場合における仮の権利保護として、執行停止制度が適用されるのかどうか問題となり、これを次に考察しなければならない。

- ① W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S.234.

なお、連邦行政裁判所の1965年10月5日の判決によれば、<前審は、適切にも、公法上の隣人訴訟の許容性から出発している。このことは、確立した行政裁判所の判例および全く支配的な見解に適合する(BVerwG E 1, 83; 11, 95)。これに反して、最近の論文における別の提起された異論は(vgl. Redeker in NJW 1956, 794 und Sellmann in DVBl. 1963, 273 und in NJW 1964, 1545)、

(公法上の隣人訴訟を)認めた裁判所の解釈にしたがって断乎たる処置をとっていない。彼らは、結局、基本法19条4項の基本権に衝突して挫折しなければならない…>として、ボン基本法の下において、公法上の隣人訴訟の許容性は、それが明らかに基本法19条4項に抵触する場合にのみ一般に否認し得る、が、そうでない場合には一般に顧慮されるべきである旨を判示している(BVerwG, Urt. v. 5. 10. 1965, DVBl. 1966, S.269=BVerwG E 22, S. 129=MDR 1966, S.175)。そのほか、「連邦行政裁判所は、建築法における公法上の隣人訴訟を、一定の前提要件の下に確立した判例において許容されるとみなしてきた(この点については、とくに1965年10月5日の判決を参照せよ)」と判示した判例がある(BVerwG, Urt. v. 4. 2. 1966, DVBl. 1966, S.272<273>)。

序ながら、K・レーデッカーは「……行政裁判所に対してのこうした隣人訴訟の実際の困難は、この場合、行政訴訟の使命の立場と手続規定にしたがって異物(Fremdkörper)が問題であるということを教えている。……それ故に、賦与する行政庁に対する行政法上の隣人訴訟の一般的な許容性は、危険なように思われる。それは、原則として、公権の侵害を欠いている。建築許可は、例外を別として、法的反射(Rechtsreflex)にかかわるのであり、その侵害に訴権

(Klagerecht) を理由づけることができないのである」と述べており (K. Redeker, „Nachbarklage-öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?“, NJW 1959, S.749<751>), M・セルマンは「建築法における公法上の隣人訴訟は、レーデッカーが明らかにしたように、行政裁判上の手続における《異物(Fremdkörper)》である」と述べている (M. Sellmann, „Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht“, DVBl. 1963, S.273<285>)。

また、「《反射権 (Reflexrecht)》は権利ではなくて、むしろ個々の私人がそれについて請求権をもつということなしに個々の私人に当然帰属するところの利益(Vorteil)である」と判示した判例がある (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 11. 7. 1952, DVBl. 1956, S.600)。

② W. Wieseler, a.a.O.S.235.

③ W. Wieseler, a.a.O.S.235.

なお、当初においては、隣人訴訟は、義務づけ訴訟であるとする立場 (OVG Münster, Urt. v. 10. 9. 1957, DVBl. 1958, S.66 und Bescheid v. 8. 10. 1957, DVBl. 1958, S.68) (K. Gelzer, „Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht“, NJW 1958, S.325ff. und „Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht“, NJW 1959, S.1905<1906>) のものと、取消訴訟であるとする立場 (VGH Stuttgart, Beschl. v. 24. 8. 1957, VRspr. 9, S.966; VGH Württ.-Bad., Beschl. v. 29. 8. 1958, VRspr. 11, S.753; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 20. 1. 1964, DÖV 1964, S.388; OVG Lüneburg, Urt. v. 22. 3. 1962, DVBl. 1962, S.418 und Urt. v. 27. 4. 1962, VRspr. 15, S.708<709> und Beschl. v. 25. 11. 1965, DVBl. 1966, S.275<276>; u.a.m.) (H. Quaritsch, „Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß“, VerwArch. Bd. 51, 1960, S.210<224>; C.H.Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1962, S.272; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., 1965, SS.433~434; G. Lamberg, „Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht“, NJW 1963, S. 2154<2155>; Siegmund-Schultze, „Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen“, DVBl. 1966, S.247 <249, Anm. 24>; R. Heintze, „Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber



genehmigenden Verwaltungsakten“, NJW 1963, S.1430<1431>; B. Bender, „Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht“, NJW 1966, S.1989; W. Schäfer, „Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?“, DVBl. 1962, S.844(846); R. Bernhardt, „Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte“, JZ 1963, S.302<307>) のもの、とが対立していた、が、現在では後者がもはや支配的な立場となったといつてよい。次のミュンスター上級行政裁判所の判決が、その一つの証左である。

「当 Senat は、仮命令の発布に関する申立人の申立てが許容されない、という解釈に与しない。しかも、申立人が本案において取消訴訟を提起したということは正しい。このことは、Senatの確立された判例 (vgl. u.a. Urt. v. 5. 3.1963, DVBl. 1963, S.638=DÖV 1963, S.849, Nr. 306) にもとづいて建築の実施を仮命令の方法で阻止するための申立人の申立てを排除しない (ことを意味する)。なぜならば、すでに、建築許可に対して提起された隣人の取消訴訟の停止的效果が建築許可により授益となった建築主に対しても生じるのかどうかという問題は争いのあるところであり、しかも疑わしいからである」(OVG Münster, Urt. v. 23. 4. 1964, DÖV 1964, SS.785~786)。

そのほか、(第三者による営業法16条にもとづく Genehmigung の取消しについて)「訴えは許容される。訴えは、行政裁判所法42条2項の必要性で足りる」と判示した判例がある (BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1967, DVBl. 1968, S.35)。

④ Vgl. BVerwG, Urt. v. 5. 10. 1965, DVBl. 1966, S.269(270)。

なお、この場合、たとえAが建築許可の取消しのための行政庁の義務を求めるときであっても、行政庁がそのためになお取消しのための権利を有しているときにのみ義務づけられ得るということを顧慮すべきであろう、といわれ、さらに、瑕疵ある授益的な行政行為の撤回の関係においては、建築許可の撤回の許容性に対して、法的安定性の利益ばかりではなくて、なかんづく建築許可が現に行使している権利を認めかつこの建築許可の適法性に関する信頼において普通の財産処分をしたところの建築主の優越的な利益についても、論ずるという意味の確認だけである、といわれる (vgl. W. Wieseler, a.a.O.SS.235~236)。

### (3) 隣人の仮の権利保護

要するに、Aには、Bに賦与された建築許可に対する争訟として取消訴訟が考慮される、とする立場をとれば、通常その仮の権利保護としていわゆる執行停止制度が適用されなければならないということになるが、それが公法上の隣人訴訟の場合にも妥当するかどうかを以下に検討しよう。

#### 1 建築許可と隣人の取消訴訟の停止的效果

まず、行政裁判所法80条1項にもとづく停止的效果について考察しよう。

同法80条1項によれば、異議審査請求および取消訴訟は停止的效果を有する、と規定されているのであるが、前述の事例の場合において、Aの異議審査請求または取消訴訟——それは、たとえば異議審査請求のときBの建築許可に対して向けられているのであるが、しかし争訟の相手方は同法70条1項にしたがって建築監督官である——で、Bが建築許可の効果を爾後享受できないとすれば、Bの利益は顧慮されないままとということになる。つまり、Aの異議審査請求または取消訴訟がBの現に行使している権利を自動的に侵害するという法的結果を示すとすれば、Bの利益もまた少なくとも保護に価するといえるであろう。そうだとすれば、Aによって提起された異議審査請求または取消訴訟の結果、同法80条1項にもとづく停止的效果の自動的な発生は、それがBの利益もまた少なくとも保護に価するという点で法的に不可能である、と解さざるを得ないであろう。<sup>②</sup>

つぎに、行政裁判所法80条4項および5項にもとづく停止的效果について考察しよう。

同法80条4項および5項1文は、前者は異議審査請求決定庁により後者は裁判所により、いずれも停止的效果が生じないかまたは排除された場合(同法80条2項)の生じ得るもしくは回復し得る可能性の機会を定めた規定であるが、前述の事例の場合において、建築許可が同法80条2項の場合ではないので、Aは同法80条4項または5項1文にもとづく異議審査請求決定庁または裁判所で命ぜられ得るもしくは回復せられ得る停止的效果の方法でも仮の権利保護が認められ得ないと解される。<sup>③</sup>また、同法80条5項3文によれば、必ずしも同法80条2項の場合に適用範囲を限定されないと解せられるが、かかる申立てによっ

て求められる適法とみられる建築の実施の仮の阻止はおよそ考え得ないことであるといわれる。<sup>④</sup>

いずれにせよ、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為は、むしろ行政行為のその他の Fallgruppe であるとみなされ、停止の効果は概念的に排除されるという考え方が有力であるように思われる。W・ヴィーゼラーによれば、「こうした所産は、基本法 3 条 1 項における憲法上の確証を見出す。行政裁判所が A の申立てにもとづき 80 条 5 項にしたがって停止的效果を命ずるとすれば、この決定は 80 条 6 項にもとづき不可争的になるであろうし、行政庁によって意欲された授益者たる B は——A とは反対に——有効な Beschwerdemöglichkeit を有しないということになるであろう。この典型的な行政行為に関する停止的效果の適用は、かくして不適合でしかもザッハリッヒに認められない A の回復状態で、基本法 3 条 1 項で保障された法律の前の平等 (Gleichheit vor dem Gesetz) に一致しないという結果を生ずることになる」<sup>⑤</sup>、と説かれている。

## 2 建築許可と隣人の結果阻止請求にもとづく仮命令

右に寸述したように、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為において、それによる侵害に対する争訟に停止的效果が働かないとすれば、つぎに最後の手段として仮命令の制度が——前述事例の場合における A に——適用されることになるのかどうかについて検討されなければならない。仮命令はもっぱら給付行政において権利の実現の保全に適用され、そしてそれは、法規によって認められたその機能にもとづいて法的状態の拡張にばかり機能するのではなくて、そのほかに行政庁と私人の間の争いある法律関係をも仮に定め、しかもそれによって法的地位の存立と維持にも機能するのである。<sup>⑥</sup> 前述事例の場合においては、したがってその適用の可能性は、A がそうした法的状態の仮の保全と維持に関する行政庁に対する請求についての根拠であるところの法的地位を占めているかどうかにかかるところである。

〔1〕 仮に、実体法がその利益を衝突した利益の追求と実現のために劣らせていると評価できるとすれば、A は右の意味における法的地位を占めることになるであろう。<sup>⑦</sup>

Aが自分の家の建築のとき、隣接地たるBの宅地の境界からあらかじめ規定された最低の間隔を厳守したので、Aは、ノルトライン・ヴェストファーレンの建築法7条1項3文にしたがってBにも同法7条2項において詳しく規定された家と家との間隔の幅を厳守することを要求することができることになる。同法7条の規定は、それと同時に実体法上の隣人の個人的な保護について定めているのである<sup>(8)</sup> (家と家との間隔に関する規定は、支配的な見解によれば隣人の保護のために機能する、といわれる)<sup>(9)</sup>。そしてそれは、Aが同法87条1項にしたがってBの家と家との間隔の免除の賦与のまゝに聴聞されるべきであるということによって説明され<sup>(10)</sup> (その限りにおいて、Aの手続法上保護された利益が存する)<sup>(11)</sup>、しかもAは実体法にもとづいてその保護のために存する家と家との間隔の厳守を必要とし得るのであるが、他方しかしながら行政庁が同法86条2項にしたがって公益の理由からもしくは公の利害と調和しなければならないところの厳しさの均衡のために家と家との間隔の免除を賦与し得るので、されば、真正の利益の衝突が出来し得るのである<sup>(12)</sup>。その場合、ノルトライン・ヴェストファーレンの建築法は、その86条2項における右に述べた理由からのみ免除されるはずであるという性質において、Aの利益を評価する、が、こうした理由が存するときですら、例外的な免除の賦与が同条86条2項にしたがって行政庁の裁量に委ねられている<sup>(13)</sup>。そのことから、法律がAの利益を例外的な免除の受取人たるBの利益に対してより高く評価するということが明らかとなるといわれる<sup>(14)</sup>。したがってAは、少なくとも行政庁がBに例外的な免除の賦与のときそれに対する理由づけられた承認により形成される権利は保障される、という意味において前述の法的地位を占めることになり、その承認により形成される権利はまさに仮命令の方法で保全され、それにしたがって仮の現に行使している権利のときに強くなり得るところの法的地位であって、その法的地位の保全のために、こうした典型的な行政行為のとき、行政裁判所法123条1項1文にもとづく仮命令が機能すると解される<sup>(15)</sup>。

〔2〕 すべての権能は行政庁に対する私人の適合した請求に関する法上保護された私人の利益の表示 (Ausdruck eines rechtlich geschützten Individualinteresses)<sup>(16)</sup> としてであり、右に述べた意味における承認により形成さ

れる権利は、Bへの建築許可の賦与のときあらかじめ規定された家と家との間隔の厳守について建築許可行政庁に対する請求をAに保障するのである。<sup>17</sup>だから、Aは、——それは、行政庁が家と家との間隔の免除について違法に賦与している限りにおいて、建築許可の取消しに向けられているのであるが——行政庁に対する前述の防止請求権をもち——この請求は取消訴訟の方法で主張すべきである——、まさに、——取消判決の確定にいたるまで——Bの計画された方法での家の完成を阻止することができる、と解される。<sup>18</sup>

そのほか、たとえば、Bがすでに建築の実施をはじめているときに、Aは、第三者の侵益となる *Doppelwirkung* を伴う行政行為に対する防止請求権をもつほか、さらに、内容についての法律適合性に関する法律上有効な裁判にいたるまでBの建築目的の中止のための義務を有する行政庁に対する給付請求権 (*Leistungsanspruch*) をもつのかどうか、が問題である。<sup>19</sup>この点について、連邦行政裁判所の1960年8月18日の判決によれば、「基本法14条1項は所有権を保障しているが、所有権の内容の定めは法律に委ねている。ラント法の法規もまたこの意味における法である。その内容の定め (*Inhaltsbestimmung*) は、所有権の保障を侵害し得ない。所有権の本質的内容は、法律が……公の建築法の隣人保護規定によって所有権の内容を実質的に拡大しているときには侵害されない (基本法19条2項) ——つまり、公の建築法の隣人保護規定は、保護された隣人の所有権の内容を実質的に拡大する——」<sup>20</sup>と判示しており、建築法の隣人保護規定をもとに、違法な高権的行為に対する防止請求ばかりを結論づけるのではなくて、それをこえて妨害ないし侵害された第三者に対する行政庁の干渉に関する保護された隣人の請求権をも認めたのである。<sup>21</sup>また、W・ヘンケによれば、「市民の公権は、警察の干渉について、その基本的な基本権によって特徴づけられた *Lebensposition* が危険にさらされている場合に、その保護のために存在する。基本権は、§ 14 PVG のそのような解釈を要求する。しかも、基本権は、その由来によれば、国家の干渉に対する防止に向けられるのである、が、今日の関係の下では、それは国家に対する給付請求権の理由づけのためにも補充され得るのであり、また補充されなければならない」<sup>22</sup>と説いている。裁判所がAの取消訴訟にもとづいてBの建築許可が違法であるとして取り消



すときには(行政裁判所法113条1項1文参照)、Aは、その限りにおいて建築許可行政庁に対して、その適用範囲で効力のない行政行為の違法な結果を形成するので、結果除去請求権(Folgenbeseitigungsanspruch)をもつということになる。<sup>23</sup>しかし、こうした結果除去請求権——それはもとの状態への復元に向けられるのであるが——は、まさに建築事件において争訟手続の時間的継続の結果とそれから出来する建築目的の広汎な実現で実際にはほとんど実施し得ず、必ずしもAに有効な権利保護を保障するものとはいえないのである。<sup>24</sup>行政庁の行為に向けられた私人の給付請求権を、ここで「結果阻止請求権(Folgenverhinderungsanspruch)」と称しているのであるが、その役割は高権行為の不可争性のまゝに違法な回復不能な事実の発生を回避することにあるのであって、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為において侵益的な行政行為の実現の仮の阻止を求めることが結果阻止請求権の内容であり、そうした結果阻止請求権は、それと同時に、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為のとき法治国家の課題の実現のための前提要件として機能する。<sup>25</sup>

したがって、Aの結果阻止請求権は、Bの建築目的の仮の中止のための建築監督官の義務を包含し、それと同時にAの法的地位の仮の保全と維持に機能する、と解される。<sup>27</sup>

〔3〕 右の〔1〕と〔2〕の概括的な考察からではあるが、仮命令はその機能にもとづいて法的地位の存立にも役立つので、Aは——行政裁判所法123条にもとづく——仮命令の方法で結果阻止請求権を主張し得るといえる。そしてまた、結果阻止請求権は、その法的性格によれば、建築許可行政庁の特定の行為の履行に向けられているところの給付請求権(Leistungsanspruch)であるといえる。

Aによって申し立てられた仮命令は、Bの現に行使している権利を必然的に侵害する。だから、それは同時にBに対する行政庁の権利と義務についても当然裁判される、が、仮命令は行政庁とBの関係においても法的拘束力(rechtliche Bindungswirkung)を示すべきであろうし、Bは好むと好まざるにかかわらず訴訟に参加させられるということになる。<sup>28</sup>

〔4〕 最後に、仮の権利保護の保障は、こうした典型的な第三者の侵益とな



る Doppelwirkung を伴う行政行為のとき、仮命令の方法においてさらに手続法の一般原則との調和可能性について若干顧みておく必要がある。

まず第一に立証責任 (Beweislast) の問題についてであるが、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為のとき、授益となる名宛人、行政庁および侵益となる第三者の間にいわば三角関係が成り立つ。だから、行政庁は、建築許可の賦与のさいに、Bの利益もAの利益も顧慮しなければならないし、また相互に考量しなければならない。さらに、行政庁は、権力を分立した法治国家においてその憲法により委ねられた保護と公共の福祉を顧慮しなければならない<sup>29</sup>。そして、そのような錯綜した諸利益の間で、正しい均衡が見出されなければならない。したがって、仮にAが仮命令の発布を申し立てるとするならば、権利保護にもとづいて対立する公益についてもBの利益についても顧慮した上で行なわなければならないということになる。<sup>30</sup>つまり、この場合、立証責任は、その優越した利益について要求される事実を疎明しなければならないところの責任能力のあるAの義務である。こうした義務は、行政裁判所法80条5項の比較可能な立証責任の規律に適合する。申立人は、(同法80条2項4号の即時執行命令の場合には行政庁に立証義務があるのと同じように) その優越した利益を立証しなければならない。要するに、こうした法治国家において要求される関係人の利益の均衡を、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為のとき、仮命令の手続法上の機能が保障するのである。<sup>31</sup>

第二に申立人の損害賠償義務の問題についてであるが、Aによって獲得された仮命令はそれにしたがってやむを得ず訴訟参加されたBに対しても向けられる。というのは、仮命令は、その執行可能な義務づけの請求の結果として直接的にBの現に行使している権利を侵害するからである。こうした仮の措置の実現はAの危険について行なわれるので、Aは、Bにそれが是認されない場合に、損害賠償について行政裁判所法123条3項——民事訴訟法945条——にしたがって義務づけられる。<sup>32</sup>仮命令がBの法的地位の変更を惹起しているときには結局は、利益状態が、債権者が仮処分ないし仮差押えの助力によって被申立人の法的状態に干渉するところの民事訴訟法における債務者の利益状態と比較し得ることになる。<sup>33</sup>いずれにせよ、AがBに建築工事の仮の中止の受忍について義

務づけるところの仮命令を得たときには、Aは、Bに行政裁判所法 123条 3項——民事訴訟法945条——にしたがってそれによって生じた適当な損害の賠償<sup>34</sup>について義務づけられる可能性をもつことになる<sup>34</sup>と解される(もっとも、このことは本案勝訴のときにはかかる可能性をもたないが、本案敗訴のときには問題となる)。

註 ① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, SS.237~238.

なお、つまり、Bは、Aの異議審査請求を、異議審査請求決定庁がそれにもとづいて建築許可を取り消しまたは変更しようとするときおよびそれについてBに行政裁判所法71条(第三者の聴問に関する規定)にしたがって聴問するときにはじめて知るのである。これが普通であろう。

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.238.

なお、隣人訴訟を取消訴訟として捉え、その仮の権利保護として仮命令の発布を認めたものに、「隣接する不動産に関する建築工事の中止を得ることを目的とした、仮命令の発布を求める公の建築法の意味における隣人の申立ては、いずれにせよ、建築許可行政庁が隣人による建築許可の取消し(の訴え)にもかかわらず建築許可に執行可能宣言をすることなしに、建築目的の施行を受忍する場合にのみ許容される」と判示した判例がある(OVG Münster, Urt. v. 23. 4, 1964, DÖV 1964, S.785)。

ところで、むしろ、支配的には、隣人訴訟を取消訴訟として捉え、したがってその仮の権利保護は行政裁判所法 80条の手続による、と解されているようである(vgl. C.-F. Menger-H.-U. Erichsen, „Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht“, VerwArch. Bd.60 H.4, 1969, S.376<382>)。それによれば、たとえば、建築主が建築許可を得た場合において、隣人がこれに対して争訟を提起するとすれば自働的な停止的効果が生じ、建築主は建築目的を施行することができなくなる、が、この場合建築主は行政庁に対し当該建築許可の即時執行の命令を申し立てることができ、かかる即時執行命令により(しかし必ずしも即時執行が命ぜられるとは限らない)建築主は建築目的を施行することができることになり、これに対し隣人は再び80条 5項にもとづいてその建築目的の施行の中止を裁判所に求めることができ、その中止決定に対して建築主は抗告権(Beschwerderecht)(しかもそれは80条 6項 2文に対立しないと

解して)を認めているように理解される (z.B. BVerwG, Beschl. v. 22. 11. 1965, DVBl. 1966, S.273 und Beschl. v. 21. 10. 1968, DVBl. 1969, S.269; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 4. 1967, DVBl. 1968, S.47)。しかしながら、それらにおいても、たとえば、「申立人によって提起された行政裁判所法 123 条にもとづく仮命令の発布に関する申立ては、内容と目的において、訴えの停止的效果の回復に関する申立てと区別されない。それ故に、当裁判部は、仮命令の発布に関する申立てを独立の申し立てとして取り扱うためのきっかけをつかんでいない。然らずんば、申立ては不適法なものとして棄却すべきであった。なぜならば、申立てに関する裁判については、連邦行政裁判所にも管轄権があるのではなくて、むしろ原告により訴えられた第一審の裁判所だけにまた管轄権があるからである (vgl. § 123 Abs. 2 VwGO, BVerwG E 4, 151)」(BVerwG, Beschl. v. 22. 11. 1965, DVBl. 1966, S.273 <274>)、という判示にみられるように運用面においてなお弾力的に取り扱われているといえようし、「人は全くフロム(vgl. DVBl. 1966 S.241ff. und die von ihm kritisch ausgewerteten Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung) とともに、《建築許可に対する隣人の異議審査請求および取消訴訟は停止的效果を示さない。建築主は建築工事を続けることができる》という見解であるということができる。……(建築) 目的が明らかに実体的な建築法に適い、しかもそれについて建築許可が賦与せられているときには、行政庁は、隣人が建築許可に対して異議審査請求を提起しているということによって、建築工事を中止すべきではない」(OVG Münster, Beschl. v. 4. 10. 1966, NJW 1967, S.594)、と判示した判例もあり、そこでは、したがって、建築許可が明らかに違法であるときは、停止的效果の生じる余地のあることを示唆しているように思われる。しかし、これらは、こうした問題に対する最近の動向を十分に顧慮しその解決を示すものとはいえないように思われる。

また、停止的效果の広義の概念、狭義の概念などの検討から、かかる問題を検討するものに、〈B. Bender, „Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht“, NJW 1966, SS.1989~1996〉がある。しかし、これもまた、停止的效果の内容についての連邦行政裁判所の新しい判例を顧慮していない、という批判が免れないように思われる (z. B. W. Wieseler, a.a.O.S.238<Anm. 23>)。

そのほか、H・H・シュレエアーによる「隣人保護規範についての免除の承認の下で賦与される建築許可に対して、隣人は異議審査請求を提起することができる。このことは、単に、停止的效果が建築許可行政庁に対する関係で生じるといふことを惹き起す(にすぎないものである)。免除の承認に対する前提要件が存在しないときには、隣人は、建築許可行政庁に関して結果除去請求の方法で建築許可の撤回を請求することができる。しかしながら、隣人は、このことはすでに建てられている建築物の設計図を自由に処置しているという点において、建築許可行政庁に対する請求をもたない。そのような請求は、直接建築主に対してのみ成り立つ。請求は、行政裁判所において請求すべきである。仮の権利保護は、隣人に、行政裁判所法 123 条 1 項にしたがって建築主に対する関係において許容され得る」(H.H. Schröer, „Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage“, DÖV 1966, S.228<232>)という見解、H・ペータースによる「(行政裁判所法 80 条の停止的效果の範囲に関する) 狭義の解釈によれば、当該第三者についての仮の権利保護は、行政裁判所法 80 条に関してではなくて、むしろ同法 123 条にもとづく仮命令に関してのみ実現され得る、ということは明白である」(H. Peters, „Der Dritte im Baurecht“, DÖV 1965, S.744<750>)という指摘、などがある(なお、後掲註②を参照されたい)。また、G・フロムは、「私は、依然として、執行に有為でない授益的行政行為に対する第三者の取消訴訟は停止的效果を生じない、……という解釈である」(G. Fromm, „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, VerwArch. Bd.56, 1965, S.26<54>)と述べている。

③ W. Wieseler, a.a.O.S.239.

なお、旧法の下における判例に、「建築許可は、VGH の判例によれば、執行に有為な行政行為である。建築許可の執行停止はそれ故に可能である」と判示したものがあつた (VGH Stuttgart, Beschl. v. 24. 8. 1957, VRspr, 9, S.966)。

④ W. Wieseler, a.a.O.SS.239～240.

それは、A の争訟の提起の時期に建築許可がなお執行されていないので、結局はまた 80 条 5 項 3 文にもとづく権利保護が A のために関与し得ないのである。かかる 80 条 5 項 3 文の規定は、前述の場合に、B がその建築目的をすでに実施しているときであっても適用され得ない。なぜならば、B は建築の実施を完了したときには、B は建築許可を実現したことになり、またその実現の仮の阻止の A の権利

保護の必要性が消滅することになるからである、といわれる (vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.239)。

- ⑤ W. Wieseler, a.a.O.SS.240～241.

なお、R・ハインツェによれば、「われわれが隣人訴訟の許容性を取消訴訟として肯定するとすれば、われわれはその停止の効果をも肯定しなければならない」と述べている (R. Heintze, „Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten“, NJW 1963, S.1430 <1433>) が、支持を得ていない。

- ⑥ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.241.

- ⑦ W. Wieseler, a.a.O.S.241.

- ⑧ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.241.

- ⑨ Vgl. Schütz-Frohberg, Kommentar zum Bundesbaugesetz, 1960, SS. 107～110; W. Wieseler, a.a.O.S.241.

なお、「家と家との間隔は、原則として隣接隣人の保護に機能するために定められており、しかも、その隣接隣人に適法な免除を留保してその厳守に関する公権が与えられる」と判示した判例がある (OVG Lüneburg, Urt. 22. 3. 1962, DVBl. 1962, S.418)。

- ⑩ W. Wieseler, a.a.O.S.242.

- ⑪ W. Wieseler, a.a.O.SS.241～242.

要するに、たとえば、ノルトライン・ヴェストファーレン建築法87条1項は、隣人に聴問の権利を賦与している、のである (OVG Münster, Urt. v. 5. 3. 1963, DVBl. 1963, S.638<639>)。そのほか、建築法上の規定の隣人保護の性格については、vgl. H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, SS.56～58.

- ⑫ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.242.

- ⑬ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.242.

- ⑭ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.242.

- ⑮ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.242.

- ⑯ H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 7.Aufl., 1968, S.265.

- ⑰ W. Wieseler, a.a.O.SS.242～243.

- ⑱ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.243.

①⑨ W. Wieseler, a.a.O.S.243.

②⑩ BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960, DVBl. 1961, S.125=BVerwG E 11, S.95  
=NJW 1961, S. 793=VRspr. 13, S.180.

②⑪ Vgl. O. Bachof, „Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960“, BVBl.  
1961, S.128(129).

さらに、「建築法上の規定が隣人の保護に機能するために定められている限りに  
おいて、保護された隣人は、瑕疵なき裁量決定に関する裁量規範(Ermessens-  
norm)において、こうした規定に適合した行政庁の行動に関する請求権をもつ」  
といわれる(O. Bachof, ibid., DVBl. 1961, SS.128~129)。

②⑫ W. Henke, „Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der  
Polizei“, DVBl. 1964, S.649(654).

なお、それに対して、干渉のための国家の義務は、「みずからを護るために、個々  
の私人がその事情にない場合にのみ認められる。第三者に対する干渉が必要であ  
る場合においては、……保護を求める者に裁量の瑕疵なしに民事訴訟を命ずべき  
であろう」という見解がある(G. Buschlinger, „Der Anspruch auf poli-  
zeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht“, DÖV  
1965, S.374<378>)。

序ながら、本文にいう § 14 PVG とは、1931年6月1日のプロイセン警察行政  
法14条1項の「警察官庁は、一般もしくは個々の私人について、危険によって公  
共の安全または秩序が脅かれるとき、危険を防止するために、現行法の範囲内で  
義務にかなった裁量にもとづいて必要な措置を行わなければならない」

(Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 1961, S.  
1882<1886>)と規定された条項をさすものと思われる。

②⑬ W. Wieseler, a.a.O.S.244.

序ながら、行政裁判所法 113条1項1文~3文は、「行政行為が違法でありしかも  
原告がそれによってその権利を侵害されるかぎり、裁判所は、行政行為および  
ありうべき異議審査請求の裁決を取り消す。行政行為がすでに執行されているとき  
には、裁判所は、申立てにもとづいて、行政庁が執行を取り消すべきことおよび  
いかにして取り消すべきかということをも、判決し得る。この判決(Ausspruch)  
は、行政庁がそれに関してその立場にありしかもこの問題が熟している場合にの  
み許容される」と規定されている。



②④ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.SS.244~245.

②⑤ W. Wieseler, a.a.O.S.245.

②⑥ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.245.

なお、W・ヴィーゼラーによれば、「こうした請求は、基本法19条4項と行政裁判所法40条1項とによって手続法的に保障されている。(また)結果阻止請求は、実体法的にわれわれの法治国家的憲法のシステムの法律適合性の原則においてその法的基礎を見出す。それにしたがって、公行政は、活動と維持のために実体的に正しい関係を義務づけられる(基本法20条3項参照)。こうした義務は、行政がその高権的な行為にもとづいてその行政行為の告知の時期に存するところの法的状態をもはや均等にすることができないところの違法な事実状態を惹起する場合において、かなり強いものである」と説かれる(W. Wieseler, a.a.O.S.245)。

②⑦ W. Wieseler, a.a.O.S.245.

②⑧ Vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., 1965, S.364; W. Wieseler, a.a.O.S.246.

この点について、たとえば、「関係人たる私人に授益となり同時に第三者に侵益となる(いわゆる第三者に関連した Doppelwirkung を伴う)行政行為のために個々の私人と行政庁の間に争いが存するときには、必要な訴訟参加(Beiladung)の典型的な場合である」旨を判示した、連邦行政裁判所の1964年3月10日の判決がある(BVerwG, Urt. v. 10. 3. 1964, MDR 1964, S.619)。

②⑨ W. Wieseler, a.a.O.S.247.

③⑩ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.247.

③⑪ Vgl. W. Wieseler, a.a.O.S.248.

③⑫ W. Wieseler, a.a.O.S.250.

この点について、「民事訴訟法945条にもとづく申立人の損害賠償義務は、建築法における手続の被申立人(Gegner)に対してのみ生じ、第三者に対してはたとえ第三者が訴訟参加された場合でも成立しない」と判示した、連邦裁判所(BGH)の1961年11月7日の判決がある(BGH, Urt. v. 7. 11. 1961, MDR 1962, S.125=DVB1. 1962, S.217)。この事件は、要するに、原告が建築工事の中止は仮命令にしたがって原告に約92,000ドイツマルクの損害を惹き起こしたと主張し、損害を請求したものである、が、BGHは、つまり、行政裁判上の(仮)

命令手続における訴訟参加人は、単に第三者としての関係人であって、民事訴訟法 945 条の意味における被申立人でない、という理由によって仮命令の申立人の損害賠償義務を否認したのである。そして、行政裁判上の手続の訴訟参加人として関与される第三者にも民事訴訟法 945 条から損害賠償義務を承認すべきであるという、K・A・ベターマンやレーデッカー＝フォン・エアチェンなどの反対の見解は与えられ得ない、と付言している (BGH, *ibid.*, DVBl. 1962, S.220)

(vgl. K.A. Bettermann, „Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung?“, JZ 1960, S.336<Anm.6>; Redeker-v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1960, SS.403~404.) (右判決を支持するものとして、M. Sellmann, „Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht“, DVBl. 1963, S.273<283> und „Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, NJW 1964, S.1545<1549>; G. Lamberg, „Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht“, NJW 1963, S.2154<2156>、などがある。なお、M・セルマンは「しかした、くいはゆるもしくは実際に>不利益を与えられた第三者が、すべての仮の権利保護を奪われない。第三者は、取消訴訟において行政裁判所法 80 条 5 項 1 文の可能性を、または、義務づけ訴訟において同法 123 条の可能性を、第三者にこうした場合にのちの危険責任〈Gefährdungshaftung〉の責任を負わせられなければならないということなしに、使用することができる」と述べ (ibid., NJW 1964, SS.1549~1550)、G・ラムベルクは「こうした危険責任〈Gefährdungshaftung〉は、隣人に、疑いもなくその権利の保護を絞殺することになる」と述べている (ibid., NJW 1963, S.2156)。

なお、右の判決に対しては、K・レーデッカーの「BGH は、隣人と建築主の間の理由づけられた法律関係の損害賠償義務を否定した。BGH は、建築主は仮命令の発布に関する申立ての „Gegner“ (被申立人) となっていない、むしろ(それは) 建築許可行政庁となっている、ということによってこの解釈を理由づけた。訴訟参加にもかかわらず、建築主は、その故に単に „Dritter“ (第三者) にとどまっているので、民事訴訟法 945 条からの権限は第三者に与えられ得ないということになる。BGH のこうした解釈には、懸念をいだかなければならない。BGH の解釈は、……必要的訴訟参加の本質と地位を誤解している。……民事訴訟にお

ける仮処分もしくは仮差押えが直接被申立人の権利を侵害するのと全く同様に、仮命令は直接訴訟参加人の法的地位に影響を及ぼす(のである)」(K. Redeker, „Anm. zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1961“, DVBl. 1962, SS.220~221)、W. ヴィーゼラーの「BGH は、公法上の隣人訴訟は行政裁判所法65条2項の必要的訴訟参加の場合であるということを誤解している」(W. Wieseler, a.a.O.S.249)(so H. Klinger, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., 1964, S.568)、などの批判がある。また、H・ベータースによれば、「この場合、BGH の判決に対するレーデッカーやベターマンの攻撃に与すべきであるのかどうかを論議されるべきではなく、民事訴訟法 945条に結びついている行政裁判所法 123条3項にもとづく損害賠償請求訴訟に関していかなる訴訟が正しいかでもないのである。というのは、いずれにせよわれわれが隣人と建築主を申立人と被申立人としてみなす場合には、損害賠償義務自体疑もなく成り立ち得るからである。この所産は、また、不公平ではないように思われる。なぜならば、許可された建築目的の仮の中止を獲得したところの隣人の損害賠償義務に対して、隣人がそれをもって単にその争訟に当然に帰属している停止の効果であると主張する場合にのみ懸念が成り立ち得るからである。しかしながら、それは、停止の効果が受益者による建築許可の享受を包括していないので、まさに上述したような場合ではない。終極的には、仮の権利保護の時期に、この場合なお大きな法的不安定性が支配しているということが承認され得る。それ故に、ゼルマン〈NJW 1964, S.1545〉によって提起された呼びかけが立法的解決にもとづいて肯定されるのかどうかは、この場合、決められるべきではない」(H. Peters, ibid., DÖV 1965, S.744〈751~752〉)と説いている。

ところで、行政訴訟において、たとえば「第三者が訴訟に参加しているときには、第三者は関係人となる。第三者と申立人の間にも訴訟関係が成り立つ。この場合において、損害賠償請求の拡大が民事訴訟法 945条から申立人と第三者との関係について懸念なく基礎となっている」(Redeker-v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3.Aufl., 1969, S.495)という見解が支配的であるように思われる (so vgl. H. Klinger, a.a.O.S.568; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., 1967, S.534; u.a.)。もっとも、損害賠償請求は民事訴訟において取り扱われる。

序ながら、必要的訴訟参加に関する規定とその連邦議会に対する提案理由につ

いて、参考のために次に紹介しておこう。すなわち、行政裁判所法 65 条 2 項は「第三者が争いある法律関係に関与され、裁判がその第三者に対しても統一的にのみなされ得るときには、その第三者は訴訟に参加させられることになる(必要的訴訟参加 <notwendige Beiladung>)」と規定されており、その提案理由によれば「訴訟参加は、行政裁判所の訴訟とくに取消訴訟(義務づけ訴訟)において、争いが第三者に損害を及ぼし得るときに、非当事者(Nichtpartei)が法的争訟に関与するための特殊な訴訟上の手段である。……訴訟参加に関する請求権は、いわゆる必要的訴訟参加の場合であるときにのみ成立するのであり、その場合、訴訟参加は、訴訟当事者間の支配的な争いが同時に第三者の法領域をその裁判に直接的に含められるということなしに裁判され得ないという見込みがある場合に必要的なものとみなすべきである、ということが明らかにされた。とくに、ある者に不利益となる限りにおいて他の者に授益となるような行政行為が係争物である場合が、これである。こうした場合において、第三者に法的争訟への関与に関する請求権を保障することは、必要のように思われる」などと説明せられていいる(Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Bd. 28, Drucksache 462, S.38)。

③ W. Wieseler, a.a.O.S.250; K. Redeker, *ibid.*, DVBl. 1962, S.221; K.A. Bettermann, *ibid.*, JZ 1960, S.339.

③ W. Wieseler, a.a.O.S.251. そのほか、前掲註②の肯定説参照。

#### (4) 概 括

第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護について、いわば典型的ともいえる事例の設定の下に極めて概括的に考察された。そして、そこから引き出された結論は、要するに、AがBの建築許可の取り消しを求めることができるので、かかる建築許可に対する争訟として取消訴訟とそのまえの異議審査請求が考慮される、が、それらの訴えの提起に伴う自働的な停止的効果の発生は建築主たるBの利益を顧慮しないで発することになるから、また、行政裁判所法80条4項1文および5項1文にもとづく停止的効果は建築許可が80条2項の場合ではないから、などの理由により執行停止制度が適用されない、ということである。さらに、同法80条5項3文にもとづく

仮の権利保護についても——つまり、建築目的が完成しているときには建築許可の効果を享受したことになり、それによってその実現の阻止は思考の法則上排除されることになり、その場合仮の権利保護の必要性は消滅するから——適用されない、ということである。結局のところ、立法者は、同法80条における仮の権利保護の規律のとき第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為の場合を顧慮しなかったのである。<sup>①</sup>

したがってつぎに、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護として仮命令の制度が適用されるのかどうかが問題となる。実体的な建築法は、隣人に、隣人の利益を衝突した公益と建築主の利益に比して高く評価する場合に承認により形成される権利を与え、行政庁がこの法的地位を家と家との間隔の免除の下で建築許可を賦与するということによって侵害するときには、侵益となる隣人はそれに対して防止請求権(それは、いわば違法な事実状態の発生の阻止を目的とするところの行政庁に対する給付請求権である)を有することになる、と解されている。こうした結果阻止請求権は、必然的防止請求権から明らかとなるのではなくて、むしろ両方の請求の間で真正な請求の競合で成り立つのであり(なぜならば、取消訴訟は、行政裁判所法43条2項にしたがって、原則として確認請求のみを排除し、給付請求権を排除していないからである)、その機能は行政行為の不可争性のまゝに違法な回復不能の事実の回避において存し、その内容は侵益的な高権行為の実現の仮の阻止の請求である。結果阻止請求権が基本法19条4項および行政裁判所法40条1項によって手続法的に保障されているとすれば、われわれの法治国家憲法体制の法律適合性の原則においてその法的基礎を見出すといわれ、この請求権の実現は行政裁判所法123条1項1文にもとづく仮命令によって行なわれると解され、さらにそれは一般的な手続法の法原則に調和し得ると解されるのである。もちろん、手続法は、一般に、請求を主張する者に請求を理由づける事実に関する立証義務を課している。前述の事例についていえば、立証責任は、その自己の利益が対立している公益にもまた建築主にも優越しているということについて、隣人に当たる。そしてまた、なお最終的に確定していない執行名義から執行するところの者に損害の危険を負わしている(つまり、申立人に、仮の措置によって被申立人に生ずると

②  
ころの損害の責任を課している)のである。

それ故に、仮命令の制度による、第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護の保障は、以上によって行政裁判上の権利保護制度に<sup>③</sup>適当する、といえるであろう。

① Vgl. W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, SS.251~252.

② Vgl. W. Wieseler, a.a.O.SS.252~253.

③ W. Wieseler, a.a.O.S.253.

#### 4 概括的総拾

以上においては、いわばボン基本法の下における行政裁判権の根本的な変革およびそれにもとづく完全な権利保護ないし権利保護の有効性に機能する制度の実現をめざした行政裁判制度の拡充・整備等に伴う《有効で包括的な仮の権利保護制度》の確立という観点から近時改めて見直され——もっとも、原告適格(訴えの利益)の拡大に伴い発展的に生じた問題の一つともいえる側面と生活関係の複雑化に伴う現代行政の活動領域の拡大等に深いかかわりあいをもって——従来の既成の概念ないし法理論をもってしては解決の至難なものとして、その権利保護の方法——本案訴訟の形式と仮の権利保護の方法——の問題を中核にして脚光をあびるにいたったともみられ得る、「いわゆる Doppelwirkung および Drittwirkung を伴う行政行為」について極めて概括的にはあるがそうした行政行為に対する仮の権利保護の方法に関して考察された。かかる考察から、私の感じでは、西ドイツにおいてそうした行政行為の権利保護の方法をめぐる学説・判例上かなりの論争があり、一応意見が出つくしたようにうかがえる。そこでは、ともかくも、有力な見解によれば、既成概念に固執することなく問題解決のために機能的に考えられているように思われる。とりわけ、それは公法上の隣人訴訟をめぐる仮の権利保護の方法について顕著に認識されるが、それも、「建築法の公法上の隣人訴訟において、建築許可に対



する第三者の取消訴訟の形式における仮の権利保護が多くの難事をつくった<sup>①</sup>」(H・ペータースの1965年の論文)、「建築法における行政行為の Doppelwirkung のテーマは、最近の学説において、たとえば、隣人が……建築許可の取消しを求めることができるのかどうかという問題に関して、とくに従来から十分な解決をめざすことなしに屢々論ぜられている。…… Doppelwirkung を伴う行政行為において、侵益となる者の仮の権利保護の問題は、とくに行政裁判所法 80条と 123条の関係で、かなり争われている。前述の代表的な見解においては、こうした難事を処置していない<sup>②</sup>」(H・H・シュレエアーの1966年の論文)、などの指摘からうかがえるように、その問題意識に伴う本格的な解決への作業は比較的最近においてのことであるといえるであろう。

いずれにせよ、私の提起した視角からの以上の考察の所産としていえることは、たとえ「いわゆる Doppelwirkung および Drittwirkung を伴う行政行為」と一括した総称用語を用いるにしても、その権利保護なかんづく仮の権利保護を論ずるに当たり、その下に一括してそれを論ずることは必ずしも適切とはいえないということである。換言すれば以上の考察が前提としたように——もちろんそれは、私のかつての論述<sup>③</sup>における「授益的效果と侵益的效果を同時に伴う行政行為」および「二重的効果を伴う行政行為」と基本的に異なるところがなく、ここではむしろそれを一步深めているのであるが——「名宛人に関連した Doppelwirkung を伴う行政行為」と「第三者の侵益となる Doppelwirkung を伴う行政行為」とにわけて考えられなければならないということがおぼろげながら確認された、ということである。

かくして、そこでは、要するに必ずしも既成の概念ないし法理論(つまり、本案訴訟が取消訴訟で取り扱われるときには執行停止制度が適用され、本案訴訟が義務づけ訴訟などで取り扱われるときには仮命令の制度が適用される、など)<sup>④</sup>に固執することなく、権利保護の有効性を担保するために仮の権利保護の実効性に重きをおき機能的に考えられている、ということを改めて認識させられる。

① H. Peters, „Der Dritte im Baurecht“, DÖV 1965, S.744(750).

② H.H. Schröer, „Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage“,

DÖV 1966, S.228(228 und 231).

③ 拙稿「行政事件における執行不停止原則の再検討—西ドイツの執行停止制度との対比において—」(『民商法雑誌』61巻6号947頁～948頁、951頁～952頁)。

④ Vgl. z.B. R. Heintze, „Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten“, NJW 1963, S.1430(1431).

① H. Peters, „Der Dritte im Bausch“, DÖV 1962, S.244(250).

② H.H. Schöner, „Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarlage“.