

ドイツにおける建築許可の執行停止

湊 二郎

はじめに

- 1 執行停止制度の概要
- 2 建築許可の執行不停止原則
- 3 執行停止の判断基準をめぐる学説
- 4 裁判例における執行停止の判断

おわりに

はじめに

ある建築物の計画について建築確認が与えられた場合、その建築予定地の周辺住民が取消訴訟を提起することがある¹。建築確認の取消訴訟においては、処分の名宛人ではない周辺住民が原告適格を有するかという点だけでなく、狭義の訴えの利益の有無が大いに問題となる。なぜなら判例は、建築工事が完了した場合においては建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるとの立場をとっているからである²。この問題に関しては、工事完了後においても訴えの利益を認めるための理論を追求することにも意味があるが³、建築確認の取消しを求める周辺住民は当該建築確認に係る建築物が建築されないことを望んでいるのであるから、工事の完了を未然に防ぐことも必要である。

¹ 近時の例としては、斜面地における地上3階地下7階建の共同住宅（その西側部分のほぼ全面が地面上にある）の建築計画について建築確認が与えられたところ、周辺住民が、高さ規制違反等を主張して、取消訴訟を提起したものがある。横浜地判平成17年11月30日判例地方自治277号31頁参照。

² 最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁。

³ そのような試みとして、山本隆司「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌112巻9号（1995年）118頁以下（131頁以下）参照。

建築確認に係る建築物の工事をストップさせるために機能しうる仕組みとしては、執行停止制度が存在している⁴。しかし、建築確認の執行停止の申立ては簡単に認容されるものではない。例えば神戸地決平成8年5月15日判例地方自治153号89頁は、地上10階地下1階建の共同住宅の建築確認が争われた事案につき、本件建物の完成により日照が妨害されるとしても、本件建物が建築基準法に違反するものであれば、当然に除却されるものであり、申立人に回復困難な損害が生ずるとはいえない旨述べ、執行停止の申立てを却下している。東京高決平成11年8月2日判例時報1706号3頁は、2階建の共同住宅の建築確認が争われた事案につき、本件建物に火災が発生した場合、延焼により、回復の困難な損害が生ずるおそれがあるが、そのような損害は、本件建物が完成し、共同住宅として使用された場合に直ちに発生するものではない旨述べ、処分の効力停止の申立てを却下している。

建築確認の執行停止の申立てに対してこのような厳格な判断がされた原因の1つは、その要件の厳格さにあったと考えられるが、この点は平成16年の行政事件訴訟法改正によって若干修正されている。改正前の同法25条2項は、執行停止の積極要件を「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」と定めていたが、現在の同項は「回復の困難な損害」を「重大な損害」に改めている。さらに現在の同条3項は、裁判所は、重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するだけでなく、損害の性質・程度、処分の内容・性質をも勘案するものと規定している。この改正により、損害が回復困難とはいえない場合であっても、裁判所が執行停止の決定をする可能性が開かれたわけである⁵。

また、行政事件訴訟法改正にあわせて、行政不服審査法に基づく執行停止の要件にも修正が加えられている。かつての同法34条4項は、審査庁に執行

⁴ 平成16年の行政事件訴訟法改正後においては、建築確認の差止訴訟および仮の差止めという手段もありうる。執行停止と差止訴訟の関係については、大阪地判平成18年2月22日判例タイムズ1221号238頁参照。

⁵ 平成16年4月27日の衆議院法務委員会における房村精一政府参考人発言（第159回国会衆議院法務委員会議録第20号）も参照。

停止義務が生ずるための積極要件を、「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」と定めていた。それに対して現在の同項は「回復の困難な損害」を「重大な損害」に改めており、同条5項には、重大な損害の有無の判断について、行政事件訴訟法25条3項と同内容の解釈規定が置かれている。その結果、従前に比較すると、審査庁が執行停止を義務付けられる場面が拡大するものと考えられる⁶。建築確認の取消訴訟については審査請求前置主義がとられているため（建築基準法96条）、今回の行政不服審査法改正は建築確認の執行停止との関係でも意味がある⁷。

このように現在においては、立法関係者からも執行停止制度の活用が期待されているといえるが、そこで参考になるのは、ドイツにおける法状況である。ドイツの行政裁判所法（VwGO）が執行停止原則を採用していることは有名であるが⁸、建築許可（Baugenehmigung）については建設法典（BauGB）の規定により執行不停止原則がとられており、その限りでは日本と共通の前提が存在している。他方でドイツの行政裁判所の裁判例の中には、近隣住民の申立てに基づき建築許可の執行停止を認めたものも相当数みられる。ドイツにおける建築許可の執行停止の仕組みはどのようなものか、具体的にどのような場合に執行停止がされるのかを明らかにすることは、日本における建築確認の執行停止のあり方を考えるにあたっても有益であろう。

⁶ 他方、行政不服審査法34条2項・3項は、審査庁は「必要があると認めるとき」に執行停止ができる旨規定しており、執行停止の要件を大きく緩和している。ただし、行政不服審査法に定める執行停止制度はあまり利用されないとの指摘がある。室井力＝芝池義一＝浜川清編『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、1997年）388頁以下〔市橋克哉執筆〕参照。

⁷ ただし、「著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき」（行政事件訴訟法8条2項2号）には、審査請求の裁決を経ないで取消訴訟を提起できる。この規定に基づき、建築確認の取消訴訟の提起およびその効力停止の申立てがされた事案として、神戸地決昭和60年5月21日判例タイムズ564号236頁参照。

⁸ ドイツの執行停止制度全般に関する先行研究として、広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣、1977年）188頁以下、東條武治『行政保全訴訟の研究——ドイツ行政裁判法をふまえて』（信山社、2005年）、植村栄治「行政訴訟における仮の救済（1）」法学協会雑誌93巻7号（1976年）1頁以下（6頁以下）、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（下）」ジュリスト1239号（2003年）108頁以下（116頁以下）等がある。

ドイツ法の検討に移る前に、以下の構成について触れておく。まず、行政裁判所法に規定されている執行停止制度を概観するとともに（本稿1）、建設法典が建築許可について執行不停止原則を採用するに至った経緯を紹介する（本稿2）。続いて、建築許可の執行が停止されるのはどのような場合かという問題につき、学説の状況を整理するとともに（本稿3）、裁判例を分析する（本稿4）。このようなドイツ法の検討結果から、日本法にとってどのような示唆が得られるのかについては、最後に指摘する（本稿おわりに）。

1 執行停止制度の概要

ここでは、行政行為の執行停止制度を定める行政裁判所法80条と、1990年の法改正により追加された、「二重効果的行政行為（Verwaltungsakte mit Doppelwirkung）」の執行停止に関する同法80a条の規律内容を概観する。まずは同法80条である。

(1) 行政裁判所法80条

行政裁判所法80条1項は、「異議（Widerspruch）及び取消訴訟は延期効（aufschiebende Wirkung）を有する。このことは、法形成的及び確認的行政行為にも、二重効果的行政行為（80a条）にも妥当する」と規定する。ここでいう「異議」とは、行政庁に対して行政行為の適法性および目的適合性について審査を求める不服申立てのことであり、行政裁判所法は、取消訴訟の提起について異議前置主義を採用している（68条1項）。他方、「延期効」の内容は法律上明記されていない。連邦行政裁判所は、延期効は行政行為の効力発生を阻止するものではなく、その執行可能性を阻止するものであると解している⁹。それに対して、法形成的行政行為や確認的行政行為は「執行」を予定していないとの立場から、延期効によって行政行為の効力が仮に停止

⁹ BVerwG, Urteil vom 21. 6. 1961, BVerwGE 13, 1 (5); vgl. auch Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. (2005), § 32 Rn. 4; Klaus Finkelnburg/Karsten-Michael Ortloff, Öffentliches Baurecht Band II : Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, 5. Aufl. (2005), S. 340.

すると解する説も有力である¹⁰。どちらの説も、許可に不服がある第三者が異議や取消訴訟を提起し、延期効が生ずると、許可の名宛人はその許可を利用することができなくなるという点では一致している¹¹。同法80条1項は、異議や取消訴訟が提起されただけでこのような効果が生ずることを定めたものである¹²。なお延期効は、行政行為がされた時点に遡って発生し¹³、行政行為が不可争になると終了する¹⁴。

行政裁判所法80条2項1文は、同条1項の例外として、延期効が生じない場合を列挙している。公課および公の費用の賦課徴収の場合（1号）、延期不可能な警察執行官の命令および措置の場合（2号）、その他の、連邦法律または州法律により規定された場合、特に、投資または雇用の創出に関わる行政行為に対する第三者の異議および訴訟の場合（3号）、公益または関係者の優越的な利益のため、行政行為をした行政庁または異議について決定しなければならない行政庁が、即時執行を特に命ずる場合（4号）である。これらの各号のうち、建築許可の執行停止に大きく関係するのは3号である。同号にいう連邦法律である建設法典には、「ある事業案についての建築監督上の許認可に対する第三者の異議及び取消訴訟は、延期効を有しない」との規定がある（212a条1項）。従って、建築許可に不服がある近隣住民が異議を提起したとしても、それだけでは許可を受けた事業案の実施をストップさせることはできない。建設法典にこのような規定が設けられるに至る経緯に

¹⁰ Jörg Schmidt, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. (2006), § 80 Rn. 6; Adelheid Puttler, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. (2006), § 80 Rn. 35.

¹¹ Vgl. Ferdiand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. (2005), § 80 Rn. 30; Achim Seidel, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz (2000), Rn. 670.

¹² 異議や取消訴訟の提起が不適法な場合においても延期効が生ずるか、という問題がある。Vgl. Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 13; Puttler (Anm. 10), § 80 Rn. 31-32.

¹³ Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 15; Puttler (Anm. 10), § 80 Rn. 47.

¹⁴ 行政裁判所法80b条によると、取消訴訟が第1審において斥けられ、法律上定められた上訴の理由申立期間の経過後3ヶ月が過ぎた場合においても、延期効は終了する（1条1文）。この場合、上級行政裁判所は、申立てに基づき延期効の継続を命ずることができる（同条2項）。

については、本稿2で取扱う。

行政裁判所法80条4項1文は、「行政行為をした行政庁または異議について決定しなければならない行政庁は、第2項の場合において、連邦法律に特別の定めがない限り、執行を停止することができる」と規定する。公課および公の費用の賦課徴収の場合においては、「攻撃されている行政行為の適法性に重大な疑いがあるとき又は執行が公課若しくは公の費用の支払義務者にとって不当な、優越的な公益により要請されるのではない過酷さをもたらすおそれがあるとき」には、執行停止をすべきものとされている（同項3文）。しかしそれ以外の場合については、執行停止の実体的要件は特に規定されていない。

行政裁判所法80条5項は、次のように規定する。「本案裁判所は、申立てに基づき、第2項第1号から第3号の場合には、延期効をその全部または一部について命ずることができ、第2項第4号の場合には、延期効をその全部または一部について回復することができる。申立ては、取消訴訟を提起する前においても許される。行政行為が決定の時点で既に執行されているときは、裁判所は執行の撤廃を命ずることができる。延期効の回復は、保証の提供又はその他の負担にかからしめることができる。期限を付すこともできる」。これは、裁判所による執行停止の規定である。ただし条文上は、「執行を停止する」という表現ではなく、「延期効を命ずる（回復する）」という表現が用いられている。従って、裁判所が行政行為の執行を停止する場合には、異議または取消訴訟の係属が前提となる¹⁵。異議が係属している間に、裁判所が申立てに基づき異議の延期効を命ずることも可能である¹⁶。ただし、延期効命令（または回復）の実体的要件は法律上全く規定されていない。

行政裁判所法80条6項は、「第2項第1号の場合においては、第5項による申立ては、行政庁が執行停止の申立てを全部または一部拒否したときに限

¹⁵ それに対して、行政庁による「執行停止」（行政裁判所法80条4項）は異議や取消訴訟の係属を要しない。Vgl. Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 51; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 108.

¹⁶ Friedrich Schoch, Der verwaltungsprozessuale volläufige Rechtsschutz (Teil II): Das gerichtliche Aussetzungsverfahren, JURA 2002, 37 (42); Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 65.

り許される。ただし、1. 行政庁が十分な理由を伝えることなく相当の期間内に申立てについて実体的な決定をしなかったとき、又は2. 執行が差し迫っているときを除く」と規定する。従って、公課および公の費用の賦課徴収の場合においては、直接裁判所に延期効命令の申立てをすることは原則として許されない。逆に、それ以外の場合（同条2項1文2号～4号の場合）においては、直接裁判所に申立てをすることが許される¹⁷。

行政裁判所法80条7項は、「本案裁判所は、第5項による申立てに関する決定をいつでも変更し、又は取消することができる。いかなる関係者も、変化した事情又は元の手続で主張しなかったことに過失のない事情を理由として、変更又は取消しを申立てることができる」と規定する。決定の取消・変更の申立てについては一定の要件が定められているが、裁判所の取消・変更権は無制限である。

行政裁判所法80条8項は、「緊急の場合においては、裁判長が決定できる」と規定する。裁判長が、同条5項による申立てについて決定することはもちろん、同条7項による申立てについて決定することもありうる¹⁸。なお、「仮の権利保護（第80条、第80a条、第123条）の手続における行政裁判所の決定」に不服がある者は、上級行政裁判所への抗告（Beschwerde）をすることが可能である（同法146条4項）。

(2) 行政裁判所法80a条

1990年の法改正により追加された行政裁判所法80a条は、二重効果的行政行為の執行停止に関して、同法80条の特則を定めている。建築許可は、その名宛人である建築主に利益を与える行政行為であるが、近隣住民にとっては負担的な行政行為であるという意味で、二重効果的行政行為に該当すると考えられている¹⁹。同法80a条が設けられる以前においては、建築許可によっ

¹⁷ Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 61; Puttler (Anm. 10), § 80 Rn. 131; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 183.

¹⁸ Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 190.

¹⁹ Klaus Finkelnburg/Klaus Peter Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. (1998), Rn. 797; Puttler (Anm. 10), 80a Rn. 5; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80a Rn. 2.

て不利益を受ける近隣住民の仮の権利保護について、執行停止制度を用いるべきか、それとも仮命令制度（同法123条）を用いるべきかという問題があったが、現在では執行停止制度を用いることで統一されている²⁰。以下、同法80a条に定める二重効果的行政行為の執行停止の仕組みを概観する。

行政裁判所法80a条1項は、「第三者が、他者に向けられた、当該他者に利益を与える行政行為に対して争訟（Rechtsbehelf）を提起した場合、行政庁は、1. 受益者の申立てに基づいて、第80条第2項第4号により即時執行を命ずることができ、2. 第三者の申立てに基づいて、第80条第4項により執行を停止し、第三者の権利を保全するための仮の措置をとることができる」と規定する。建築許可は、ここでいう「他者に向けられた、当該他者に利益を与える行政行為」に該当する。既述の通り、建築許可に対する異議および取消訴訟は延期効を有しないため（建設法典212a条1項）、受益者である建築主は即時執行の申立てをする必要はなく、第三者である近隣住民が執行停止の申立てをすることになる²¹。行政裁判所法80a条1項2号にいう「仮の措置」としては、建築主が執行停止を無視して建築工事を続行した場合に建築工事中止を命ずる等の措置が想定されている²²。

第三者には利益を与えるが、名宛人にとっては負担的な行政行為に対して、当該名宛人が争訟を提起した場合、行政庁は、第三者の申立てに基づき、即時執行を命ずることができる（同法80a条2項）。近隣住民に著しい騒音・振動等の障害を及ぼしている施設の事業者に対して、行政庁が施設の稼働停止を命じたところ、当該事業者が異議を提起したため、延期効が生じた、といった局面が想定されている²³。

行政裁判所法80a条3項は、「裁判所は、申立てに基づき、第1項及び第2項による措置を変更すること若しくは取消すこと又はそのような措置をと

²⁰ 1990年の法改正により、仮命令制度を定める行政裁判所法123条1項～3項は、同法80条および80a条の場合には適用されないことが明文化された（同法123条5項）。1990年法改正以前の議論状況については、広岡・前掲注（8）199頁参照。

²¹ 行政庁が職権で執行停止をすることができるか、という問題がある。Vgl. Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 8; Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 9.

²² Vgl. Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 819; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80a Rn. 14.

²³ Vgl. Seidel (Anm. 11), Rn. 698; Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 822.

ることができる。第80条第5項から第8項が準用される」と規定する。裁判所は、受益者または第三者の申立てに基づき、行政庁のとった措置（執行停止・即時執行命令・仮の措置）の取消・変更ができるだけでなく、「そのような措置」をとることもできる。そうすると、裁判所による二重効果的行政行為の執行停止は「執行停止」（または即時執行命令の取消し）という形式をとることになりそうである。しかし、本稿2で紹介する建設法典措置法（BauGB-MaßnahmenG）10条2項（1993年改正後のもの）は、異議を提起した第三者が、行政裁判所法80a条3項2文で準用されている同法80条5項1文に基づき、裁判所に対して「延期効命令」の申立てをすることを予定していた。建設法典措置法が廃止された現在においても、多くの学説は、裁判所による二重効果的行政行為の執行停止は延期効命令（または回復）という形式をとるべきものと解している²⁴。

同法80a条3項2文は、同法80条6項を準用している。後者の規定は、公課および公の費用の賦課徴収の場合には、原則として、裁判所に延期効命令の申立てをする前に、行政庁に執行停止の申立てをすべきことを定めるものである。そこで、建築許可が争われる場合においても同法80条6項が準用されることになるのかどうか問題となる。多くの学説は、同項が準用されるのは、公課および公の費用の賦課徴収に関する二重効果的行政行為の場合に限られると解している²⁵。そのような二重効果的行政行為がほとんど存在しないことから、同法80a条3項2文が同法80条6項を準用しているのは「立法者の編集上の誤り（Redaktionsversehen）」にすぎないと主張する者もある²⁶。ただし一部の裁判例は、建築許可に対して争訟を提起した近隣住民は、

²⁴ Detlef Bücken-Thielmeyer, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Volker Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG - VwGO Handkommentar (2006), § 80a VwGO Rn. 13; Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 13; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80a Rn. 17; vgl. auch OVG Greifswald, Beschluß vom 30. 6. 1999, NVwZ-RR 2000, 559 (559).

²⁵ Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 18; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80a Rn. 21-22; Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 830; vgl. auch OVG Koblenz, Beschluß vom 9. 9. 2003, NVwZ-RR 2004, 224 (224).

²⁶ Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 19; vgl. auch Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 19.

まず行政庁に執行停止の申立てをすべきであるとの立場をとっており、注意を要する²⁷。

(3) 小括

行政裁判所法に定める執行停止制度は相当複雑な構造となっているが、建築許可の執行停止に限定してその要点を整理すると、次のようになる。①建築許可に不服がある近隣住民が異議または取消訴訟を提起したとしても、延期効は生じない（行政裁判所法80条2項1文3号・建設法典212a条1項）。従って、さしあたり建築主は許可を受けた事業案を実施することが許される。②争訟を提起した近隣住民は、行政庁に執行停止の申立てができる（行政裁判所法80a条1項2号）。多数説によれば、直接裁判所に延期効命令の申立てをすることもできる（同法80a条3項2文・80条5項1文）。③しかし、執行停止ないし延期効命令の実体的要件は法定されていない。

行政裁判所法は、二重効果的行政行為の執行停止に関して特別な配慮を払っている点で注目されるが²⁸、制度の基本に関わる部分について規律の不十分なところがある点では問題がある。中でも、延期効命令の実体的要件が現在に至るまで法定されていないというのは驚くべき事態ともいえる²⁹。近隣住民が建築許可に対して争訟を提起し、執行停止または延期効命令の申立てをした場合において、申立てに理由があるかどうかをどのように判断すべきかという問題については、本稿3および4で検討する。以下では、この問題を取扱う前に、建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効が立法的に排除されるに至る経緯について触れておく。

²⁷ OVG Lüneburg, Beschluß vom 8. 7. 2004, NVwZ-RR 2005, 69 (69-70); vgl. auch Henning Jäde, in: Henning Jäde/Franz Dirnberger/Josef Weiß, Baugesetzbuch Baunutzungsverordnung Kommentar, 4. Aufl. (2005), § 212a Rn.11.

²⁸ 同法80a条1項2号および3項が、行政庁および裁判所に「第三者の権利を保全するための仮の措置」をとる権限を与えた点を評価するものとして、vgl. Friedrich Schoch, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar (1996), § 80a Rn. 9; Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 1.

²⁹ Vgl. Schoch (Anm. 28), § 80a Rn. 59.

2 建築許可の執行不停止原則

行政裁判所法80条1項は、異議および取消訴訟は延期効を有すると規定し、執行停止原則を採用しているが、建築許可については、建設法典212a条1項により執行不停止原則がとられている。同項は1997年の建設法典改正により設けられた規定であるが、それ以前に建設法典措置法10条2項が、一定の事業案の建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効を排除することを定めていた。同法は、1990年に制定され、1993年に一度改正された後、1997年改正後の建設法典の施行（1998年1月1日）とともに廃止されている。以下ではまず、1990年制定当時の建設法典措置法10条2項を紹介する。

(1) 1990年制定当時の建設法典措置法10条2項

建設法典措置法は、1990年に、東西ドイツ統一に伴う全ドイツ国民の緊急の住宅需要を満たすことを目的とする住宅建設容易化法（WoBauErlG）の一部として制定された。制定当時の建設法典措置法10条2項は、「専ら（ausschließlich）居住目的に奉仕する、ある事業案についての建築監督上の許可（Genehmigung）に対する第三者の異議及び取消訴訟は、延期効を有しない」と定めていた。この規定は、住宅建設容易化法の立法過程において、国土整備・建築・都市建設委員会（Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau）の提案に基づいて設けられたものである。当時は行政裁判所法80a条が設けられる前であり、そもそも建築許可に対する異議および取消訴訟が延期効を有するかという点について裁判所の判断が分かれる状況にあった。同委員会の提案には、この点に関する法状況を統一化するという意図があった³⁰。もっとも建設法典措置法10条2項は、居住目的に奉仕する建築事業案のみを対象とするものであり、例えば営業用施設の建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効を排除するものではなかった。

建設法典措置法の施行後において問題となったのは、同法10条2項にいう「専ら居住目的に奉仕する」事業案および「建築監督上の許可」の解釈であっ

³⁰ BT-Drucks. 11/6636, S. 28.

た。前者については、庇護申請者（Asylbewerber）の収容施設が「専ら居住目的に奉仕する」ものといえるか否かがしばしば争われたが、この点に関する裁判所の判断は分かれていた³¹。後者については、狭義の建築許可が「建築監督上の許可」に含まれることは明らかであるが、各州の建築規制法は建築監督庁の「同意（Zustimmung）」を要する事業案を予定しており、この同意が建設法典措置法10条2項にいう建築監督上の許可に含まれるかという問題があった³²。

(2) 1993年改正後の建設法典措置法10条2項

住宅建設容易化法は、1993年に制定された投資容易化・住宅建設用地法（Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz）によって改正され、建設法典措置法10条2項の内容にも変更が加えられた。改正後の同項1文は、「主として（überwiegend）居住目的に奉仕し、一時的な居住又は一時的な収容にも奉仕する、ある事業案についての建築監督上の許可に対する第三者の異議及び取消訴訟は、延期効を有しない」と規定する。改正前の同項が対象としていたのは「専ら居住目的に奉仕する」事業案であったが、改正の結果、同項が対象とする事業案の範囲が若干拡大したわけである。「一時的な居住又は一時的な収容にも奉仕する」という部分は、連邦参議院の提案によるものであり、庇護申請者収容施設の建築許可について同項の適用を認めない裁判例に対して、当初の立法者意思を明確にするという意図があった³³。

さらに、1993年改正後の同項2文以下は、次のように規定する。「延期効命令の申立て（行政裁判所法第80条第5項第1文と結合した第80a条第3項第2文）は、許可の送達後1ヶ月以内に限り、することができる。行政裁判所法第58条が準用される。後に延期効命令を正当化する事実が発生した場

³¹ Vgl. OVG Münster, Beschluß vom 29. 7. 1991, NVwZ 1992, 186 (187); OVG Schleswig, Beschluß vom 14. 10. 1991, NVwZ 1992, 587 (588).

³² Vgl. Hans Karsten Schmaltz, Zum Ausschluß der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen des Nachbarn nach § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG 1993, BauR 1994, 283 (284-285).

³³ BT-Drucks. 12/4208, S. 10.

合、これを理由とする行政裁判所法第80a条第3項、第1項第2号による申立ては、1ヶ月の期間内に、することができる。当該期間は、当該事実を第三者が知った時点において開始する」。立法手続において連邦参議院は、「行政裁判所法第80a条第1項第2号、第3項による申立ては、許可の送達後1ヶ月以内に限り、することができる」という規定を設けることを提案していた。この提案には、近隣住民の異議が係属している場合、建築主は、執行停止がされるリスクをおそれて、許可の即時執行を控える傾向にあるので、このようリスクを時間の面で軽減するという意図があった³⁴。それに対して連邦政府は、新たな事実が明らかになった場合には第三者に仮の権利保護を保障すべきこと、第三者は権利保護の手段が制限されていることについて十分に知らされなければならないことを指摘し³⁵、最終的に上記のような規定が設けられることとなった³⁶。

他方で投資容易化・住宅建設用地法は、建設法典措置法を改正するだけでなく、旧東ドイツ地域の5つの州に適用される特別法、行政裁判権における上訴等の制限に関する法律（Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit）を制定した。この法律は、「投資に関係のある（investitionsrelevant）」許可手続や計画確定手続に関わる紛争について、上級行政裁判所への控訴を制限することを主たる内容とするが³⁷、同時に、第三者が異議や取消訴訟を提起することにより生ずる遅延を避けるため、そのような紛争における延期効の排除を定めていた。控訴制限および延期効排除の対象となる紛争は同法2号に列挙されており、その1つとして、「各州の建築規制法にいう建築施設の建築、撤去、改築、用途変更」に関する紛争が挙げられている。その結果、旧東ドイツ地域においては、住宅に限らず、あらゆる建築施設の建築許可に対する異議および取消訴訟は延期効を有しないこととなった³⁸。

³⁴ BT-Drucks. 12/4208, S. 10.

³⁵ 建設法典措置法10条2項3文で準用されている行政裁判所法58条は教示に関する規定であり、同条2項は、教示がない場合や教示が誤っていた場合には、争訟の提起は送達後1年以内に限り許される旨定めている。

³⁶ Vgl. BT-Drucks. 12/4208, S. 25.

³⁷ Vgl. BT-Drucks. 12/3944, S. 57.

このような旧東ドイツ地域における異議および取消訴訟の延期効の排除は、投資の促進という目的によるものであるが、投資促進のための延期効排除は、その後ドイツ全土に拡大されてゆく。本稿1でみたように現行の行政裁判所法80条2項1文は、延期効が生じない場合として、「特に、投資又は雇用の創出に関わる行政行為に対する第三者の異議及び訴訟」について、連邦法律または州法律により規定された場合（3号）を挙げている。同項がこのような内容に改正されたのは1996年のことである³⁹。

(3) 建設法典212a条1項

現行法である建設法典212a条1項は、「ある事業案についての建築監督上の許認可（Zulassung）に対する第三者の異議及び取消訴訟は、延期効を有しない」と規定する。建設法典措置法10条2項に比較すると、対象となる事業案に関して「居住目的に奉仕する」という限定を削除した点が注目される。連邦政府は、建設法典改正にあたり、事業案の目的を問わず建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効を排除する規定を行政裁判所法に置くことを構想していた⁴⁰。それに対して国土整備・建築・都市建設委員会は、「投資又は雇用の創出に関わる」行政行為に関して延期効を排除しうることを定める同法80条2項1文3号の授權を用いて、延期効排除に関する規定を建設法典に置くことを提案し、それが採用されることとなった。同委員会は、この改正により、住宅建築事業案についての規律と非住宅建築事業案についての規律が異なるという望ましくない状況が解消されること、行政裁判権における上訴等の制限に関する法律に定められている延期効排除をドイツ全土に拡大する形で、法の統一化がもたらされることを指摘している⁴¹。

建設法典212a条1項のその他の特色としては、対象となる行政行為につ

³⁸ 行政裁判権における上訴等の制限に関する法律は、1998年4月30日までの限時法であったが、1996年の法改正により、2002年12月31日まで効力を有するものとされた。Vgl. BGBl. I, 1629.

³⁹ BGBl. I, 1627; vgl. auch BT-Drucks. 13/3993, S. 11, 19; BT-Drucks. 13/4069, S. 2.

⁴⁰ BT-Drucks. 13/6392, S. 34.

⁴¹ BT-Drucks. 13/7589, S. 30.

いて「許可」よりも広義の「許認可」という表現を用いている点⁴²、延期効命令の申立期間の制限を採用していない点が挙げられる。とりわけ後者は大きな変更点であるように思われるが⁴³、国土整備・建築・都市建設委員会はこの点について特に言及していない。

(4) 小括

建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効の排除について定めた建設法典措置法10条2項は、同法が住宅建設容易化法の一部として制定されたこともあり、延期効排除の対象となる事業案を「専ら居住目的に奉仕する」ものに限定していた。この規定はその後、投資容易化・住宅建設用地法により改正され、対象となる事業案は「主として居住目的に奉仕する」ものに広がった。同法は同時に、旧東ドイツ地域における投資の促進という観点から延期効排除を定める特別法を制定し、そこでは建築に関わるすべての場合において延期効が排除されることとなった。その後行政裁判所法は、投資および雇用の創出に関わる行政行為に対する異議および取消訴訟の延期効を法律により排除しうることを明文化し、これを受けて建設法典は、すべての建築監督上の許認可に対する異議および取消訴訟の延期効を排除する規定（212a条1項）を置くに至った。

建築許可に対する異議および取消訴訟の延期効の排除は、当初は住宅建設の促進という目的をもっており、その対象も限定されていた。しかし現在では、投資および雇用創出の促進が重視されるとともに、延期効排除の対象は最大限にまで拡大されている。もっとも建設法典212a条1項は、第三者の申立てに基づき、行政庁が執行停止をすることや、裁判所が延期効を命ずることを禁止しているわけではない。実際、同項が適用される1998年以降においても、近隣住民の申立てに基づき裁判所が延期効を命じた例は少なくな

⁴² 同項でいう「建築監督上の許認可」には、同意のほか、建築許可を要しない事業案に対する例外許可（Ausnahme）・適用免除（Befreiung）も含まれると解するものとして、vgl. Wolfgang Rieger, in: Hans Schrödter, Baugesetzbuch Kommentar, 7. Aufl. (2006), § 212a Rn. 2; Jäde (Anm. 27), § 212a Rn. 2.

⁴³ 建設法典212a条1項が延期効命令の申立期間を定めていない点に消極的な評価をするものとして、vgl. Rieger, (Anm. 42), § 212a Rn. 8.

い。そこで問題となるのは、建築許可の執行が停止されたり、建築許可に対する異議や取消訴訟の延期効が命ぜられたりするのはどのような場合なのかという点である。以下ではまず、この点に関する学説の状況を概観する。

3 執行停止の判断基準をめぐる学説

(1) 行政庁の判断基準

行政裁判所法80a条1項2号によると、第三者が、他者に向けられた、当該他者に利益を与える行政行為に対して争訟を提起した場合、行政庁は、第三者の申立てに基づき、同法80条4項の規定により執行を停止することができる。従って、建築許可に対して異議または取消訴訟を提起した近隣住民は、行政庁に執行停止の申立てをすることができる。そこで、執行停止の申立てが認容されるのはどのような場合かが問題となるが、同法80a条1項2号は執行停止の実体的要件を法定していない。ただし同号により準用されている同法80条4項は、公課および公の費用の賦課徴収の場合に限っては、**「攻撃されている行政行為の適法性に重大な疑義があるとき又は執行が公課若しくは公の費用の支払義務者にとって不当な、優越的な公益により要請されるのではない過酷さをもたらすおそれがあるとき」**には、執行を停止すべきものと定めている（3文）。

このような法構造に鑑みると、行政庁が建築許可の執行停止をするかどうかを判断するにあたり、同法80条4項3文に定める要件を基準として用いるべきかが問題となる。この点に関する学説は分かれており、少なくとも「行政行為の適法性に重大な疑義があるとき」には執行を停止すべきであると解する者もあれば⁴⁴、公課および公の費用の賦課徴収の場合以外には同法80条4項3文は適用も類推適用もできないと主張する者もある⁴⁵。また、同法80条4項3文の適用を肯定する立場をとった場合でも、そこでいう「行政行為

⁴⁴ Schoch (Anm. 28), § 80 Rn. 204, § 80a Rn. 34; Rieger (Anm. 42), § 212a Rn. 5; Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 817; vgl. auch Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 32.

⁴⁵ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 3; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 114, 116.

の適法性に重大な疑義があるとき」という要件をどのように解するかが問題となる。これに関しては、行政行為の適法性に重大な疑義があるというのは、執行停止の申立人が本案で勝つ蓋然性が高いときを指すと解する説もあれば⁴⁶、勝つ蓋然性と負ける蓋然性が同程度であればよいと解する説もある⁴⁷。

以上の通り、建築許可の執行停止の判断基準として行政裁判所法80条4項3文を用いるべきかどうかについて、学説は錯綜している印象を受ける。しかし、行政庁の判断基準と裁判所の判断基準は同一であるべきであるという点では、学説は一致している⁴⁸。そして裁判所の判断基準に関しては、議論が比較的整理されている。従って、執行停止の判断基準をめぐる学説の状況を把握するには、裁判所の判断基準に関する議論を参照することが便宜であろう。

(2) 裁判所の判断基準——多数説

一般に、建築許可に対して争訟を提起した近隣住民は、直接裁判所に対して延期効命令の申立てをすることができると考えられているが（行政裁判所法80a条3項・80条5項）、行政裁判所法80条および80a条は、延期効命令の実体的要件を全く規定していない。従って、延期効を命ずるかどうかの判断基準は、学説および裁判例による法形成に委ねられている。多くの学説は、延期効命令の申立てを認容すべきかどうかは、行政行為の執行の延期を求める利益（「延期利益（Aufschubinteresse）」）と即時執行を求める利益（「執行利益（Vollzugsinteresse）」）を衡量することによって決まるという点、そして、申立人が本案で勝つことが明白であれば当然に延期利益が優越し、逆に本案で負けることが明白であれば執行利益が優越するという点で一致している⁴⁹。

⁴⁶ Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 817; vgl. auch Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 32.

⁴⁷ Schoch (Anm. 28), § 80 Rn. 195; vgl. auch Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 116; BVerwG, Urteil vom 24. 3. 1982, BayVBl. 1982, 442 (442).

⁴⁸ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 3; Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 11; Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 5; Schoch (Anm. 28), § 80a Rn. 63.

⁴⁹ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 20, 23; Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 25-26, 32; Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 68-70, 73-74; Kopp/Schenke (Anm. 11), §

行政裁判所法によると、取消訴訟は、原告が行政行為によって権利を侵害されていると主張する場合に提起でき（42条2項）、裁判所は、行政行為が違法であり、それによって原告の権利が侵害されている場合に、その行政行為を取消す（113条1項）。一般に、近隣住民の利益を保護する規定（隣人保護規定）に違反する建築許可は、当該近隣住民の権利を侵害すると考えられている⁵⁰。他方で行政裁判所法は、異議については同法42条2項や113条1項に対応する規定を置いてない。しかし、建築許可に対して近隣住民が提起した異議の本案要件は、取消訴訟のそれと同様に取扱うべきものと考えられている⁵¹。従って、近隣住民が建築許可に対して異議ないし取消訴訟を提起し、延期効命令の申立てをした場合において、申立人が本案で勝つかどうかは、建築許可が隣人保護規定に違反するかどうかにかかっている。多数説の考え方に従えば、建築許可が隣人保護規定に違反することが明白であれば延期効命令の申立ては認容され、隣人保護規定違反のないことが明白であれば申立ては斥けられることになる。

申立人が本案で勝つことが明白とまではいえないが、その蓋然性があるときの取扱いについては、学説は分かれている。ある者は、「行政行為の適法性に重大な疑義があるとき」には執行を停止すべきことを定める行政裁判所法80条4項3文の法思想は、法律により即時執行が命ぜられている二重効果的行政行為についても妥当するとの立場から、申立人が本案で勝つ蓋然性が本案で負ける蓋然性よりも高いときには、延期効が命ぜられるべきであると主張する⁵²。それに対して、申立人が本案で勝つ蓋然性（および負ける蓋然性）を、延期効を命ぜるかどうかの判断にとって決定的な要素とみるのではなく、延期利益と執行利益を衡量する際の考慮事項の1つとして位置づける者もある⁵³。

80 Rn. 152; Hufen (Anm. 9), § 32 Rn. 39, 41.

⁵⁰ Bernhard Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. (2005), Rn. 4231; Finkelnburg/Ortloff (Anm. 9), S. 260; Seidel (Anm. 11), Rn. 73.

⁵¹ BVerwG, Urteil vom 18. 5. 1982, NVwZ 1983, 32; Rieger (Anm. 43), § 212a Rn. 5; Stürer (Anm. 50), Rn. 4255.

⁵² Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 32; Finkelnburg/Jank (Anm. 19), Rn. 817, 839; Seidel (Anm. 11), Rn. 690.

いずれにせよ多数説によれば、本案の帰趨が不明である場合には、本案とは別個の事項を考慮すべきことになる。ただし、この場合における利益衡量の詳細については、異なる考え方が存在している。ある者は、既成事実 (vollendete Tatsachen) が発生するおそれに着目する。この説によれば、執行が原状回復不可能または原状回復困難な事実を発生させるのであれば、通常、延期効が命ぜられるべきである。逆に、事業案が受忍限度を超える不利益をもたらすものでなく、かつ執行の結果が容易に原状回復しようという事情があれば、それは重要な考慮事項となる⁵⁴。

他方で、建築許可が争われる事案においては、既成事実が発生するおそれよりも、建設法典212a条1項によって延期効が排除されていることを重視すべきと主張する者もある。この説によると、同項は、執行利益が原則として優先するという立法者意思の表現である。従って近隣住民としては、このような執行の優先を覆す自己の個人的利益を主張しなければならない。立法者は、建築事業案の実施によって通常既成事実が発生することを認識した上で、執行を優先させているのであるから、単に既成事実の発生を阻止するという理由だけで、延期効命令の申立てが認容されることはない⁵⁵。

この説に対しては、建設法典212a条1項は、建築許可が与えられた場合には、建築主が即時執行の申立てをするのではなく、第三者が執行停止または延期効命令を申立てなければならないことを定めた手続法的規律にすぎないと解する立場からの批判がある⁵⁶。両極端ではあるが、同項の解釈としては、どちらの説も成り立ちうるように思われる。本稿2でみた通り、同項を設けた立法者が、投資や雇用の創出を促進するという意図を持っていたこと

⁵³ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 22; Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 75; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 156.

⁵⁴ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 22; vgl. auch Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 76-77, § 80a Rn. 16; Rieger (Anm. 42), § 212a Rn. 9.

⁵⁵ Norbert Huber, § 212a I BauGB und die Auswirkungen auf den einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO, NVwZ 2004, 913 (918-919); Puttler (Anm. 10), § 80a Rn. 33; Kopp/Schenke (Anm. 11), § 80 Rn. 152.

⁵⁶ Bücken-Thielmeyer (Anm. 24), § 80a VwGO Rn. 22; Schmidt (Anm. 10), § 80 Rn. 78-79; Jäde (Anm. 27), § 212a Rn. 13.

は確かである。しかし同項は文言上、裁判所が申立てに基づいて延期効を命ずることを制限してはいない。同項の性格づけは、その目的と文言のどちらを重視するかによって変わってくるであろう。

(3) 裁判所の判断基準——少数説

以上の通り多数説によれば、本案の帰趨が不明である場合には、本案とは別個の事項を考慮して、延期効を命ずるかどうかを判断することになる。それに対してショッホ (Schoch) は、本案とは別個の事項を考慮すべきではなく、申立人が本案で勝つ見込みのみを基準とすることを主張している。この説は、もちろん少数説にとどまっているが、全く荒唐無稽なものとも思われない。そこでショッホの説を紹介しておく。

ショッホによると、二重効果的行政行為の場合、状況に応じて保護されるべき受益者の利益と、基本的に同程度に保護されるべき第三者の利益が対立するため、「関係する実体法上の決定プログラム」を基準としなければ、両者の利益を衡量することはできない。「『既成事実』はそれ自体としては第一次的な判断基準ではなく、法秩序によるその評価が第一的に重要である。例えば近隣住民の提起した争訟が勝てる見込みのないものであれば、許可の名宛人が受益を（適法に）利用すること、それによって原状回復不可能な状態が発生することに対して、文句をつけることはできない⁵⁷」。他方で、建設法典212a条1項による延期効排除を、執行利益が原則として優先するという立法者の評価とみることも適切でない。「建設法典212a条1項によって明らかになる迅速化利益 (Beschleunigungsinteresse) は、違法の蓋然性がある事業案が遅滞なく実現されることを認めるものではない。本案争訟で勝つ見込みの審理は、緊急手続 (Eilverfahren) における相対する利益の評価にとって決定的な重要性を有している⁵⁸」。

このようにショッホは、申立人が本案で勝つ見込みを決定的に重視するの

⁵⁷ Schoch (Anm. 28), § 80a Rn. 61. 傍点部分の原文はイタリック体。

⁵⁸ Schoch (Anm. 16), S. 46. 傍点部分の原文はイタリック体。ショッホの説に賛意を示すものとして、vgl. Rieger (Anm. 42), § 212a Rn. 9. 批判的なものとして、vgl. Schmidt (Anm. 10), § 80a Rn. 16.

であるが、彼の説にはもう1つの特色がある。ショツホによれば、裁判所による二重効果的行政行為の執行停止について、行政裁判所法80a条3項2文で準用されている同法80条5項を適用することは誤りである。同法80a条3項1文により、裁判所は、同条1項2号に定める措置、すなわち同法80条4項による執行停止をすることができるからである⁵⁹。同法80条4項3文は、公課および公の費用の賦課徴収の場合においては「行政行為の適法性に重大な疑義があるとき」には執行停止をすべきものと規定しているが、申立人が本案で勝つ蓋然性と本案で負ける蓋然性が同程度であれば「行政行為の適法性に重大な疑義がある」と解される⁶⁰。また、公課および公の費用の賦課徴収の場合に限らず、その適法性に重大な疑義のある行政行為について即時執行の利益は認められない⁶¹。従って、「80a条1項2号の場合において、裁判所により執行停止が命ぜられるのは、攻撃されている行政行為の適法性に重大な疑義があり、それゆえに第三者がその提起した争訟で勝つ可能性があるときである⁶²」。

結局ショツホの説によれば、申立人が本案で勝つ蓋然性と本案で負ける蓋然性が同程度であるとき、すなわち本案の帰趨が不明である場合には、執行停止をすべきことになる⁶³。従ってこの説は、執行停止をかなり容易に認めるものといえよう。見方によっては、申立人が有利になりすぎるとも考えられるが、裁判所が執行停止の決定をいつでも取消することができ（行政裁判所法80a条3項2文・80条7項）、かつこの権限が適切に行使されるとすれば、不都合な事態の発生は回避できるのではないかと思われる。

(4) 小括

建築許可に対して争訟を提起した近隣住民は、行政庁に執行停止の申立てをすることができる（行政裁判所法80a条1項2号）。行政庁による執行停

⁵⁹ Schoch (Anm. 28), § 80a Rn. 63; vgl. auch Schoch (Anm. 16), S. 46.

⁶⁰ Schoch (Anm. 28), § 80 Rn. 195.

⁶¹ Schoch (Anm. 28), § 80 Rn. 204.

⁶² Schoch (Anm. 28), § 80a Rn. 66; vgl. auch Schoch (Anm. 16), S. 46.

⁶³ 本案の帰趨が不明である場合には、延期効が命ぜられるべきことを主張する説として、vgl. Jäde (Anm. 27), § 212a Rn. 13.

止の要件は、公課および公の費用の賦課徴収の場合（同法80条4項3文）を除き、法定されていない。同法80条4項3文を建築許可の執行停止の判断基準として用いるかどうかについては争いがある。ただし、行政庁の判断基準と裁判所の判断基準が同じであるべきことについては、学説は一致している。

建築許可に対して争訟を提起した近隣住民は、裁判所に延期効命令の申立てをすることもできる（行政裁判所法80a条3項・80条5項）。多くの学説は、延期効命令の申立てが認容されるかどうかは、行政行為の執行の延期を求める利益（延期利益）と即時執行を求める利益（執行利益）の衡量によって決まるという点、申立人が本案で勝つこと、すなわち建築許可が隣人保護規定に違反することが明白であれば延期利益が当然に優越し、逆に隣人保護規定違反のないことが明白であれば執行利益が優越するという点で一致している。ただし、隣人保護規定違反が明白とはいえないがその蓋然性があるときの取扱いや、本案の帰趨が不明である場合の利益衡量の詳細については争いがある。少数説であるが、本案とは別個の事項を考慮することを認めず、申立人が本案で勝つ蓋然性と本案で負ける蓋然性が同程度であれば執行を停止すべきであると主張するものもある。

執行停止の判断基準をめぐる学説の状況は以上のように整理できるが、具体的にどのような場合に建築許可の執行が停止されるのかを明らかにするためには、学説を概観するだけでは不十分である。事例を参照して、そこでどのような事項が考慮され、どのような結論が導き出されているかを分析する必要がある。

4 裁判例における執行停止の判断

既述の通り、一般に、建築許可に対して争訟を提起した近隣住民は、直接裁判所に延期効命令の申立てをすることができると考えられている。以下では、延期効命令の申立てに理由があるかどうかに関する上級行政裁判所の決定を素材に、裁判所がどのような事項を考慮し、どのような結論を導き出しているかを分析する⁶⁴。

(1) 判断基準

裁判所は、延期効を命ずるかどうかを判断するにあたっては、多くの学説と同様に、延期利益と執行利益を衡量することを基本とし、申立人が本家で勝つ見込みの有無を考慮するものとしている。例えば、カッセル上級行政裁判所は次のように述べる。「執行停止を求める第三者の申立てに理由があるのは、従前の状態の維持を求める当該第三者の利益が、建築許可の利用を求める建築主の利益に優越する場合である。そのような場合に該当するのは、行政行為が明白に違法であり、かつ隣人保護規定に基づく第三者の権利を侵害するときである。逆に、攻撃されている行政行為が明白に適法であれば、権利保護の申立ては斥けられるべきである。それ以外のすべての事案においては、事実関係の簡易な (summarisch) 判断を行い、当該相対する利益を衡量することによって決定される。当該利益の重要性およびそれらが害される程度のほか、第三者が争訟で勝つことが明白とはいえないまでもどの程度の蓋然性を有するかという点も、衡量に取り入れられるべきである⁶⁵」。

「行政行為の適法性に重大な疑義があるとき」には執行停止をすべき旨を定める行政裁判所法80条4項3文を、建築許可について適用した裁判例は見あたらない。しかし裁判所は、申立人が本家で勝つ見込みの有無をかなり重視しているようである。例えばベルリン上級行政裁判所は、「行政裁判所法80条5項1文と結合した同法80a条3項2文により裁判所が行うべき、当事者の相対する利益の衡量にあつては、仮の権利保護の手續において唯一可能な簡易審理 (summarische Prüfung) の結果、大きな (überwiegend) 蓋然性をもって、参加人に与えられた建築許可……に対する申立人の争訟が最終的に勝てるものといえるかどうか、決定的に重要である」と述べている⁶⁶。ミュンヘン上級行政裁判所も、仮の権利保護の手續においては、「裁判所は独自の裁量的決定を行うが、その本質的な要素は、通常、争訟で勝つ見込みの簡易審理である」と述べている⁶⁷。後述(2)で見るように、申立人が本家で

⁶⁴ 行政庁による執行停止の判断については、資料を入手することができなかったため、検討することができない。

⁶⁵ VGH Kassel, Beschluß vom 28. 1. 2000, NVwZ-RR 2000, 570 (570).

⁶⁶ OVG Berlin, Beschluß vom 27. 10. 2004, LKV 2005, 76 (76).

勝つ見込みの有無に基づいて、延期効を命ずるかどうかを決定した裁判例は多い。

他方で裁判例においても、本案の帰趨は不明と判断されることがあり、その場合には本案とは別個の事項が考慮されている。学説の中には、この場合の利益衡量にあたっては建設法典212a条1項の趣旨を顧慮すべきであり、執行利益が原則として優先すると主張する者があった。裁判例の中にも、一般論として、同項は建築許可の利用を求める利益に優先性を与えた旨述べるものが存在している⁶⁸。しかし、このような見方に反対する裁判例も少なくない。例えばミュンスター上級行政裁判所は、同項は、建築許可の執行の延期を求める者はその申立てをしなければならないという「手続的義務(Verfahrenslast)」を定めるにすぎず、「立法者は利益の実質的評価は行っていない」と述べる⁶⁹。ミュンヘン上級行政裁判所も、同項は「行政行為に高い適法性の推定を与えるものでもなければ、裁判所の審査の基準を根本的に変化させるものでもない」との立場から、「法律によって延期効が排除されている事例においても、(争訟の帰趨が不明である場合の)利益衡量は、個別事例に即したもので、すなわち個別的・具体的なものである」と述べている⁷⁰。後述(3)で見ると、実際の利益衡量の過程において、同項の趣旨が決定的な役割を果たした例は見あたらない。

このように裁判所は、延期効を命ずるかどうかを判断するにあたり、申立人が本案で勝つ見込みの有無を重視する傾向にあるとみられる。また、本案の帰趨が不明である場合の利益衡量は、あくまでも事案に即して、個別具体的に行うべきであるとの姿勢が窺われる。以下では実例を参照して、裁判所の判断をより詳細に検討する。

⁶⁷ VGH München, Beschluß vom 21. 12. 2001, NVwZ-RR 2003, 9 (10).

⁶⁸ OVG Hamburg, Beschluß vom 27. 4. 2004, NVwZ-RR 2005, 396 (396).

⁶⁹ OVG Münster, Beschluß vom 13. 7. 1999, NVwZ 1998, 980 (980).

⁷⁰ VGH München, Beschluß vom 21. 12. 2001, NVwZ-RR 2003, 9 (11); vgl. auch VGH Mannheim, Beschluß vom 19. 10. 1999, NVwZ-RR 2000, 413 (415).

(2) 本案の帰趨が重視された例

近隣住民が提起した争訟において建築許可が取消されるのは、建築許可が違法であり、かつそれによって近隣住民が権利を侵害されている場合、すなわち建築許可が隣人保護規定に違反する場合である。裁判例においては、建築許可が隣人保護規定に違反すること、あるいはその蓋然性が高いことを理由に、延期効命令の申立てを認容したものが少なくない⁷¹。このような事例をいくつか紹介する。

①ミュンヘン上級行政裁判所2003年5月21日決定⁷²は、建設抑制区域において、長さ49.90m・幅20.05mの建物の用途を牛小屋から最大飼育数23500羽の養鶏場に変更することを認める建築許可が争われた事案に関するものである。本決定は、「簡易審理の結果、当該建築許可は、連邦イミシオン防止法3条1項と結合した建設法典35条3項1文3号1肢⁷³という隣人保護規定に違反することが認められる」と判示し、延期効命令の申立てを認容した行政裁判所の決定を結論において支持している。上級行政裁判所は、本件養鶏場から発生する塵・悪臭イミシオンの判断基準としてはドイツ技術者協会の指針3472 (VDI 3472) を用いるべきであり、当該指針によれば本件養鶏場は住宅から原則として100m以上の距離を置くことが必要であるとした。しかしながら、本件建物に設置予定の5つの排気煙突と申立人の住宅は31m～40mしか離れておらず、有害な環境作用が生ずるおそれを排除する特段の気象条件やその他の条件も示されていないため、本件事業案は「おそらく申立人の住宅に有害な環境作用を惹起する」との結論が出されている。

⁷¹ Vgl. OVG Hamburg, Beschluß vom 29. 5. 2001, NVwZ 2002, 494 (494); VGH Mannheim, Beschluß vom 16. 11. 2004, NJOZ 2005, 840 (841); OVG Greifswald, Beschluß vom 17. 1. 2005, LKV 2006, 130 (130).

⁷² VGH München, Beschluß vom 21. 5. 2003, BauR 2004, 46-47.

⁷³ 連邦イミシオン防止法3条1項は、同法にいう「有害な環境作用」を、「種類、程度又は期間に照らし、一般公衆又は近隣に対して、危険、著しい不利益又は著しい迷惑をもたらすことに特に適したイミシオン」と定義している。建設法典35条3項1文は、建設抑制区域における事業案が公益を侵害する場合を例示列挙しており、同文3号は、事業案が「有害な環境作用を惹起しうる又はそれらに晒される」場合を挙げている。

⁷⁴ OVG Berlin, Beschluß vom 5. 12. 2003, BauR 2004, 801-803.

②ベルリン上級行政裁判所2003年12月5日決定⁷⁴は、飲食店兼宿屋（Gaststätte）の建築許可が争われた事案に関するものである。本決定は、本件建築許可が「簡易審理の結果、違法でありかつ申立人の権利を侵害する」と判示し、延期効命令の申立てを認容した行政裁判所の決定を支持している。上級行政裁判所はまず、本件建築予定地の近隣周辺の特徴が、建築利用令（BauNVO）3条にいう住居専用地区に事実上合致することを認定した⁷⁵。その結果、本件建築許可の適法性は、建築利用令3条と結合した建設法典34条2項によって判断されることとなった⁷⁶。上級行政裁判所は、建築利用令3条によれば住居専用地区内で飲食店兼宿屋の建築は許されないことを指摘し、「申立人は近隣住民として、建築利用令3条と結合した建設法典34条2項の意味での事実上の住居専用地区においても、自己の近隣周辺における地区の性格の維持を求める請求権（地区維持請求権または地区保障請求権）を有し、その用途に関して当該建築地区においては許されない土地利用を防除することができる」と判示している⁷⁷。

③ミュンスター上級行政裁判所2005年11月15日決定⁷⁸は、観客収容数6000人のサッカー場の建築許可が争われた事案に関するものである。本決定は、本件建築許可が「申立人の隣人保護的な権利を侵害する蓋然性が大きい」ことを認定し、そうであるとすれば「その〔申立人の提起した〕訴訟の延期効命令を求めるその〔申立人の〕利益は、……建築許可の即時執行を求める参

⁷⁵ 建築利用令3条によると、住居専用地区において、一般的に許されるのは住宅のみである（2項）。例外的に許されるのは、「当該地区の住民の日常的な需要の充足に奉仕する商店及び妨害的でない手工業」（同令3項1号）や、「当該地区の住民の要求に奉仕する宗教、文化、保健及び体育的目的のための施設」（同令3項2号）などである。

⁷⁶ 建設法典34条2項は、「近隣周辺の特徴が、第9条に基づいて制定された命令〔＝建築利用令〕に示されている建築地区（Baugebiet）の1つに合致する場合、事業案の許容性は、その用途に関しては、それが当該命令によれば当該地区において一般的に許されるものであるかどうかという点のみによって判断され、当該命令によると例外的に許される事業案には第31条第1項〔＝例外許可〕が、その他の事業案には第31条第2項〔＝適用免除〕が準用される」と規定する。

⁷⁷ 建設法典34条2項にいう「近隣周辺」内において、「地区の性格の維持に関わる隣人保護」が認められることについては、vgl. BVerwG, Beschluß vom 20. 8. 1998, NVwZ-RR 1999, 105 (107).

⁷⁸ OVG Münster, Beschluß vom 15. 11. 2005, NVwZ 2006, 306-309.

加入〔＝建築許可の名宛人〕の利益に優越する」と判示している。本件サッカー場の建設予定地は、Q市の地区詳細計画（Bebauungsplan）では観客収容数15000人のサッカー場を建設するものとされていた。しかし上級行政裁判所は、駐車場の問題が解決されていないことを理由に、当該地区詳細計画を無効とした。その結果、本件建築許可の適法性は建設法典35条によって判断されることとなった。本件建築許可は収容台数1100台の付属駐車場の設置を含むものであったが、上級行政裁判所は、6000人の観客が来場した場合には、付属駐車場だけでは対応できず、周辺地域において駐車場を探す車の交通量が著しく増加するほか、路上駐車が発生するおそれがあることを指摘して、本件事業案は「建設法典35条3項に含まれる配慮の要請（Gebot der Rücksichtnahme）と両立しえない」と結論づけている⁷⁹。

他方で、延期効命令の申立てを斥ける場合においても、問題の建築許可が隣人保護規定に違反しないことをその理由として指摘する裁判例が多い⁸⁰。以下では、そのような判断が示された例を紹介する。

④マンハイム上級行政裁判所1999年10月19日決定⁸¹は、パン製造販売所の建築許可が争われた事案に関するものである。本決定は、申立人は本案で勝つ見込みがないとの理由で延期効命令の申立てを斥けた行政裁判所の決定を、結論において支持している。上級行政裁判所は、仮に本件建築予定地の近隣周辺の特性が建築利用令4条にいう一般住居地区に事実上合致するとしても、本件パン製造販売所は、一般住居地区で建築することが許される「当該地区の補給（Versorgung）に奉仕する、妨害的でない手工業」に該当することを指摘する⁸²。さらに上級行政裁判所は、本件建築許可が午前7時以前の納入および出荷を禁止するとともに、本件事業地での騒音は昼間55デシ

⁷⁹ 建設法典35条3項が、第三者を保護する配慮要請を含むことについては、vgl. BVerwG, Beschluß vom 5. 9. 2000, NVwZ-RR 2001, 82 (82).

⁸⁰ Vgl. OVG Hamburg, Beschluß vom 27. 4. 2004, NVwZ-RR 2005, 396 (396); VGH München, Beschluß vom 4. 6. 2004, BauR 2005, 1131 (1131-1132); OVG Münster, Beschluß vom 6. 5. 2005, NJOZ 2005, 2639 (2646).

⁸¹ VGH Mannheim, Beschluß vom 19. 10. 1999, NVwZ-RR 2000, 413-415.

⁸² 建築利用令4条2項2号は、一般住居地区においては「当該地区の補給に奉仕する商店、居酒屋、料理店及び妨害的でない手工業」が許されるものと規定している。

ベル・夜間40デシベルを超えてはならないものとしていることを指摘し、このことは「行政裁判所法80a条3項、80条5項による手続において行うことのできる、事実状況および法状況の簡易審理の基礎に置かれるべきである」と述べ、建築利用令15条1項に位置づけられた配慮要請の違反はないと結論づけている⁸³。

⑤カッセル上級行政裁判所2000年1月28日決定⁸⁴は、種苗生産、穀物選別・乾燥業を営む申立人が、二世帯住宅の建築許可を争った事案に関するものである。申立人の事業用建物と本件二世帯住宅との最短距離は26.5mであった。本決定は、「ここで行うことのできる、現在の認識状態に基づく事実状況および法状況のおおよその(überschlägig)審理」によれば、「当該建築許可は隣人保護規定に基づく申立人の権利を侵害しない」ため、延期効命令の申立てには理由がない旨判示している。上級行政裁判所は、本件二世帯住宅の建築予定地が事実上の村落地区または一般住居地区内にあることを認定し、本件建築許可の適法性は建築利用令と結合した建設法典34条2項によって判断されるものとした。その上で、建築利用令4条および5条によれば、一般住居地区および村落地区において住宅建築は許されていること⁸⁵、許可を受けた住宅は、申立人の事業との関係で、受忍限度を超える騒音被害に晒されることを防ぐに足りる距離をとっており、建築利用令15条1項にも違反しないことを指摘している。

⑥コブレンツ上級行政裁判所2005年10月28日決定⁸⁶は、機械製造業を営む申立人が、私営火葬場の建築許可を争った事案に関するものである。申立人

⁸³ 建築利用令15条1項2文は、同令2条～9条において列挙された建築施設であっても、当該施設から受忍限度を超える妨害または迷惑が発生する場合や、当該施設がそのような妨害または迷惑に晒される場合には、その設置は許されない旨定めている。この規定は建設法典34条2項が適用される「事実上の建築地区」においても妥当する。建築利用令15条1項が配慮要請を含むことについては、vgl. BVerwG, Beschluß vom 13. 5. 2002, NVwZ 2002, 1384 (1384).

⁸⁴ VGH Kassel, Beschluß vom 28. 1. 2000, NVwZ-RR 2000, 570-571.

⁸⁵ 建築利用令によれば、一般住居地区においては、住宅の建築は許されており(4条2項1号)、村落地区においても、農林業の事業所およびそれ付属する住宅(5条2項1号)、小規模団地(同項2号)のほか、その他の住宅(同項3号)の建築が許されている。

⁸⁶ OVG Koblenz, Beschluß vom 28. 10. 2005, NJOZ 2006, 716-721.

の所有地と本件火葬場の建築予定地は約220m離れていた。本決定は、「緊急の権利保護（Eilrechtsschutz）の手續において唯一可能な簡易審理の結果によれば、攻撃されている建築許可が申立人の権利を侵害することは明らかでない」と述べ、申立人が本案で勝つ見込みがないことを理由に延期効命令の申立てを斥けた行政裁判所の決定を支持している。問題の地域は地区詳細計画においては工業地区に指定されていたが、上級行政裁判所は、当該地区詳細計画の策定手續が完了していないことを指摘し、本件建築許可の適法性は建設法典34条または35条によって判断されるものとした。その上で、仮に本件火葬場の近隣周辺の特性が建築利用令9条にいう工業地区に事実上合致するとしても、当該地区内では火葬場は少なくとも例外的に許されるものであり⁸⁷、証拠として提出された計画および写真をみても本件火葬場が当該地区の性格と両立しえないとの結論を導くことはできない旨述べている。また、建設法典34条が適用されるにせよ35条が適用されるにせよ、配慮要請に違反する建築許可は近隣住民の権利を侵害することとなるが⁸⁸、上級行政裁判所は、火葬のための施設に関する命令（第27連邦イミシオン防止法施行令）に定める基準の遵守は本件建築許可に付加された負担により確保されていること、本件火葬場は申立人の事務所からは直接見えないこと、霊柩車の行き来が見えることについては人間の生活の一部として受忍すべきであることを指摘し、申立人にとって受忍限度を超える被害が生ずるおそれはないと結論づけている。

以上の通り裁判所は、延期効を命ずるかどうかを判断するにあたっては、可能な範囲で本案の問題を審理するとの立場をとっている。仮の権利保護の手續における裁判所の審理は一般に「簡易審理」と称されているが、裁判例においては、その簡易審理により本案の帰趨、すなわち隣人保護規定違反の有無を一応明らかにしようとする傾向が強い。事業案が配慮要請に違反する

⁸⁷ 建築利用令9条によると、工業地区においては、「あらゆる種類の営業」が原則的に許されており（2項）、「宗教、文化、社会、保健及び体育的目的の施設」は例外的に許される（3項）。

⁸⁸ 建設法典34条1項は、連担建設区域における事業案の許容性要件の1つとして、事業案が「近隣周辺の特性に適合する」ことを定めている。この要件に配慮要請が含まれることについては、vgl. BVerwG, Beschluß vom 6. 12. 1996, NVwZ-RR 1997, 516 (516).

かどうか、申立人に受忍限度を超える被害が発生するかどうかが問題になる場合、その判断は必ずしも容易ではないと思われるが、一応の結論を出している裁判例は少なくない（上記①，③，④，⑤，⑥の各決定）。

このような傾向に鑑みると、裁判所は、建築許可が隣人保護規定に違反するかどうかを、延期効を命ずるかどうかについての最適な判断基準とみているといえるのではないか。本稿3で紹介したショッホは、実体法を基準にしなければ建築主と第三者の利益を衡量することはできないことを強調していたが、裁判所も、このような認識をある程度共有していると思われる。とはいえ、裁判所のとる立場がショッホの主張するところと完全に一致しているわけではない。裁判例において、申立人が本案で勝つ蓋然性と本案で負ける蓋然性が同程度であるときは延期効を命ずべきであると述べたものはなく、本案とは別個の事項が考慮される可能性は否定されていないからである。

（3） 本案とは別個の事項が考慮された例

裁判例の中には、簡易審理の結果、本案の帰趨は不明と判断したものもある。その場合には、本案とは別個の事項が考慮されている。以下ではまず、そのような利益衡量の結果、申立人の延期利益が優越するとの判断がされた例を紹介する。

⑦ ミュンスター上級行政裁判所1998年7月13日決定⁸⁹は、9基の風力発電施設を設置する建築許可に対して異議が提起され、延期効命令の申立てがされた事案に関するものである。行政裁判所は申立てを斥けたが、申立人は抗告手続において延期効命令の申立てを自宅に近い2基の施設（申立人の住居との距離は565mないし700m）に係る部分に限定した。本決定は、「風力発電施設7および9のために（も）参加人に与えられた建築許可の適法性は未確定（offen）であり、引き続き行われるべき一般的な利益衡量の結果、申立人の延期利益が優先する」と述べ、申立てを認容している。上級行政裁判所は、申立人の住宅の最も近くに位置する風力発電施設7および9の稼働により生ずる騒音、日影、反射光が配慮要請に違反する可能性があり、本案

⁸⁹ OVG Münster, Beschluß vom 13. 7. 1998, NVwZ 1998, 980-983.

手続が終了するまで申立人にこれらの騒音等を甘受させることはできない旨述べている。他方で、風力発電施設7および9に係る部分を含めて本件建築許可を可能な限り即座に利用するという参加人の利益は、あらゆる建築主にとって同様に妥当する平凡な利益に尽きると指摘されている。

⑧ミュンヘン上級行政裁判所2001年12月21日決定⁹⁰は、自動車整備工場を全4スクリーン・総客席数400席の映画館に改造することを認める建築許可が争われた事案に関するものである。問題の地域は、1968年に案の公告・縦覧が行われたM市の地区詳細計画で混合地区（Mischgebiet）に指定されていた。本決定は、本件建築許可の適法性は1962年制定当時の建築利用令に従って判断されるものとしたが⁹¹、本件映画館が混合地区において許されるものであるかどうかは複雑な問題であるから、この判断は本案手続に留保せざるを得ない旨述べる。その上で本決定は、「仮の権利保護の申立てについては（純粹の）利益衡量によって決定されるべき」であるが、「相対する利益の衡量は、ここでは参加人〔＝建築許可の名宛人〕の不利になる」と判示している。上級行政裁判所は、建築許可の存続力（Bestandskraft）が生ずる前に参加人が事業案を実現しようとすれば、建築許可が本案手続で取消されるべきものとなったときには、既成事実が発生している危険があることを指摘する。また、申立人は本案で勝ったときには行政庁の介入を請求するという点は、現時点ではそのような請求権が確実に成立するとはいえないため、既成事実の発生を阻止を求める申立人の利益を満足させるには足りない旨述べている。他方で、建築許可の存続力が生じてからそれを執行することは、克服することのできない経済的障害に直面するとか、その他の重大な損害をもたらすことを建築主が疎明すれば、事業案を緊急に実現させる必要性が認められる余地はあるものの、参加人はこの種の不利益を述べていないと指摘されている。

⁹⁰ VGH München, Beschluß vom 21. 12. 2001, NVwZ-RR 2003, 9-12.

⁹¹ 1962年制定当時の建築利用令6条によれば、混合地区は、居住および居住を本質的には妨害しない営業のための地区であり（1項）、具体的には、住宅（2項1号）、事務所（2項2号）、小売業・居酒屋・料理店・宿泊業（2項3号）、その他の営業（2項4号）、宗教・文化・社会・保健および体育的目的のための施設（2項5号）などが許される。

次に、本案とは別個の事項が考慮され、執行利益のほうが優越するとの判断がされた例を紹介する。

⑨ベルリン上級行政裁判所1999年3月17日決定⁹²は、文化財として保護されている、かつてのビール醸造所の建物を、総客席数1800席のマルチプレックスシアターに用途変更することを認める建築許可が争われた事案に関するものである。本決定は、本件建物の近隣周辺の特性は建築物利用令に定められた建築地区の1つには合致しないため、本件建築許可の適法性は建設法典34条1項によって判断されるものとした。そこで本件建築許可が同項に含まれる配慮要請に違反するかどうかの問題となったが、本決定は、簡易審理の結果によれば本件映画館の来客から生ずる騒音は受忍限度内にあると述べ、仮に本案の帰趨は不明であるとしても、「延期効が命ぜられなかったが、最終的に申立人が争訟で勝った場合に生ずる結果と、延期効命令によってマルチプレックスシアターの建築工事の中断を余儀なくされたが、争訟が本案で斥けられた場合に発生する不利益とを衡量すると、申立人の不利益のほうが小さいという結論が導かれる」と判示している。具体的には、本件映画館の営業に伴う騒音は、営業の制限、防音壁の設置、交通上の措置によっても対処しうるものであり、本案手続が終了するまでの間申立人にその甘受を要求できること、他方で本件工事が中止されると、文化財として保護されている本件建物がさらに老朽化し、改修 (Sanierung) を遅滞なく実施するという公益に反するおそれがあることが指摘されている。

⑩マンハイム上級行政裁判所2005年8月1日決定⁹³は、事務所兼住宅の建築許可が争われた事案に関するものである。ゲマインデSの地区詳細計画では、問題の地域は一般住居地区に指定されており、しかも一切の例外が認められていなかったが、本件建築許可は、本件建物地階の2つの部屋を「インターネット取扱業 (Internetagentur)」の事務所として用いることを認めていた。そこで「インターネット取扱業」の事務所が、建築利用令13条にいう「自由業者及び類似の方法で業務を執行する営業者の業務執行のための部

⁹² OVG Berlin, Beschluß vom 17. 3. 1999, LKV 1999, 367-370.

⁹³ VGH Mannheim, Beschluß vom 1. 8. 2005, NVwZ-RR 2006, 311-312.

屋」に該当するかどうかが問題となったが⁹⁴、本決定は、これは本案手続における審理を要する問題であり、申立人が本案で勝つかどうかは未確定である旨述べる。しかし本決定は、本件建物地階の躯体工事（Rohbau）が既に完了していること、本件建物地階が「インターネット取扱業」に利用されることによって申立人の権利が侵害される可能性はあるものの、本件建物の建築自体は申立人の権利を侵害しないことを指摘し、「建築許可の執行可能性（建設法典212a条1項）の存続を求める参加人〔＝建築許可の名宛人〕の利益は、異議の延期効命令を求める申立人の利益に優越する」と結論づけている。

以上の通り、本案の帰趨が不明である場合に行われる利益衡量は、個々の事例の具体的状況に大きく依存している。延期効命令の申立てを認容した上記⑦の決定は、建築許可の即時執行により申立人が受ける騒音等の被害を重視し、上記⑧の決定は、即時執行による既成事実の発生のおそれを重視している。これらの決定においては、事業案を緊急に実現させる必要性が具体的に認められないことも指摘されている。申立てを斥けた上記⑨の決定は、申立人の受ける騒音被害については営業の制限や交通上の措置によっても対処しうること、文化財として保護された建物を改修する公益上の必要性があることを考慮している。上記⑩の決定は、建物の用途はともかくその建築自体には問題がないという点を考慮している。

(4) 小括

裁判所は、延期効を命ずるかどうかを判断するにあたっては、延期利益と執行利益を衡量することを基本とし、申立人が本案で勝つ見込みの有無を考慮するものとしている。その限りでは学説における多数説と同様であるが、裁判例においては、申立人が本案で勝つ見込みの有無、すなわち隣人保護規定違反の有無が相当重視されている。裁判所は、仮の権利保護の手続におけ

⁹⁴ 建築利用令13条は、一般住居地区において「自由業者及び類似の方法で業務を執行する営業者の業務執行のため」の部屋は許される旨規定している。建築利用令13条が隣人保護規定であることについては、vgl. BVerwG, Beschl. vom 13. 12. 1995, NVwZ 1996, 787 (788).

る審理は「簡易審理」にとどまらざるを得ないとの立場をとっているが、その簡易審理により隣人保護規定違反の有無を一応明らかにし、それに基づいて延期効命令の申立てを認容する、あるいは斥けることが多い。他方で、簡易審理の結果、隣人保護規定違反の有無は不明と判断されることもないわけではない。この場合の利益衡量においては、建築許可の即時執行によって申立人が受ける不利益の程度・既成事実が発生するおそれ、延期効命令によって建築主が受ける不利益の程度・公益が阻害されるおそれ等が総合考慮されている。ただし、建設法典212a条1項の趣旨から、建築許可の執行利益が優越するとの結論が導き出された例は見あたらない。

おわりに

最後に、本稿の検討によって明らかとなったドイツ法の現状を、日本法との比較という観点から整理しておく。ドイツの行政裁判所法80条は、異議および取消訴訟が「延期効」を有すること（1項）を核として、法律で定められた場合や、行政庁が行政行為の即時執行を命じた場合には、延期効は生じないこと（2項）、延期効が生じない場合には、行政庁は行政行為の執行を停止できること（4項）、裁判所は、申立てに基づき、法律により延期効が排除されている場合には延期効を命ずることができ、行政庁が即時執行を命じた場合には延期効を回復することができること（5項）を定めている。よくできた仕組みであるが、問題点としては、延期効の内容が法律上明記されていないこと、公課および公の費用の賦課徴収の場合を除き、執行停止や延期効命令の実体的要件が法定されていないことを指摘できる⁹⁵。

他方で、行政裁判所法は取消訴訟の提起について異議前置主義を採用しているが（68条1項）、法律により延期効が排除されている場合において、異議を提起した者は、一部の例外を除き、直接裁判所に延期効命令の申立てをすることができる（80条6項参照）という点は注目される。日本の行政事件訴訟法は、不服申立前置主義がとられている場合でも、「処分、処分の執行又

⁹⁵ ドイツの執行停止制度の問題点については、山本・前掲注（8）119頁も参照。

は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき」には、直接取消訴訟を提起できるものとしているが（8条2項2号）、直ちに裁判所に執行停止の申立てをする途を確保するという見地からは、より緩やかな要件を採用すべきではないかと思われる⁹⁶。また行政裁判所法80条7項が、裁判所は、延期効命令（または回復）の申立てに関する決定を、いつでも取消し、変更することができるものとしている点も重要である。それに対して行政事件訴訟法26条1項は、裁判所が、執行停止の決定を、申立てに基づいて、取消すことができることを定めるのみである。迅速性が要求される執行停止の手続においては裁判所の審理に限界があり、執行停止の申立てに対する決定が結果的に誤っていたことが判明する事態も十分予想される。従って、裁判所が執行停止の申立てに対する決定を取消し、変更する権限を拡充する必要があると思われる。

行政裁判所法80a条は、二重効果的行政行為の執行停止について定めているが、注目されるのは、第三者が争訟を提起した場合において、行政庁は、第三者の申立てに基づき、執行停止のほか「第三者の権利を保全するための仮の措置」をとることができ（1条2号）、裁判所も、そのような措置をとることができる（3項1文）という点である。それに対して行政事件訴訟法25条2項は、裁判所が、「処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止」以外の措置をとることを予定しておらず、こちらは改善の余地がある。他方で行政裁判所法80a条は、同条に基づいて行政庁または裁判所がとることのできる措置につき、その実体的要件を全く定めていないため、その点はやはり問題である。

建設法典212a条1項は、ある事業案についての建築監督上の許認可に対する第三者の異議および取消訴訟は、延期効を有しない旨規定する。この規定の前身となった建設法典措置法10条2項は、住宅建設の促進を目的に、延期効排除の対象となる建築事業案を居住目的に奉仕するものに限定していた

⁹⁶ 行政事件訴訟法8条2項2号のとする表現の厳格性と、その緩和的な解釈の必要性については、福井秀夫＝村田斉志＝越智敏裕『新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A』（新日本法規，2004年）39頁以下、宇賀克也『改正行政事件訴訟法〔補訂版〕』（有斐閣，2006年）41頁参照。

が、建設法典212a条1項は、投資および雇用創出の促進を目的に、すべての建築事業案を延期効排除の対象としている。ただし同項は文面上、第三者が執行停止または延期効命令の申立てをすること、行政庁または裁判所が申立てに基づき執行を停止するまたは延期効を命ずることを、全く制限していない。従って、同項が投資や雇用創出の促進に資するものといえるかは疑問である。

ドイツの多数説に従えば、建築許可に対して争訟を提起した近隣住民が執行停止または延期効命令の申立てをした場合、申立てが認容されるかどうかは、建築許可の執行停止（延期）を求める利益（延期利益）と即時執行を求める利益（執行利益）のどちらが優越するかによって判断され、申立人が本案で勝つことが明白であれば当然延期利益が優越し、本案で負けることが明白であれば執行利益が優越する。裁判所の立場もその限りでは同様である。ただし裁判例においては、申立人が本案で勝つ見込みの有無を、仮の権利保護の手續における「簡易審理」によって一応明らかにし、それに基づいて延期効命令の申立てを認容する、あるいは斥けるものが多い。仮の権利保護の手續において本案の問題を審理することは、それが手續の迅速性を阻害することのない合理的な範囲内で行われる限り、むしろ適切であると思われる。この点、行政事件訴訟法25条は、「本案について理由がないとみえる」ことを執行停止の消極要件として定めているが（4項）、本案について理由があるとみえることに関しては定めがない。もちろん、本案について理由があるとみえるときには、執行停止の積極要件である「重大な損害を避けるため緊急の必要」があり（同条2項参照）、かつ、消極要件である「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」もない（同条4項参照）と解釈することは可能であろう。しかし、本案について理由があるとみえるかどうかという点に関して、裁判所の審理を促すためには、より明確な定めが必要と思われる。

ドイツの裁判例においても、簡易審理の結果、本案の帰趨は不明と判断されることがある。その場合の利益衡量においては、建築許可の即時執行により申立人が受ける不利益の程度・既成事実が発生するおそれ、延期効命令により建築主が受ける不利益の程度・公益が阻害されるおそれ等が総合考慮されている。この点、行政事件訴訟法25条は、同条2項にいう「重大な損害」

ドイツにおける建築許可の執行停止

を生ずるかどうかを判断するにあたっては、損害の程度や回復困難性を勘案考慮するものと定め（3項）、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれを執行停止の消極要件として定めている（4項）。従って少なくとも、執行により生ずる損害の程度・回復困難性、執行停止がもたらす公益への影響が問われるという限りでは、日独両国の制度は共通しているといえよう。ただ日本においては、建築確認に係る工事が完了すれば建築確認の取消しを求める訴えの利益は消滅するというのが判例であるため、建築確認の執行により生ずる損害の回復困難の程度は高いとみなしなければならない⁹⁷。他方で行政事件訴訟法25条は、許認可等の執行が停止された場合に許認可等の名宛人が受ける不利益を想定していないようにみえるが、これを無視することも適切でない。許認可等の名宛人の利益を、同法3条にいう「処分の性質又は内容」の一部とみなして、勘案事項に含めることも不可能ではないが、明文の定めを置くことが望ましいと思われる⁹⁸。

⁹⁷ 平成16年の行政事件訴訟法改正前であるが、建築物が完成すると建築確認の取消しを求める訴えの利益が消滅することを理由に、建築確認の執行により生ずる「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要がある」ことを認めた例として、甲府地決平成11年3月19日判例地方自治194号94頁参照。

⁹⁸ 私益同士の利害調整に関わる要件の必要性を指摘するものとして、北村和生「行政訴訟における仮の救済」ジュリスト1263号（2004年）68頁以下（70頁）、室井力＝芝池義一＝浜川清編『コンメンタル行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社、2006年）298頁〔市橋克哉執筆〕参照。