

建築紛争における仮命令

湊 二郎*

目 次

はじめに

- 1 仮命令制度の概要
- 2 要許可建築と仮命令
- 3 許可不要化と仮命令

おわりに

はじめに

ドイツにおいて、建築施設または建築工事が公建設法（*öffentliches Baurecht*）の規定に違反し、それによって自己の権利が侵害されると主張する第三者（隣人（*Nachbar*））が、建築監督庁（*Bauaufsichtsbehörde*）が建築規制法（*Bauordnung*）の規定に基づいて建築主に対して除去や建築中止等を命ずる処分をすること（介入（*Einschreiten*））を求める場合がある。建築監督庁がそのような求めに応じなければ、隣人は行政裁判所法（*VwGO*）の定めるところにより義務付け訴訟を提起することができるが¹⁾、本案判決確定前における仮の権利保護が必要であるときは、同法123条に定める仮命令（*einstweilige Anordnung*）の申立てがなされることになる²⁾。

* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科准教授

- 1) この場合の義務付け訴訟については、拙稿「義務付け訴訟と裁量収縮 ドイツにおける公法上の隣人保護の一断面」鹿法40巻2号（2006）1頁以下参照。
- 2) 仮命令に関する近時の本格的な研究として、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造（1）（2・完） 諸利益の比較衡量、並びに行政裁量との関係に着目して」民商134巻4 = 5号116頁以下、6号213頁以下（2006）がある。

本稿は、建築監督庁の介入を求める隣人が仮命令の申立てをした場合に、これが認容されるためにはどのような条件が必要であるのかを、具体的事例を参照することを通じて明らかにすることを目標とする。日本においても、建築物が建築基準法に違反すると主張する近隣住民が、同法9条1項に基づく是正命令を求めて、行政事件訴訟法3条6項1号のいわゆる非申請型義務付け訴訟を提起することがあり³⁾、この場合の仮の救済は同法37条の5に基づく仮の義務付けとなる。上記の仮命令について検討を加えることは、日本における仮の義務付けの活用ないし発展に資する部分があると考えられる⁴⁾。

以下ではまず、仮命令について定める行政裁判所法123条の規定およびその解釈に関する学説の状況を概観する⁵⁾。続いて具体的事例の検討を行うが、1990年代以降の規制緩和により建築許可（Baugenehmigung）を要しないものとされた事業案（Vorhaben）が問題となる事例については、固有の裁判例および学説の展開がみられるため⁶⁾、このような事例とそれ以外の事例を区別して取り扱う。

1 仮命令制度の概要

(1) 条文の構造

行政裁判所法123条1項は、「裁判所は、申立てに基づいて、訴訟提起の

3) 大阪地判平成21年9月17日判自330号58頁は、訴えを適法としたが、請求は棄却した。横浜地判平成22年6月30日判自343号46頁は、訴えを不適法とした。

4) このような視点を有する先行研究として、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（下）ドイツ法の視点から」自研81巻5号（2005）95頁以下、長谷川佳彦「行政事件訴訟法における仮の義務付け・仮の差止め制度の研究（1）（2・完）仮命令制度・執行停止制度の比較の見地からする考察」関法59巻5号1頁以下、6号24頁以下（2010）がある。

5) 仮命令制度の概要については、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査（下）」ジュリ1239号（2003）122頁以下も参照。

6) これに関しては、拙稿・前掲注（1）18頁以下も参照。

前であっても、既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろうという危険が存在する場合には、訴訟物との関連において仮命令を発することができる」(1文)、「仮命令は、係争中の法関係との関連において仮の状態を規律するためにも、特に継続的な法関係の場合に本質的な不利益を防止若しくは差し迫る暴力(Gewalt)を阻止するために又はその他の理由からこの規律が必要であると思われるときには、許容される」(2文)と規定する。同項1文による仮命令は現状を維持するためのものであり、保全命令と呼ばれることがある。同項2文による仮命令は現状の変更を目的としており、規律命令と呼ばれることがある⁷⁾。前者の規定は訴訟物と関連する仮処分について定める民事訴訟法(ZPO)935条をモデルとするものであり、後者の規定は仮の状態を規律するための仮処分について定める同法940条にならったものであるとされる⁸⁾。

行政裁判所法123条2項は、「仮命令の発付については本案の裁判所が管轄権を有する」こと(1文)、ここでいう本案の裁判所とは「第一審裁判所及び、本案が控訴手続において係属している場合には、控訴裁判所」であること(2文)、同法80条8項が準用されること(3文)を定める。同法80条は、行政行為に対する異議(Widerspruch)および取消訴訟の延期効(aufschiebende Wirkung)ないしは執行停止に関する規定であり⁹⁾、同

7) Friedrich Schoch, Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III), Jura 2002, 318 (321); Alfred G. Debus, Vorläufiger Rechtsschutz des Nachbarn im öffentlichen Baurecht, Jura 2006, 487 (490).

8) Matthias Dombert, in: Klaus Finkelnburg/Matthias Dombert/Christoph Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., 2011, Rn. 19. 民事訴訟法935条は、「訴訟物との関連における仮処分は、既存の状態の変化によって一方の当事者の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろうということが危惧される場合には、許容される」と規定する。同法940条は、「仮処分は、係争中の法関係との関連において仮の状態を規律する目的のためにも、特に継続的な法関係の場合に本質的な不利益の防止若しくは差し迫る暴力の阻止のために又はその他の理由からこの規律が必要であると思われるときには、許容される」と規定する。

9) 行政裁判所法に定める執行停止制度の概要については、山本・前掲注(5)116頁以下、拙稿「ドイツにおける建築許可の執行停止」鹿法41巻2号(2007)4頁以下参照。

条 8 項は、「緊急の場合においては裁判長が裁断することができる」と定めている。

同法123条 3 項は、「仮命令の発付については、民事訴訟法第920条、第921条、第923条、第926条、第928条から第931条まで、第938条、第939条、第941条及び第945条が準用される」と規定する。民事訴訟法920条は仮差押えの申立て（Arrestgesuch）について定めており、同条 2 項は「請求権及び仮差押原因（Arrestgrund）が疎明されなければならない」と規定する。同法938条は仮処分の内容について定めており、同条 1 項は「裁判所は自由な裁量により、どのような命令が目的の達成のために必要であるかを決定する」と規定する。同法945条は損害賠償義務について定めており、「仮差押命令又は仮処分が当初から根拠がない（ungerechtfertigt）ことが明らかになる……場合には、当該命令を得た当事者は、相手方（Gegner）に、命ぜられた措置の執行……によって発生した損害を賠償する義務を負う」と規定する。

行政裁判所法123条 4 項は、「裁判所は決定により裁断する」と規定する。同条 5 項は、「第 1 項から第 3 項までの規定は、第80条及び第80a条の場合には適用されない」と規定する。同法80a条は、第三者効（Drittwirkung）を有する行政行為に対する執行停止の申立て等について定める規定である。したがって、同法80条および80a条による仮の権利保護が予定されている場合には、同法123条による仮命令制度を利用することはできない。

(2) 申立ての適法性

(a) 行政訴訟の途

行政裁判所法40条 1 項 1 文は、「行政訴訟の途（Verwaltungsrechtsweg）は、非憲法的性質のすべての公法上の紛争において、当該紛争が連邦法律によって他の裁判所に明示的に割り当てられていない限り、存在している」と規定する。仮命令の申立てをするためには、この行政訴訟の途が開

かれていることが必要である¹⁰⁾。隣人が、公建設法である建築規制法に基づく建築監督庁の介入を求める場合には、行政訴訟の途が開かれている¹¹⁾。

(b) 権利保護形式の適切性 (Statthaftigkeit)

行政裁判所法80条および80a条が適用される場合には、同法123条による仮命令を求めることはできない(同条5項)。隣人保護規定に係る建築許可は、同法80a条にいう第三者効を有する行政行為に該当すると解されている¹²⁾。建設法典(BauGB)212a条1項は、「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」と規定しているが、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項は、連邦法律によって延期効が排除されている場合においても「本案の裁判所は申立てに基づいて延期効を全部又は一部命ずることができる」と規定している(1文)。したがって隣人保護規定に違反する建築許可の取消しを求める隣人は、延期効命令の申立てをすることができるので、その限りで同法123条による仮命令の申立てをすることはできない。

他方で、本案訴訟が取消訴訟以外の訴訟となる場合における仮の権利保護は、仮命令によることになる¹³⁾。無許可建築に対する建築監督庁の介入を求める隣人は、本案訴訟としては義務付け訴訟を提起すべきであるから、仮の権利保護としては仮命令を選択すべきである。建築許可を受けた事業

10) Michael Happ, in: Erich Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Aufl., 2010, § 123 Rn. 27; Jens Saurenhuis, in: Peter Wysk (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Beck'scher Kompakt-Kommentar, 2011, § 123 Rn. 3.

11) Debus (Fn. 7), S. 490.

12) Adelheid Puttler, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 3. Aufl., 2010, § 123 Rn. 36; Michael Funke-Kaiser, in: Johann Bader/Michael Funke-Kaiser/Thomas Stuhlfauth/Jörg von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, Heidelberger Kommentar, 5. Aufl., 2010, § 80a Rn. 2.

13) Saurenhuis, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 6; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 9. 地区詳細計画等の法規定により自己の権利を侵害されていると主張する者は上級行政裁判所に規範統制の申立てをすることができ(行政裁判所法47条1項・2項), 裁判所は申立てに基づいて仮命令を発することができる(同条6項)が、この仮命令と同法123条による仮命令は独立併存の関係にある。Vgl. Saurenhuis, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 5.

案とは異なる建築がなされている場合や、規制緩和により建築許可を要しないものとされた事業案が実施されている場合も同様である。規制緩和との関係では、「簡素化された（vereinfacht）許可手続」により許可がなされた場合には状況がやや複雑である。例えばヘッセン州建築規制法は、建築許可手続においては「建設法典の規定及び建設法典に基づく規定」に加えて「この法律の規定及びこの法律に基づく規定」との適合性を審査するものとしているが（同法58条1文1号・2号）、簡素化された許可手続では同法の規定との適合性を審査することを予定していない（同法57条1項）。この場合、同法の隣人保護規定の違反があると思料する隣人は、取消訴訟ではなく義務付け訴訟を提起すべきであるから、仮の権利保護としては仮命令によるべきである¹⁴⁾。そのほか仮命令を選択すべき場合としては、建築許可が無効である場合や¹⁵⁾、本案訴訟が予防的不作為訴訟である場合がある¹⁶⁾。

行政裁判所法123条1項は保全命令（1文）と規律命令（2文）を区別しているのので、申立人ないし裁判所はどちらの仮命令を選択するべきであるかという問題がある。隣人が建築監督庁の介入を求める場合の仮命令が保全命令なのか、それとも規律命令なのかという点について学説は分かれている。建築主が隣人保護規定に違反して事業案を実現すると、既存の状態の変化によって隣人の権利の実現が不可能または本質的に困難になるといふ、同項1文の意味における危険が存在するので、保全命令が適切な権利保護形式であると主張する説がある¹⁷⁾。それに対して、仮命令により被申立人が違法状態を仮に阻止することを義務付けられることになるので、

14) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 37; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 7.

15) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 38.

16) Debus (Fn. 7), S. 490; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 39.

17) Friedrich Schoch, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stand: Mai 2010, § 123 Rn. 54; vgl. auch Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 9.

その申立ては状態の規律を目的とするものであり、この場合の仮命令は規律命令に当たると解する説がある¹⁸⁾。第3の立場として、保全命令と規律命令の区別に実際上の意味はなく、同項に定める要件への厳密なあてはめをする必要はないと主張する説もある¹⁹⁾。

(c) 申立適格

取消訴訟および義務付け訴訟について定める行政裁判所法42条は、その2項において、「訴えは、原告が、行政行為又はその拒否若しくは不作為によって自己の権利を侵害されていると主張する場合に限り許容される」と規定する。この規定は、取消訴訟および義務付け訴訟の出訴資格(Klagebefugnis)について定めるものであるが、同法123条による仮命令の申立てについても類推適用されると解されている。すなわち、仮命令の申立てが適法とされるためには、申立人の主張により、少なくともその権利が侵害される可能性があることが示されなければならない²⁰⁾。隣人が建築監督庁の介入を求める場合においては、少なくとも問題の事業案が隣人保護規定に違反する疑いがあることが示される必要がある²¹⁾。建築規制法の規定では、建物の外壁の前に空地を設置すべきものとする間隔地(Abstandsflächen)規定については一般にその隣人保護性が認められているが²²⁾、建築許可の必要性に関する規定は隣人保護目的を有しないものと考えられている²³⁾。

18) Christian Bamberger, Die verwaltungsgerichtliche vorläufige Einstellung genehmigungsfreier Bauvorhaben - Synchronisierung von Anordnungs- und Aussetzungsverfahren?, NVwZ 2000, 983 (985); vgl. auch Debus (Fn. 7), S. 490.

19) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 58; vgl. auch Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 20.

20) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 69; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 10; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 41.

21) Vgl. Debus (Fn. 7), S. 490.

22) Vgl. Frank Stollmann, Öffentliches Baurecht, 7. Aufl., 2010, § 21 Rn. 26; Klaus Finkelnburg/Karsten Michael Ortloff/Christian-W. Otto, Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, 6. Aufl., 2010, S. 241-243.

23) Vgl. Debus (Fn. 7), S. 490.

(d) 権利保護の必要性

申立人が他の方法で権利保護をより容易かつ迅速に実現できる等の理由により、その権利保護のために仮命令が必要ではない場合には、仮命令の申立ては不適法となる²⁴⁾。申立人が、権限のある行政庁に対して自己の求めるものを主張することなく、直接裁判所に仮命令の申立てをした場合には、原則的に権利保護の必要性が欠けるとするのが通説である²⁵⁾。隣人が建築監督庁の介入を求める場合においても、まずは当該隣人の求めにより、行政手続が開始されることが想定されている²⁶⁾。他方で、求められた行政行為の発付を拒否する決定がなされた場合に、それに対する異議を申し立てることは、仮命令の申立ての要件ではない²⁷⁾。あらかじめ本案訴訟を提起しておく必要がないことについては、行政裁判所法123条1項1文が明文で規定している²⁸⁾。違法建築の隣人は、建築主に対する私法上の防除請求権を有しうが、そのことを理由に権利保護の必要性が否定されることはないというのが通説である²⁹⁾。

(3) 申立ての理由具備性 (Begründetheit)

行政裁判所法123条3項で準用されている民事訴訟法920条2項は、仮差

24) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 70; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 34.

25) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 70; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 13. 反対説として, vgl. Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 34.

26) Vgl. Stollmann (Fn. 22), § 21 Rn. 32-33.

27) Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 45; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 43.

28) 行政裁判所法123条3項で準用されている民事訴訟法926条1項は、「本案が係属していない場合、仮差押裁判所は申立てに基づいて……, 仮差押命令を得た当事者は一定の期間内に訴訟を提起しなければならないということを命じなければならない」と定める。この規定に基づいて、仮命令を得た申立人が一定期間内に本案訴訟を提起することを義務付けられる場合がある。Vgl. Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 67a.

29) Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl., 2011, § 123 Rn. 12; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 44.

押えの申立てについて「請求権及び仮差押原因が疎明されなければならぬ」と規定する。多くの学説は、行政裁判所法123条による仮命令の申立てに理由があるのは、申立人が命令請求権（Anordnungsanspruch）および命令原因（Anordnungsgrund）を疎明した場合であると解している³⁰⁾。同条1項の文言にその手がかりを求めるならば、保全ないし規律の対象となる「申立人の権利」（1文）および「係争中の法関係」（2文）が命令請求権を意味しており、「既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろうという危険が存在する」場合（1文）や「本質的な不利益を防止若しくは差し迫る暴力を阻止するために又はその他の理由からこの規律が必要であると思われる」場合（2文）には、命令原因があるということになる³¹⁾。

(a) 命令請求権

命令請求権とは、申立人が本案訴訟における原告として主張する実体的請求権のことであり³²⁾。したがって命令請求権の存否の問題は、申立人が本案訴訟で勝訴するか否かの問題ということもできる。義務付け訴訟の本案要件を定める行政裁判所法113条5項によると、行政行為の拒否または不作為が違法であり、かつそれによって原告が権利を侵害されている場合において、事案が判決に熟している（spruchreif）ときは、裁判所は求められた行為の履行を行政庁に義務付ける判決をし（1文）、そうでないときは、裁判所の法解釈を顧慮して原告に回答することを義務付ける判決をする（2文）。原告が一定の行政行為を求める請求権を有する場合には同項1文の判決がなされ、裁量の瑕疵のない行政決定を求める請求権を有するにとどまる場合には同項2文の判決がなされる³³⁾。建築施設やその利用

30) Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 15; Schoch (Fn. 7), S. 323; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 76.

31) Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 23; Schoch (Fn. 7), S. 323, 325.

32) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 77; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 45; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 16.

33) Vgl. Finkelnburg/Ortloff/Otto (Fn. 22), S. 284; Debus (Fn. 7), S. 491.

が隣人保護規定に違反する場合、隣人は少なくとも建築監督庁の裁量の瑕疵のない決定を求める請求権を有し、裁量がゼロに収縮しているときは、この請求権は行政介入請求権に濃密化する³⁴⁾。行政介入請求権がここでいう命令請求権に該当することは当然であるが、学説においては、裁量の瑕疵のない行政決定を求める請求権も、仮命令による保全ないし規律の対象になると主張する説がある³⁵⁾。この説によると、隣人保護規定の違反がある場合には、命令請求権が存在することになる³⁶⁾。

命令請求権は「疎明」されるべきものであるから、命令請求権の存在ないし本案勝訴の見込みについては、裁判所が確信に至ることは必要ではなく、それが蓋然的であれば足りる³⁷⁾。学説の中には、規律命令の場合には、現状の変更が問題となるから、本案勝訴の優越的蓋然性が必要であるが、保全命令は、行政裁判所法80条の延期効と機能的に同等であり、現状を維持するものであるから、本案勝訴と本案敗訴が同程度に蓋然的であれば足りると主張する説がある³⁸⁾。他方で、保全命令と規律命令を区別せず、仮命令を発付するためには原則的に本案勝訴の優越的蓋然性が必要であるとしつつ、時間的制約のために本案の帰趨を明らかにできない場合には、命令原因の審理の結果次第で仮命令を発付する余地を認める説もある³⁹⁾。隣人が求める仮命令が保全命令であるとする、前者の説のほうが隣人にとっては有利である。

(b) 命令原因

命令原因とは、裁判所による仮の決定の必要性ないしは事案の緊急性の

34) Finkelnburg/Ortloff/Otto (Fn. 22), S. 260-261; Stollmann (Fn. 22), § 21 R. 34-36.

35) Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 49; Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 25; Schoch (Fn. 7), S. 323.

36) Vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 108.

37) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 79; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 51; Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 22.

38) Schoch (Fn. 7), S. 324; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 18, 22.

39) Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 25-26; Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 18.

ことである⁴⁰⁾。行政裁判所法123条1項の文言に従えば、保全命令の場合は「既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が不可能又は本質的に困難になり得るであろうという危険」が命令原因であり(1文)、規律命令の場合は「本質的な不利益」、「差し迫る暴力」および「その他の理由」が命令原因ということになる(2文)⁴¹⁾。学説においては、本案における裁断を待つことが申立人にとって受忍できるか否かが重要であるとする立場に立ち、命令原因の審理においては申立人の利益と対立する公益および第三者の利益が衡量されなければならないと主張する説がある⁴²⁾。建築紛争の場合には、建築の進行に伴い当該事業案の存続を求める建築主の利益が強まるため、建築が開始されると直ちに隣人の権利の実現に危険が生じ、命令原因が認められるが、他方で建物が完成してしまうと、その利用によって隣人の権利が侵害される場合を除き、命令原因は消滅するという説がある⁴³⁾。

多数説によると、申立人は命令請求権と命令原因の両方を疎明しなければならないのであるから、命令請求権の存在が明白である場合であっても、命令原因の存在が蓋然的でなければ、仮命令の申立ては理由がないものとして退けられることになる⁴⁴⁾。学説の中には、命令請求権と命令原因の間には機能的な関連性があるとの立場に立ち、本案勝訴の見込みが明らかである場合には命令原因の疎明についての要求は低くなり、仮命令の申立ては通常認容されるが、他方で本案の帰趨を明らかにできない場合には命令

40) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 80; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 53; Schoch (Fn. 7), S. 325.

41) 「差し迫る暴力」および「その他の理由」という文言に実際上の意義はないと主張する説として, vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 83; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 23.

42) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 83; Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 26. それに対して, 少なくとも保全命令の場合には, 行政裁判所法123条1項1文の文言上, 利益衡量の余地はないと主張する説もある。Vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 8), Rn. 169.

43) Debus (Fn. 7), S. 493; vgl. auch Schoch (Fn. 7), S. 325.

44) Vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 95; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 18.

原因の疎明についての要求が高くなると主張する説もある⁴⁵⁾。

(4) 仮命令の内容

(a) 裁判所の内容形成裁量

行政裁判所法123条3項で準用されている民事訴訟法938条1項は、「裁判所は自由な裁量により、どのような命令が目的の達成のために必要であるかを決定する」と規定する。多くの学説は、仮命令の内容の形成については裁判所に裁量が認められると解している⁴⁶⁾。ただしこの裁量は完全に自由なのではなく、仮命令の目的ないしは申立人の権利保護目的によって方向づけられる⁴⁷⁾。裁判所は実体法において予定されていない命令を発することもできるが、命令の内容が実体法と矛盾するものであってはならない⁴⁸⁾。隣人による仮命令の申立てに理由がある場合には、建築監督庁は介入を義務付けられることになる⁴⁹⁾。

(b) 本案の先取禁止（Vorwegnahmeverbot）

仮命令の本質および目的に従い、裁判所は原則的に仮の規律をなしうるにすぎず、申立人が本案手続においてのみ達成しうるものを、仮命令によって申立人に与えることはできないという考え方がある（本案の先取禁止）⁵⁰⁾。通説によれば、本案の先取りは、実効的な権利保護を与えるためにそれが絶対に必要である場合に限り可能であるとされる⁵¹⁾。しかしなが

45) Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 26; vgl. auch Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 26.

46) Schoch (Fn. 7), S. 325; Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 30.

47) Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 56; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 111.

48) Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 65; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 112. 実体法上予定されていない命令の例として、仮の行政行為の義務付けが挙げられることがある。Vgl. Schoch (Fn. 7), S. 326.

49) Schoch (Fn. 7), S. 326.

50) Vgl. Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 13.

51) Vgl. Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 66a; Schoch (Fn. 7), S.326.

らこのような考え方に対しては、いかなる仮命令も本案判決を必然的に(部分的に)先取りするものであるという批判や⁵²⁾、裁判所が仮の規律のみをなしうるとするのは、申立人の権利について本案判決がなされるまでの期間に限って裁断するということを意味するにすぎず、この期間においては仮命令は最終的な裁断をするものであるという立場からの批判がある⁵³⁾。近時の学説においては、本案の先取禁止の適用範囲を限定し、本案の先取りが原則的に禁止されるのは、仮命令が、本案判決がなされるまでの期間を超えて、法的なまたは事実上の理由から原状回復が不可能な状態を生ぜしめる場合に限られるとする説が有力に主張されている⁵⁴⁾。隣人が建築監督庁の介入を求める場合においては、仮命令により仮の停止処分または利用禁止処分を義務付けることは考えられるが、既成事実(vollendete Tatsachen)を生ぜしめる撤去処分の義務付けは考えられないと主張する説がある⁵⁵⁾。

申立人が裁量の瑕疵のない行政決定を求める請求権を有しうる場合において、被申立人が申立人に対して新たな回答することを義務付ける仮命令を発付することは、本案を先取りしているということもできる⁵⁶⁾。学説の中には、このような場合において、実効的な権利保護のために、一定の行政行為を義務付ける仮命令を発付することが要請されうると主張する説がある⁵⁷⁾。

52) Schoch (Fn. 7), S. 326; Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 14.

53) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 104; Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 33.

54) Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 34; Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 14; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 59. 本案の先取禁止を否定する説として, vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 105.

55) Achim Seidel, Öffentlich-rechtlicher und Privatrechtlicher Nachbarschutz, 2000, Rn. 703; vgl. auch Finkelnburg/Ortloff/Otto (Fn. 22), S. 292.

56) 再度の行政決定をする時間が十分にある場合には、このような仮命令も考慮に値すると主張する説として, vgl. Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 31.

57) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 107; Saurenhau, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 35; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 60.

この説は、申立人が本案訴訟において達成しうる以上のものを仮命令によって与えること、いわば「本案の超過（Überschreiten）」をも許容するものといえる⁵⁸⁾。

(5) 損害賠償義務

行政裁判所法123条3項で準用されている民事訴訟法945条は、「仮差押え又は仮処分が当初から根拠がないことが明らかになる……場合には、当該命令を得た当事者は、相手方に、命ぜられた措置の執行……によって発生した損害を賠償する義務を負う」と規定する。建築監督庁の介入を求める隣人が仮命令を得た後に、本案の義務付け訴訟で敗訴した場合において、隣人は建築主に対して同条に基づく損害賠償義務を負うのかという問題がある。多数説は、これを否定している。その理由としては、同条にいう相手方とは被申立人のみを指すと解されるところ⁵⁹⁾、建築主は被呼出人（Beigeladene）の地位を有しうるとどまるという点が挙げられている⁶⁰⁾。さらに、仮命令の発付が結果的に誤っていた場合に隣人が損害賠償義務を負うことになると、同条を準用していない行政裁判所法80条、80a条による執行停止制度との関係で評価矛盾（Wertungswiderspruch）が生ずるとともに、隣人の権利保護の実効性が害されるおそれがあるという指摘もみられる⁶¹⁾。

58) Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 12.

59) Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 10), § 123 Rn. 41; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 147; Happ, in: Eyermann (Fn. 10), § 123 Rn. 85.

60) 行政裁判所法65条2項は、第三者が係争中の法関係に關与しており、統一的に判決または決定をしなければならない場合には、当該第三者を呼び出さなければならない旨規定する。建築監督庁の介入は建築主の権利を制限することになるため、通常建築主は同項に基づいて呼び出されなければならない。Vgl. Debus (Fn. 7), S. 490-491.

61) Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 44; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 12), § 123 Rn. 148; Seidel (Fn. 55), Rn. 711.

2 要許可建築と仮命令

以下では、建築許可を要する事業案の実施に不服を有する者が、建築監督庁の介入を求めて仮命令の申立てをした場合に、特に申立ての理由具備性について、どのような審理判断がなされているのかを、上級行政裁判所の裁判例を参照することによって明らかにすることを試みる。

(1) 申立てが認容された例

ブレーメン上級行政裁判所1991年2月12日決定⁶²⁾

延べ面積約165平方メートルの居室を有する住宅を管理する被呼出人は、1990年11月から、社会庁（Sozialbehörde）との合意の上で、当該住宅に庇護申請者（Asylbewerber）を宿泊させることとした。申立人らは当該住宅に隣接する住宅の所有者である。各住宅の敷地は地区詳細計画（Bebauungsplan）により住居専用地区に指定された区域内にある。

本決定は、被申立人が州建築規制法に定める介入権限に基づいて、被呼出人がその管理する住宅に現在宿泊中の者以外の者を宿泊させることを禁止すること、および当該住宅を現在行われている方法で宿泊業に利用することを6か月以内に終了するよう命ずることを義務付ける仮命令を発付した。

本決定は、被呼出人は庇護申請者の住居として部屋を賃貸しているのではなく、庇護申請者のための一時的な宿泊先を用意する営業活動を行っているとして認定した。そして本決定は、住居専用地区において宿泊業は許されないという立場から、次のように判示する。「当該住宅の現在の事業利用は実体的に違法である（建設法典30条⁶³⁾）。それは建設法典31条2項によ

62) OVG Bremen, Beschl. v. 12. 2. 1991, NVwZ 1991, 1006.

63) 建設法典30条1項は、「建築利用の種類及び程度、建築可能地並びに地域交通用地に関する指定を……含む地区詳細計画の適用区域においては、事業案は、それがこれらの指定に反しない……場合に許容される」と規定する。

る免除によっても、そのための要件が明らかに充足されていないので、適法化され得ない⁶⁴⁾。事業利用の開始は、従来の許容される住居利用の変更に該当し許可を要する……。当該許可は与えられていないので、当該土地の事業利用は形式的にも違法である。形式的かつ実的に違法な営業利用は申立人らの公権を侵害する。というのも、利用の種類に関する地区詳細計画の指定は隣人保護機能を有するからである。

本決定は、行政庁が違法な状態を是正することを義務付けられるのは「行政庁がその発生に寄与した場合で、かつそれが隣人に重大な不利益作用をもたらす場合である」と述べる。本件に関しては、「建築監督庁が、同じ権利主体の他の行政庁が協力して実現した利用変更を建築監督上審査することを意図的に見合わせ、それによって建設法違反の特定の営業施設が住居専用地区で拡大することを幫助し、このようにして意図的な不作為によって公法上の隣人の権利を縮減することに寄与した」こと、当該利用変更が「隣接する住宅に騒音による重大な迷惑をもたらすということは信用できる（glaubhaft）」ことが認定され、結論として被呼出人の違法な宿泊業が「建築監督上の介入を求める請求権（命令請求権）をもたらす」と判示されている。

続いて本決定は、「申立人らは、仮命令が、……本質的な不利益を防止するために必要である（命令原因）」ということも疎明した」と判示する。本決定は、申立人らが宿泊業によって自己の住宅の利用を重大に害されることを疎明したこと、被呼出人の管理する住宅にさらに多くの庇護申請者が宿泊することによって騒音が増加することが危惧されること、建築監督庁が建築監督上の審査を行う意図を有することが明らかでないことを指摘して、申立人らは「発生した、かつ危惧されるさらなる動向を、さしあた

64) 建設法典31条2項は、地区詳細計画の指定の適用を免除することができる場合について定めており、免除が「近隣の利益を評価した上でも公益と両立し得る場合」という一般的要件のほか、「公共の福祉の理由が免除を要求する」とき（1号）、免除が「都市建設上是認し得る」とき（2号）、「地区詳細計画の実施が明らかに意図されていなかった厳しさ（Härte）をもたらすであろう」とき（3号）を挙げている。

り本案手続における解決まで変わることなく甘受する必要はない」と述べている。

本決定は「この仮命令によって将来の本案の裁断は先取りされない」と判示し、被呼出人は少なくとも建築監督上の許可を得るまでは利用変更をすることは許されず、その仮の禁止は、現在の事実上のおよび法的な状況に関わるものであるから、問題なく仮命令による規律が可能な範囲内にあると述べている。他方で本決定は、庇護申請者が被呼出人の管理する住宅に住むこと自体は違法ではないこと、宿泊業を直ちに終了させることは当該住宅に宿泊中の者を危険にさらすことを指摘して、「申立人らは、主文において認められる以上のものを求める限りにおいて、仮命令を請求することはできない」と述べている。

ベルリン上級行政裁判所1998年3月13日決定⁶⁵⁾

被申立人は1997年7月に、20台の居住車(Wohnwagen)からなる車両群(Wagenburg)の移転先として州の所有地を提供し、当該車両群の住民と賃貸借契約を締結した。当該契約の期間は1998年7月31日までとされていたが、その3か月前に解約告知がなされなければ期間が延長されることになっていた。当該車両群は電気および上下水道と接続しておらず、当該土地にはいかなる衛生設備も存在しなかった。申立人らは当該土地から約75メートル離れた場所にある土地を所有しており、そこで共同住宅を設置するための建築許可を得ていた。申立人らは、当該車両群が共同住宅の販売を困難にしたと主張して、当該車両群を除去することを被申立人に求めた。

本決定は、申立人らによる申立てを、被申立人がベルリン州建築規制法70条1項1文(当時)⁶⁶⁾に基づいて介入することを義務付ける、行政裁判所法123条1項1文による仮命令の申立てと解して適法とした。さらに本

65) OVG Berlin, Beschl. v. 13. 3. 1998, LKV 1998, 355.

66) ベルリン州建築規制法70条1項1文(当時)は、建築施設が公法上の規定に違反して建築されており、他の方法では適法な状態を回復することができない場合には、建築監督庁は当該施設の全部または一部の除去を命ずることができる旨規定していた。

決定は申立ての理由具備性を肯定し、被申立人が1998年8月1日までに当該車両群を除去することを義務付ける仮命令を発付した。

本決定は、当該居住車は地面に固定されている施設であるためベルリン州建築規制法にいう建築施設に該当し、建築許可を要するにもかかわらず、建築許可を受けていないこと、さらに被申立人は土地所有者として、同法の諸規定において示されている、居住目的の土地賃貸についての全体的な最低水準を無視したことを指摘して、当該建築施設は建築規制法上違法であると判示した。

続いて本決定は、当該建築施設が建設法典34条1項に違反すると判示した。同項1文は、「建物が連担して並んでいる（im Zusammenhang bebaut）地域内では、事業案は、それが建築利用の種類……の点で近隣周辺の特性に適合する……場合に許容される」と規定している。本決定は、当該車両群の近隣周辺の特性は住居利用と商業利用の混在によって特徴づけられると認定した上で、当該居住車は住居地区においても商業地区においても許容されず、近隣周辺の特性に適合しない旨判示した。さらに本決定は、同文の「適合」要件には配慮要請（Rücksichtnahmegebot）が含まれているとする立場から⁶⁷⁾、「商業及び住居利用によって特徴づけられた地域の中央における貧民窟の発生」という「都市建設上不都合な状態（Mißstand）は、近隣周辺の土地所有者にとって受忍できない」と述べ、配慮要請の客観法的な（objektiv-rechtlich）違反を認めた。さらに本決定は、「当該車両群から75メートルしか離れていない土地の所有者である申立人らに配慮がなされるべきであることは『明白』」であり、「『特別かつ同時に個別的な方法で特別な法的地位に配慮がなされる』べきであった」と述べ、配慮要請の主観法的な（subjektiv-rechtlich）違反も認めた⁶⁸⁾。

67) 建設法典34条1項の「適合」要件に配慮要請が含まれると判示した連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 6. 12. 1996, NVwZ-RR 1997, 516.

68) 配慮要請の客観法的側面および主観法的側面ならびにその問題性については、拙稿「ドイツにおける建設計画法上の第三者保護に関する一考察（1）」論叢153巻1号（2003）65頁以下参照。

上記の判示は、車両群の設置が隣人保護規定に違反することを述べたものといえるが、介入義務ないし裁量収縮に関して本決定は次のように述べている。「申立人らに対する配慮要請の主観法的な違反を原因とする申立人らの防除請求権は、被申立人が当該土地上に存在する建築施設を除去するという方法で実現される。行政庁はそのような介入を義務付けられている。なぜなら、『公法上の規定の違反』が多数の法違反に起因しており、行政庁の不作为を支持する実質的な(sachlich)理由を認めることができないからである。したがってベルリン州建築規制法70条1項1文において付与された裁量はゼロに縮減している」。

最後に本決定は仮命令に固有の論点について次のように述べている。「詳述されたものから同時に、申立人らにとっての本質的な不利益が明らかになり、それは本案における裁断を先取りして行政裁判所法123条1項1文による仮命令を発付することを許容する。なされるべき措置は、もしも本案において反対の裁断がなされた場合には、再び元に戻すことができるであろうから、なおさらである。当該建築施設の除去の期限が1998年8月1日までであるので、被申立人は3ヶ月という通常の解約告知期間を守って解約告知をすることもできる。被申立人の利益及び車両群の住民の利益のためにはそれで十分である」。

ヴァイマル上級行政裁判所1998年10月22日決定⁶⁹⁾

被呼出人は、市の再開発条例の適用区域内の土地で一世帯住宅を建築するため、建築許可を得て建築を開始した。それに対して当該市は、当該住宅の建築には建築許可に加えて再開発法上の許可が必要であると主張して仮の権利保護の申立てをした。本決定は、申立人による申立てを行政裁判所法123条1項2文の規律命令の発付を求める申立てと解して適法とし、被申立人が建築中止処分をすることを義務付ける仮命令を発付した。

建設法典144条1項1号によれば、正式に指定された再開発区域内にお

69) OVG Weimar, Beschl. v. 22. 10. 1998, LKV 1999, 279.

いては建設法典14条1項に掲げられた事業案は市町村の許可を要する。同項1号は建設法典29条の意味における事業案を挙げており、同条は「建築施設の設置，変更又は利用変更を内容とする事業案」と規定している。本決定は，被呼出人が計画し，既に開始されている一世帯住宅の設置はここでいう事業案に該当し，正式に指定された再開発区域内で実現されることになるので再開発法上の許可を要するものとした。その上で本決定は，被申立人がチューリンゲン州建築規制法76条1項1文2号（当時）に基づいて，必要な許可を欠く被呼出人の建築事業案に対して建築工事中止を命ずることができることを指摘する。同号は，建築事業案の実施にあたり建設法規定の違反がある場合等においては，建築工事中止を命ずることができる旨規定していた。

本決定は，「被申立人は，高い蓋然性をもって，建築工事中止処分によって介入することを……義務付けられている」と判示する。本決定は一般論として次のように述べる。「公益は原則的に建設法違反の状態に対する介入を要請する。それゆえ行政庁は，違法に設置された施設の除去を命じたり，その許容されない利用を禁止する場合には，通常事例においては，その裁量を法律の目的に適合する方法で行使している。なぜなら，そうすることでのみ法秩序が回復され得るからである……。それゆえ当該規定における裁量は，事柄の本質から要請される介入義務を実現する傾向を有している。行政庁の裁量は，例外事例において，それ自体としては要請される介入を見合わせる事が具体的状況に応じて時宜にかなっている（*opportun*）場合に，これを可能にするためののみ，当該規範によって開かれる」。本件に関しては，建築監督庁の介入義務に反対する手がかりがないことに加えて，介入が「市町村の計画策定高権（*Planungshoheit*）の保護のために必要である」ことが指摘されている。

申立人の請求権について本決定は次のように述べている。「この介入義務にはそれに適合した申立人の請求権が対応する。というのもチューリンゲン州建築規制法76条1項1文2項の規律は，再開発法上の許可を欠く場

合に建築中止処分を発付することを授權する限りで、当該再開発条例を發布した市町村の計画策定高権の保護にも奉仕するからである。市町村は固有の介入権限を欠くので、必要な許可を得ずに設置される事業案に対して建築監督庁が介入することに頼らざるを得ない。」

最後に本決定は「申立人は命令原因も疎明した」と判示し、次のように述べている。「仮命令は本質的な不利益の防止のために必要であるように思われる。本件においては建築中止の発付がなければ、既に粗造り(Rohbau)の状態で設置されている被呼出人の一世帯住宅が即時に完成することによる『既成事実』の発生が差し迫る。工事の進行は、後に……除去命令の貫徹を事実上本質的に困難にし得るかもしれない、相当な価値を生ぜしめるであろう。これは、申立人が達成しようと努力している再開発の目的の実現が少なくとも部分的に著しく害されるか、遅延するという結果をもたらすであろう。」

(2) 申立てが退けられた例

ミュンスター上級行政裁判所1992年7月27日決定⁷⁰⁾

申立人は地区詳細計画によって一般住居地区に指定された区域内にある住宅の所有者である。S市は、申立人の所有地の近隣の、開発がなされていない外部地域(Außenbereich)にある土地で、最大110名の庇護申請者を一時的に受け入れる住宅を建築することを計画し、建築許可を得た。申立人は行政裁判所法80a条に基づき、当該建築許可に対する異議の延期効の回復を求める申立てをした。

本決定は、当該建築許可に係る施設が住宅であるのか共同宿泊所であるのかが判然としないため、当該建築許可は内容不明確であり無効であると判示した。そして本決定は、本件では建築許可がないので、仮の権利保護は行政裁判所123条によるべきであることを指摘した上で、申立人による

70) OVG Münster, Beschl. v. 27. 7. 1992, NVwZ-RR 1993, 234.

申立てを、主的に建築工事の中止処分、予備的に利用開始の禁止処分を義務付ける仮命令の申立てと解釈して適法とした。他方で本決定は、申立人が命令請求権を疎明したかどうかはともかく、「建築工事の中止に向けられた保全命令についても、利用に関連する規律命令についても命令原因が欠けている」と述べ、申立てには理由がない旨判示した。

まず本決定は、「申立人の権利を保全するために、建築工事の中止は必要ではない（行政裁判所法123条1項1文）」と判示する。本決定は、申立人が本案で勝訴した場合において、問題の建物の用途を変更してこれを多世帯住宅として利用することは容易に可能であること、当該建物が共同宿泊所として利用されている間は、その住民は賃貸借契約に基づく借主としての地位を有しないため、S市は解約手続をとることなく住民を退去させることができることを指摘して、「それゆえに建築工事の実施によって、不変のこととして承認されるものは何もない」と述べている。

さらに本決定は、「申立人は、……規律が本質的な不利益の防止のために必要であるということ疎明しなかったので、行政裁判所法123条1項2文による規律命令についても命令原因が欠けている」と判示する。本決定は、同文にいう本質的な不利益は、本案手続が終結するまでの期間においても申立人にとって甘受することができないものであることを要するところ、この場合の受忍限度は、配慮要請違反を認めるための受忍限度よりも高いという立場に立ち、隣人としての申立人の権利が侵害されるだけでなく「それ以上に行政裁判所法123条1項2文の意味における本質的な不利益が存在するために必要な程度に達するであろう水準の妨害は……明らかであるとはいえない」と述べる。具体的には、問題の建物からどのような妨害が生ずるかは、宿泊する人員の構成、建物の管理の方法、空地の設置場所及びその利用方法等の様々な要素に依存するところ、申立人にとって受忍できない作用が発生することを現時点で推論することはできない旨指摘されている。申立人は将来において受忍できない妨害が生ずる可能性を主張したが、本決定は、万一そのような妨害が発生した場合には、収容

人数の削減や収容の方法の変更等の事後的な措置によって迅速かつ実効的に対処することができる旨述べている。

ミュンヘン上級行政裁判所2001年10月25日決定⁷¹⁾

申立人らと被呼出人は隣人の関係にある。被呼出人は既存の境界車庫 (Grenzgarage) の上に切妻屋根 (Satteldach) を設置するための建築許可を得た。申立人らは、被呼出人の所有地で行われている建築工事が建築許可を受けた事業案とは異なることを主張して、被申立人が建築中止処分等をするを義務付ける仮命令の発付を求めた。パイロイト行政裁判所は、許可を受けた事業案との相違はわずかであり、一部は事後的に許可を受け得るであろうから、裁量はゼロに収縮していない旨述べ、仮命令の申立てを退けた。本決定は抗告許可の申立てを退けた。

本決定は、「命令請求権は、建築中止処分によって介入するかどうかについて、建築監督庁に与えられた裁量がゼロに収縮している場合に限り存在し得るのであり、行政庁による介入を求める請求権という意味における、裁量のゼロへの収縮があるのは、隣人の権利の侵害が特別な性質を有する (besonders qualifiziert) 場合に限られる」と判示し、「そのような特別な性質の侵害の存在を……行政裁判所は適正な考量によって否定した」と述べる。申立人らが抗告許可手続において提出した鑑定人の意見表明には、当該車庫の隣地境界線側の壁が防火壁ではなく、建築許可に付加された負担に反する旨の記載があったが、本決定は、仮にこの記載が正しいとしても「申立人らが当該事業案によって強度の妨害を受け、本案手続の結果を待つことが全く受忍できないであろうということが認識可能にはならない」と述べている。また補足的に本決定は、「求められた仮命令の発付は、おそらく、申立人らが私法上の保護を請求する可能性を有しているという理由からも、緊急に必要なではないといえるのではないか」と述べている。

71) VGH München, Beschl. v. 25. 10. 2001, 26 ZE 1.1893, juris.

ベルリン＝ブランデンブルク上級行政裁判所2009年10月14日決定⁷²⁾

申立人はF通りの東側の土地を所有しており、その土地にはホテル群が建設されている。被呼出人はF通りの西側の土地を所有している。被申立人は、2006年および2007年に、被呼出人に対してその所有地に10階建のオフィスビルを設置するための建築許可を与えた。申立人は建築許可の基礎にある地区詳細計画I-50に対して規範統制の申立てを行い、ベルリン＝ブランデンブルグ上級行政裁判所2007年12月18日判決⁷³⁾は、当該地区詳細計画は効力を有しないと宣言した。2008年3月13日、申立人と被申立人は和解協定を締結し、被申立人は申立人に補償金を支払うこと、申立人は規範統制の申立てを取り下げるとともに、将来において地区詳細計画I-50および建築許可に従った当該土地の利用に対していかなる公法上の争訟も提起しないことで合意した。ただし、建築許可、免除その他の許可を通じて建物の本体、形状またはその規模が変更され、それによって申立人の権利が侵害されうる場合については、請求権の放棄は妥当しないものとされた。申立人は協定に基づいて規範統制の申立てを取下げ、同裁判所は上記の規範統制判決は効力を失ったと宣言した。

2009年2月、被呼出人は、建築許可を受けることなく、当該オフィスビルの屋上で技術機器（technische Geräte）の設置を開始し、その後、建物の東側部分の屋上に、金属で覆われた施設が2つ、再冷却装置（Rückkühlwerk）が2つ設置された。申立人は仮命令の申立てをしたが、ベルリン行政裁判所は申立てを退けた。抗告手続において申立人は、被申立人が被呼出人に対して技術機器を建物の東側部分から遠ざけるよう命ずることを義務付ける仮命令を求めたが、本決定は抗告を退けた。

本決定は、申立人は「本件で唯一考慮に値する行政裁判所法123条1項2文の規律命令の要件が充足されていることを説明していない」と判示す

72) OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14. 10. 2009, 2 S 54.9, juris.

73) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. 12. 2007, BauR 2008, 1089.

る。続けて本決定は次のように述べる。「仮命令の本質及び目的に対応して、裁判所は原則的に法律関係を仮に規律するための措置をとることしかできず、申立人に、彼が本案手続においてのみ達成し得るであろうものを、本案における裁断を留保している場合であっても、完全な範囲で与えることはできない。本案の先取りに向けられた仮命令の発付を求める申立ては、行政裁判所法123条1項による手続においては、本案における裁断を待つことが申立人にとって受忍できないであろう場合に限り認容される……。この要件は、……設置された機器の撤去が実損(Substanzverlust)なしに実現され得るか否かにかかわらず妥当し、本件では充足されていない」。

本決定は、求められた除去命令の法的根拠はベルリン州建築規制法79条1項⁷⁴⁾であること、法律上の要件が存在する場合に除去命令を発付するかどうかについては行政庁に裁量が認められることを指摘して、「求められた仮命令を発付する場合には、この裁量が本件の隣人の利益を顧慮して介入するためにゼロに収縮しているか否かという、本案手続においてなされるべき審理の結論が先取りされるであろう」と述べる。続いて本決定は、当該施設の稼働によって近隣の土地に受忍できないイミシオンが発生するという十分な手がかりがないこと、建築許可を受けずに事業案を実現した建築主はそれによって生じた既成事実を後の除去手続において援用できないことを指摘して、申立人の主張は「本案の裁断を待つ場合には、本案手続において成功した後においても除去され得ない受忍不可能な不利益が申立人に差し迫るという点に関して、……十分な確信を当裁判部に与えるものでもない」と述べている。

さらに本決定は、申立人は「技術施設を被呼出人の建物の屋上に設置することが隣人を保護する実体的建設法に違反し申立人に不利益を及ぼすこ

74) ベルリン州建築規制法79条1項1文は、「施設が公法上の規定に違反して設置又は変更される場合において、他の方法では適法な状態を回復することができないときには、建築監督庁は当該施設の部分的な又は完全な除去を命ずることができる」と規定する。

と、及びこのことが本案手続の期間についても申立人にとって甘受できないということも疎明しなかった」と判示する。申立人は、建築規制法の間隔地規定および外観悪化禁止（Verunstaltungsverbot）規定の違反や、配慮要請の違反等を主張した。しかしながら本決定は、申立人が間隔地規定および配慮要請の違反を主張しうるか否かは結局2008年3月13日の和解協定の解釈に依存するところ、「協定の射程を明らかにすることは本案手続に留保されていなければならない」と述べている。また外観悪化禁止規定に関しては、仮に当該規定が隣人保護性を有しており、かつ被呼出人の建物の屋上に設置された施設の外観が周辺と調和しないとしても、申立人は「そのような周辺に関連する外観悪化によって、本案手続の期間についても甘受できない不利益が自らに差し迫るということも疎明しなかった」と述べている。

(3) 分 析

(a) 保全命令と規律命令

行政裁判所法123条1項1文の仮命令は保全命令と呼ばれ、同項2文の仮命令は規律命令と呼ばれるが、建築監督庁の介入を義務付ける仮命令がどちらに該当するのかという問題がある。前掲ブレーメン上級行政裁判所決定（2(1)）は利用禁止処分 of 仮命令を発付したが、この問題については明言していない。ただし仮命令が「本質的な不利益を防止するために必要である（命令原因）」と述べた箇所は、同項2文の文言に親和的である。前掲ベルリン上級行政裁判所決定（2(1)）は、除去処分 of 仮命令を同項1文の保全命令と解している。他方で前掲ヴァイマル上級行政裁判所決定（2(1)）は、建築中止処分 of 仮命令を規律命令とする。前掲ミュンスター上級行政裁判所決定（2(2)）は、建築中止処分 of 仮命令を保全命令とし、利用禁止処分 of 仮命令を規律命令とする。前掲ミュンヘン上級行政裁判所決定（2(2)）は、保全命令と規律命令の区別に言及していない。前掲ベルリン＝ブランデンブルク上級行政裁判所決定（2(2)）は、除去

処分の仮命令を規律命令とする。いずれの決定においても、当該仮命令が保全命令ないし規律命令に該当する理由は説明されていない。2(1) は、求められた仮命令を保全命令と解しつつ、申立人にとって「本質的な不利益」があると判示しており、同項1文と2文の文言の違いを重視していない。学説においては、保全命令の場合には、本案勝訴と本案敗訴が同程度に蓋然的であれば命令請求権が肯定されるという説もみられたが、2(1) または2(2) がこの説を採用したことを示す手がかりはない。

(b) 命令請求権

命令請求権に関しては、事業案が申立人の利益を保護する規定に違反するかどうかがまず問題とされる。2(1) は、地区詳細計画の住居専用地区の指定の隣人保護性およびその違反を肯定し、2(1) は、配慮要請違反を肯定した。2(2) では配慮要請違反が、2(2) ではそれに加えて建築規制法の間隔地規定および外観悪化禁止規定の違反が争われたが、いずれの決定もこの点を最終的に明らかにすることなく事案を処理している。2(1) は、再開発条例を発布した市が仮命令の申立てをしたという特殊な事案に関し、建築監督庁による介入の根拠規定が市町村の計画策定高権をも保護する旨判示している。隣人に行政介入請求権が認められるためには、事業案が実体的な隣人保護規定に違反することが必要であるというのが支配的な考え方であるが⁷⁵⁾、この決定は、再開発法上の許可を欠いているという形式的に違法な事業案について行政介入請求権を肯定している点で特色がある。

裁量収縮ないし介入義務の成立の要件に関しては、様々な見解が示されている。2(2) は、隣人が特別な強度の侵害を受けることが必要であるという伝統的な立場に立つものと解される。2(1) は、行政庁が違法状態の発生に寄与したことが、かつ隣人が重大な不利益作用を受けることが必要であるとす。行政庁が違法状態の発生に寄与した場合には、行政庁がこれ

75) Vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 22. 10. 2008, NJOZ 2009, 405 (415); OVG Saarlouis, Beschl. v. 12. 10. 2009, NJOZ 2010, 1750 (1752).

を是正することが要請されるといえるが⁷⁶⁾、この要件が常に必要であるかどうかは問題となる。もっともこの決定は、行政庁の意図的な不作為を理由にこの要件の充足を肯定しており、これはさほど厳格な要件ではないとみることもできる。また同決定は、宿泊業に伴う騒音による迷惑がここでいう重大な不利益作用に該当する旨判示しており、後者の要件の認定もかなり緩やかである。他方で2(1) は、多数の公法規定の違反があることから裁量収縮を肯定している。多数の公法規定の違反がある場合には行政庁の介入が期待されるところであるが、実際にこのような理由で介入義務が認められることは珍しいように思われる。この事案では、配慮要請違反すなわち隣人が受忍限度を超える不利益を受けることが認定されているので、隣人保護の観点からも介入が強く要請される。

2(1) は、建設法違反の状態を解消するためには建築監督庁の介入が通常は不可欠であるとの理解を前提に、建築監督庁に与えられた裁量は介入義務を実現する傾向を有している旨述べている⁷⁷⁾。これによれば、建設法違反がある場合には建築監督庁は原則的に介入を義務付けられることになる。しかしながら、法律上の手がかりがある場合は別として⁷⁸⁾、介入の根拠規定が単に「建築監督庁は建設法違反の建築について建築中止処分をすることができる」と定めるにすぎない場合に、そのような解釈をすることができるかは問題である。後者の場合、建設法違反の建築について建築中止処分をすることは通常は公益に適合すると考えられるが、建築中止処分をしなければならないというためにはプラスアルファが必要なのではないか。実際この決定も、介入義務を肯定するにあたり、事業案が違法である

76) 建築監督庁が違法な建築許可を与えた場合につき、拙稿・前掲注(1)12頁以下参照。

77) このような解釈を支持し、法律および法の貫徹のために建築監督庁の裁量は「志向された(intendiert)裁量」として理解される旨主張する説として、vgl. Friedrich Schoch, Nachbarnschutz im öffentlichen Baurecht, Jura 2004, 317 (324).

78) 連邦イミシオン防止法(BImSchG)には、所定の要件が充足される場合には、行政庁は命令を発する「べきである(soll)」と定める規定がある。これに関しては、拙稿・前掲注(1)8頁以下参照。

ことだけでなく、介入が計画策定高権の保護のために必要であることを指摘している。

学説においては、裁量の瑕疵のない行政決定を求める請求権も命令請求権に該当すると主張する説がみられたが、命令請求権についての審理を行わなかった2(2)を除き、いずれの決定も行政介入請求権が成立するかどうかを問題にしている。

(c) 命令原因

命令請求権(行政介入請求権)を肯定した上で命令原因を否定したものはない。2(1)は、申立人は被呼出人の宿泊業により生ずる妨害を本案手続が終結するまで甘受する必要はない旨述べ命令原因を肯定した。その際、申立人が住居利用を重大に害されること、今後妨害が強まるおそれがあること、建築監督庁の自発的な介入が期待できないことが指摘されており、行政介入請求権を肯定するに当たって考慮された事項と共通する部分がある。2(1)は、配慮要請違反が肯定され、行政庁が介入を義務付けられることから同時に命令原因も認められるとする。これらの判示は、命令請求権と命令原因の間に機能的な関連性を認める立場からは首肯しうるものといえよう。他方で2(1)は、建築が中止されなければ被呼出人の住宅が完成して既成事実が生ずるおそれがあるという理由で命令原因を肯定した。こちらでは、本案の問題とは区別される、仮の権利保護に特有の事情が考慮されている。

2(2)、2(2)、2(2)では、申立人の被る不利益が、本案手続が終結するまでの期間においても受忍できないものであるかどうかの問題となっており、結論としてこれが否定されている。このうち2(2)は、配慮要請違反を認めるための受忍限度よりも、命令原因を認めるための受忍限度のほうが高いと述べている。確かに配慮要請違反は本案の問題であり、命令原因は仮命令に特有の要件であるから、両者の内容が完全に一致するとはいえない。しかし、仮命令手続における審理の結果、配慮要請に違反するという意味で受忍できない不利益を申立人が受けることが判明した場合に

は、本案手続の終結までそのような不利益を甘受する理由はないであろう。命令請求権と命令原因の間に機能的関連性を認める立場では、配慮要請違反がある場合には、命令請求権が存在する蓋然性が高いといえるから、命令原因の認定はより緩やかになるはずである。

学説においては、命令原因の審理に当たっては申立人の利益と対立する利益を衡量すべきであるという主張もみられたが、上記の諸決定がこのような利益衡量を行っているかどうかは必ずしも明らかではない。しかし、申立人以外の者の利益が全く考慮されていないわけではない。2(1) は、被呼出人の宿泊業を即時に禁止すると現在宿泊中の庇護申請者に危険が及ぶことを指摘しており、2(1) は、居住車の除去の期限を賃貸借契約の期間満了後に設定することで土地所有者の利益と車両群の住民の利益が守られる旨述べている。これらはいずれも仮命令の内容に関わる判示であるが、仮命令の内容形成については裁判所に裁量が認められると解されているから、この段階で第三者等の利益を考慮することも許されるであろう。また、仮命令の内容形成によって関係者の利益を調整することができる場合には、仮命令を発付すべきか否かという二者択一的な発想にこだわる必要はないであろう。

(d) 本案の先取禁止

2(1) は、住宅を宿泊業に利用することを禁止する処分の仮命令を発付するに当たり、この仮命令によって本案の裁断は先取りされないことを指摘している。もっとも同決定によれば住居専用地区では宿泊業は許されないのであり、少なくとも部分的に本案の先取りがあるのではないかとも思われる。しかし重要なのは本案の先取りがあるか否かではなく、それが禁止されるかどうかであろう。この点2(1) は、居住車の除去処分の仮命令を発付することが本案の先取りに当たることを認めつつ、本案訴訟で原告敗訴が確定したとしても原状回復が可能であることを指摘して、これを許容している。学説においては、除去処分の仮命令は困難とする説もみられたが、原状回復が可能な場合には、本案の先取禁止の観点から仮命令の発

付が妨げられることはないというべきであろう。

2(2) は、本案の先取りは原則的に禁止されること、これが許されるのは本案における裁断を待つことが申立人にとって受忍できない場合に限られることを指摘し、後者の要件の充足を否定した。しかしながらこの点の判断が、命令原因の審理とどのように異なるのかは明らかでない。また同決定は、求められた機器撤去の容易性については考慮しないという立場をとっているようであり、申立人にとってはかなり厳しい。他方でこの決定は、建築許可を受けずに事業案を実現した建築主は後の建築監督庁の介入に対して既成事実の発生を援用することができないことを指摘しており、これが申立てを退ける理由の1つとされている。しかし、仮にこの指摘が正しいとすると、そのような建築主の利益の要保護性は低いといえるから、仮命令を発付する必要性が相対的に高まるということもできるのではないか。

3 許可不要化と仮命令

1990年代以降の規制緩和により、従前は建築許可を要するものとされていた一定の事業案が、届出手続ないしは「許可免除 (Genehmigungsfreistellung) 手続」の対象とされることとなった。特に、地区詳細計画の適用区域内における、当該地区詳細計画の指定に反しない住宅の建築については、建築許可が不要とされる場合が多い⁷⁹⁾。このような事業案が問題となる事例における仮命令の申立ての理由具備性の判断に関しては、マンハイム上級行政裁判所1994年10月26日決定⁸⁰⁾が非常に重要である。以下ではまず同決定を紹介し、続いて同決定を支持する、あるいは支持しない裁判例および学説を取り上げ、最後に検討を加える。

79) Vgl. Stollmann (Fn. 22), § 18 Rn. 12; Finkelnburg/Ortloff/Otto (Fn. 22), S. 92-99.

80) VGH Mannheim, Beschl. v. 26. 10. 1994, NVwZ-RR 1995, 490.

(1) 裁判例の展開

(a) マンハイム上級行政裁判所1994年10月26日決定

被呼出人らは、申立人が動物飼育を営んでいる土地の隣接地で住宅を建築することを計画した。問題の地域は地区詳細計画によって「制限された混合地区」に指定されており、当該地区内においては一般住居地区において原則的に許容される住宅等の施設のみが許容されるものとされていた。バーデン＝ヴュルテンベルク州建築規制法の授權に基づく1990年4月26日の「住宅及び付属施設に係る許可義務の廃止に関する内務省令（建築自由化令）」は、本件で問題となっている建築施設を届出手続の対象としていた。他方で同令7条1項2文は、建築の実施が公法上の規定に違反する場合や、事業案が建設法典30条1項の意味における地区詳細計画の適用区域内にない場合には、行政庁は建築の開始およびその実施を禁止することができる旨規定していた。

本決定は、仮命令の申立てを認容したジグマリンゲン行政裁判所の判断を支持して、「申立人が命令請求権及び命令原因を疎明した（行政裁判所法123条1項2文，民事訴訟法920条2項参照）ということを行政裁判所が認めたことは正しい」と判示した。

本決定は、「建築自由化令7条1項2文による介入を求める隣人の請求権は、建築事業案が公法上の隣人保護規定に違反し、かつ当該事業案が隣人の利益に、ほんの少しだけという以上に（mehr als nur geringfügig）関係する場合には、原則的に肯定されなければならない」と判示する。その理由としては、建築許可手続が実施される場合には、建築事業案により影響を受ける隣人は、当該建築許可が隣人保護規定に違反する限り、これを取り消すことができること、建築自由化令7条1項2文に基づく建築の開始ないし実施の禁止権限は、建築許可手続が実施されないことに対する代償として理解されなければならないこと、この代償的機能は、裁量収縮について過度に高い要求が設定されない場合にのみ、実効的に実現されることが指摘されている。

次に本決定は、本件のような事例においては「隣人の権利の観点においてのみ判断される当該建築事業案の適法性に対する重大かつ真剣に受け取られなければならない(ernst zu nehmende)疑義、及びほんの少しだけという以上の影響を受けることを隣人が疎明し、その結果、本案手続における権利救済の成功の見込みが少なくとも未確定(offen)と見なされざるを得ない場合には、本質的な不利益の防止のために又はその他の理由から仮命令の発付が通常は必要である」と判示する。その理由としては、行政裁判所法80条、80a条による建築許可の執行停止の判断基準に依拠すれば⁸¹⁾、裁判所が隣人保護規定の違反について確信に至らない場合においても仮命令を発付することは妨げられないこと、基本法(GG)19条4項1文⁸²⁾の実効的な権利保護の要請は、そのような確信が存しない場合においても行政裁判所の介入を要求すること、仮命令の発付によって適法な事業案の実現が遅延したことに伴う建築主の不利益は、権利保護を求める隣人の不利益となる既成事実が発生する危険よりも、通常は重大とはいえないことが指摘されている。

本決定は、地区詳細計画における「制限された混合地区」の指定は、住居と商業の双方に奉仕するという混合地区の目的が守られておらず、建築利用令(BauNVO)の規定と両立しえない可能性が高いため、当該地区詳細計画は有効でないという前提から出発しなければならない旨述べる。そうすると、被呼出人らの事業案の適法性は建設法典34条1項または35条2項⁸³⁾により判断されることになるが、本決定は、「本件では隣人を保護す

81) 建築許可の執行停止の場合、本案勝訴の優越的蓋然性が必須の要件とされているわけではない。この点については、拙稿・前掲注(9)16頁以下参照。

82) 基本法19条4項1文は、「公権力によって自己の権利を侵害されるすべての者に、出訴の途が開かれている」と規定する。

83) 建設法典35条は、外部地域における事業案の許容性についての規定である。同条2項によると、同条1項において列挙されたもの以外の「その他の事業案」は、「その実施又は利用が公益を害しない場合」に許容されうる。同条3項は公益が害される場合を例示列挙しているが、配慮要請が同項に根拠を有すると判示した連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 10. 1993, NVwZ 1994, 686 (687)。

る配慮要請の違反が真剣に考慮に入れられなければならない、かつ申立人が、被呼出人らによって住宅が建てられた場合に差し迫る動物飼育の制限を顧慮して、隣人としてのその利益がほんの少しだけという以上に侵害されることを計算に入れなければならない可能性があるのではないかということ、を、行政裁判所は……詳細に説得力をもって説明した」と述べている。

最後に本決定は仮命令の必要性について次のように述べている。「行政裁判所が、仮命令の発付の必要性を肯定し、当該事業案の設置後に既成事実ないしは原状回復が困難な事実が生ずる危険を顧慮したことも正当である。それに対して被呼出人らが、差し迫る著しい経済的損失、及び従前居住していた借家から退去することを既に予告したという事実を指摘したとしても、これは異なる判断を正当化することができない。被呼出人らは、既に1994年6月末ないし7月初めから、申立人の具体的な反対を知っていた。被呼出人らはそれにもかかわらず、したがって自己のリスクで建築の実施を開始し、さらなる財産の処分（Disposition）を行った。」

(b) マンハイム上級行政裁判所決定を支持する裁判例

前掲マンハイム上級行政裁判所決定を支持する裁判例としては、ミュンヘン上級行政裁判所1996年7月26日決定⁸⁴⁾が挙げられる⁸⁵⁾。本件の事案は以下の通りである。

被呼出人らは、地区詳細計画の適用区域内において住宅を建築するため、バイエルン州建築規制法70条（当時）による許可免除手続を経て、建築工事を開始した。申立人らは、被申立人が同法88条（当時）に基づく建築中止処分をすることを求めて、仮命令の申立てをした。ミュンヘン行政裁判所1996年5月24日決定⁸⁶⁾は、前掲マンハイム上級行政裁判所決定に依拠して、「本案手続における権利救済の成功の見込みが少なくとも未確定と

84) VGH München, Beschl. v. 26. 7. 1996, NVwZ 1997, 923.

85) Vgl. auch OVG Bautzen, Beschl. v. 22. 8. 1996, NVwZ 1997, 922; OVG Greifswald, Beschl. v. 9. 4. 2003, BauR 2003, 1710.

86) VG München, Beschl. v. 24. 5. 1996, NVwZ 1997, 928.

見なされざるをえない」場合には、仮命令の発付が通常は必要であると述べ、本件においては本案の帰趨が未確定であること、仮の建築中止を求める申立人らの利益はさらなる建築を求める建築主らの利益に優越することを指摘して、仮命令の申立てを認容した。本決定もミュンヘン行政裁判所の判断を支持した。

本決定は、現行の地区詳細計画は明確な指定を欠いておりその有効性に疑義があること、被呼出人らの事業案は変更前の地区詳細計画とは相違しているが、この相違が配慮要請の基準に照らしてなお受忍可能であるか否かはさらなる審理を要することを指摘して、「この状況の下では申立人らが、隣人としてのその権利にほんの少しだけとはいえない程度に関係するかもしれない、本案において勝利した場合に除去することがほとんど不可能で、高額な費用を投ずることによってのみ除去し得るであろう、広範囲に及ぶ既成事実の発生を阻止するために、求められた仮命令の発付を求める請求権を有するというを行政裁判所が肯定したことは正しい」と述べている。

被呼出人らは、ミュンヘン行政裁判所の利益評価はバイエルン州建築規制法の目的に矛盾すると主張したが、本決定はこの主張を退け、次のように述べている。「バイエルン州建築規制法70条は……〔同法〕88条及び89条による建築監督庁の権限を制限せず、状況によっては影響を受ける隣人の保護のためにもこの権限を行使するという義務付けから建築監督庁を解放するものでもない。規定の文言からも、……法律案の理由書……からも、立法者が許可免除手続の導入によって実体的な法状況を変更し、隣人を許可手続における地位よりも低い地位に置くことを意図したということを導き出すことはできない。しかし隣人が、公法上保護された隣人としてのその権利に持続的に関係するかもしれない、後に除去することがもはやほとんどできないであろう既成事実の発生に対して、……行政裁判所法80a条3項による手続に比肩する方法で抵抗することができなければ、隣人は実際上低い地位に置かれてしまうであろう。この手続の場合と同様に公法上保

護された隣人の権利が問題になっているので、この不利益を埋め合わせるために隣人に民事訴訟の途（Zivilrechtsweg）を指示することは正当でないように思われる。」

（c）マンハイム上級行政裁判所決定を支持しない裁判例

前掲マンハイム上級行政裁判所決定を支持しない裁判例として、リューネブルク上級行政裁判所2008年10月22日決定⁸⁷⁾が注目される⁸⁸⁾。本件の事案は次の通りである。

申立人らはその所有地の南西角に一世帯住宅を建築している。被呼出人は当該土地の西側隣接地の北側部分で、ニーダーザクセン州建築規制法69a条⁸⁹⁾により建築許可を要しない住宅の建築を開始した。両者の土地は地区詳細計画で指定された住居専用地区内にあり、許容される完全階（Vollgeschoss）は1のみと指定されていた。申立人らは、当該事業案が同法の規定により定められた境界間隔（Grenzabstand）を遵守していないこと、設置される地階が完全階に該当するため地区詳細計画の指定に違反すること、自己の所有地に大きな日影が及ぶこと等を主張して、被申立人が当該事業案に対して建築中止処分をすることを義務付ける仮命令の申立てをした。ハノーファー行政裁判所が申立てを退けたため、申立人らは抗告したが、本決定は抗告を退けた。

本決定は、申立人らにはその主張する請求権が認められないと判示している。本決定は、リューネブルク上級行政裁判所の判例によれば、土地所有者が近隣における建設法違反の状態に対する建築監督上の介入を求める請求権を有するかどうかを判断するにあたっては、隣人保護規定の違反があるというだけでは十分ではなく、当該土地所有者が受ける事実上の侵害

87) OVG Lüneburg, Beschl. v. 22. 10. 2008, NJOZ 2009, 405.

88) Vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 31. 1. 1997, NVwZ-RR 1998, 218; OVG Saarlouis, Beschl. v. 12. 10. 2009, NJOZ 2010, 1750.

89) ニーダーザクセン州建築規制法69a条1項1文によると、地区詳細計画により住居地区に指定された区域内における低層住宅の建築は、当該事業案が地区詳細計画の指定に反しない等、同文各号に掲げられた要件を充足する場合には、建築許可を要しない。

の程度を審査する必要がある旨述べ、少なくとも本件のような事実関係においては「ニーダーザクセン州建築規制法69a条により許可が免除される建築についても、この解釈が固持されなければならない」と判示する。

本決定は、ニーダーザクセン州における許可免除の導入は「建築監督庁の負担を軽減すること並びに建築に関係する者、つまり建築主及び設計者の自己責任を強化すること」を目的としていたことに加えて、その後の法改正の際も「立法者は依然として、建築監督庁の負担を軽減するという目標を追求している」との理解を前提に、次のように述べる。「それゆえに、予防的活動の消滅は対抗的(repressiv)行為の義務を強化することによって償われなければならないという、他の州建築規制法について発展した考え方は、ニーダーザクセン州における形態の許可免除には、拠り所となるものがない。依然として重要な位置を占めているのは、建築主の自己責任の強化と組み合わせられた建築監督庁の負担軽減である。それとこの代償思考は両立し得ない。それゆえに、建築主が許可を受けた施工図とは異なる建築をする場合や建築許可を受けずに建築をする場合にも妥当する一般原則が維持されなければならない」。

本決定は、このように解したとしても隣人の権利が全く保護されないわけではなく、「上記……一般原則によっても、隣人は、その所有地に対する建設法違反の行為の結果が深刻であればあるほど、建築監督庁がその利益を顧慮することを求める請求権を有する」と述べる。さらに本決定は、隣人が私法上の防除請求権を主張しうることを指摘して、許可免除を導入した立法者が建築監督庁の負担軽減を意図していたことに鑑みれば、建築監督庁が「軽度及び中程度の公建設(隣人)法の違反がある場合に、隣人にこの権利保護の可能性を実現するよう指示することは、裁量逸脱(ermessenswidrig)ではない」と判示する。また本決定は、行政裁判所法123条1項2文は仮命令の発付が「必要であるように思われる」ことを要件としているところ、土地の非本質的な侵害の防除が問題となる場合には、民事訴訟を提起遂行することに伴う負担は受忍できないものではない旨述

べている。

本件の事実関係に関して、本決定は、申立人らの住宅に日影が及ぶのは夏至日に限られ、それ以外の日においては申立人らの所有地のうち地区詳細計画により建築が禁止されている部分に日影が及ぶにすぎないと認定して、「攻撃されている事業案が申立人らの土地の建築利用可能性に対して受忍限度を超える効果を有し、ニーダーザクセン州建築規制法89条1項1文⁹⁰⁾によって開かれた裁量の収縮が問題になるであろうということではできない」と判示している。また補足的に本決定は、申立人は実際の建築工事が境界間隔の点で被呼出人の提出した施工図とは異なるということ十分に疎明しなかったこと、完全階に関する地区詳細計画の指定の隣人保護性を肯定するための手がかりはなく、地階が完全階に該当するかどうかという問題は本件では重要ではないことを指摘している。

(2) 学説の状況

前掲マンハイム上級行政裁判所決定は、規制緩和により建築許可を要しないものとされた事業案については、建築許可手続が実施されないことに対する代償として、当該事業案が公法上の隣人保護規定に違反し、それによって隣人の受ける影響がほんの少しだけとはいえない場合には、建築の開始ないし実施の禁止処分を求むる隣人の請求権が原則的に肯定される旨判示した。学説においては、この判示を支持する説が少なくない⁹¹⁾。一例として、次のような主張がある⁹²⁾。「建築監督庁は、建設法違反の状

90) ニーダーザクセン州建築規制法89条1項1文は、「建築施設……が公建設法に違反する場合又はこれが危惧される場合には、建築監督庁は義務に従った裁量により、適法な状態を回復又は保全するために必要な措置を命ずることができる」と規定する。

91) Vgl. Felix Ekardt/Klaus Beckmann/Kristin Schenderlein, Abschied von der Baugenehmigung - Selbstregulierung versus modernes Ordnungsrecht, NJ 2007, 481 (488); Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll (Fn. 12), § 123 Rn. 20; Kopp/Schenke (Fn. 29), § 123 Rn. 12; Finkelnburg, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Fn. 8), Rn. 1296.

92) Wolfgang Bock, Die Verfahrensbeschleunigung im Baurecht und der Nachbarnschutz, DVBl. 2006, 12 (15).

態が発生することを阻止するという一般的な任務を有している。許可手続においては、これは許可留保を伴う一般的な予防的禁止の範囲内にある建築許可によって行われる。許可を免除された建築事業案の場合に……この任務が果たされるのは、建設法規定に対する違反が差し迫る場合には行政庁の介入が要請され、それに対応してほんの少しとはいえない隣人保護規定の違反がある場合に行政庁の介入を求める請求権が隣人に認められるときに限られる。『予防的な建築監督から対抗的な建築監督への移行は、この方法で隣人保護を強化することを要求する』。

それに対して、国家が高権的な監督およびそれに結び付いた第三者の権利の貫徹から後退する場合、国家は同時に行政活動による個人的権利の保護を削減することを意図するという理解に基づいて、上記のような代償的な裁量収縮を批判し、行政上の権利保護が実務において魅力的でないならば、私法上の隣人保護が前面に出てくると指摘する説もある⁹³⁾。このような説に対しては、万一国家がその対抗的な権限をも削減するならば、隣人保護を私法に委ねることがその必然的な帰結となりうるが、国家が予防的な統制のみを廃止して、実体的な規制および対抗的な権限を維持している場合には、国家はなお事業主・行政庁・第三者によって構成される三角関係の頂点を占めているという反論がある⁹⁴⁾。さらに、民事訴訟手続においては職権探知主義が妥当せず、隣人が民事訴訟法945条に基づく損害賠償義務を負うリスクもあるため、私法上の隣人保護は公法上の隣人保護よりも実効的であるとはいえないという主張もみられる⁹⁵⁾。

93) Stefan Oeter, Baurechtsvereinbarung, Drittschutz und Erfordernisse wirksamen Rechtsschutzes, DVBl. 1999, 189 (195); vgl. auch Gerrit Manssen, Die Genehmigungsfreistellung für Wohngebäude in der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern, NVwZ 1996, 144 (146).

94) Ute Sacksofsky, Privatisierung des baurechtlichen Nachbarnschutzes bei genehmigungsfreien Vorhaben?, DÖV 1999, 946 (954).

95) Bock (Fn. 92), S. 17; vgl. auch Michael Uechtritz, Vorläufiger Rechtsschutz eines Nachbarn bei genehmigungsfreigestellten Bauvorhaben - Konkurrenz zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß?, BauR 1998, 719 (732).

他方で、規制緩和により建築許可を要しないものとされた事業案が実施される場合に限って隣人保護を強化するという立場に立つと、従来通り建築許可を要する事業案が無許可で実施される場合との間で隣人保護の水準に差異が生じうる。これを不平等取扱いと捉える学説の中には、いずれの場合においても隣人保護規定の違反がある場合には原則的に行政介入請求権が成立すると主張する説がある⁹⁶⁾。それに対して、裁量収縮は例外的な事例においてのみ認められるとする考え方も、介入義務は例外的な事例においてのみ否定されるとする考え方も、どちらか一方が明らかに正しいということはできず、介入しないという行政府の裁量判断の合理性を個々の事例において審査しなければならないと主張する説もある⁹⁷⁾。

仮命令に固有の論点に関して、前掲マンハイム上級行政裁判所決定は、行政裁判所法80条、80a条による建築許可の執行停止の判断基準および基本法19条4項1文の実効的な権利保護の要請を援用して、本案の帰趨が未確定と見なされざるをえない場合には仮命令の発付が通常は必要である旨判示した。この判示に対しては、許可を免除された事業案に対する仮命令の申立てに限って命令請求権の疎明についての要求を緩和することは行政裁判所法123条の文言に合致せず、そのように緩和された要件の下で隣人が仮命令を得ることができるとすれば、建築主は許可手続を経ることなく事業案を実施しうるものとする許可免除手続の目的が害されるという批判がある⁹⁸⁾。他方で同決定を支持する学説からは、建築規制法の改正は隣人をその実体的な法的地位においても権利保護の可能性の点でも建築許可手続が実施される場合と比較してより低い地位に置くことを意図したものでなかったこと、許可免除は事業案の適法性のリスクを建築主に負わせるものであり、建築主は少なくとも仮の権利保護手続においては自ら惹起し

96) Georg Borges, Der Nachbarrechtsschutz im Freistellungsverfahren, DÖV 1997, 900 (902); Mario Martini, Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz, DVBl. 2001, 1488 (1493).

97) Sacksofsky (Fn. 94), S. 953; vgl. auch Debus (Fn. 7), S. 492-493.

98) Borges (Fn. 96), S. 902.

た不確実性を通常は負担すべきであることが指摘されている⁹⁹⁾。

(3) 検 討

前掲マンハイム上級行政裁判所決定は、建築自由化令に定める建築の開始および実施の禁止処分の権限は建築許可手続が実施されないことに対する代償と解されなければならない、この代償的機能の実効的な実現のためには裁量収縮ないし行政介入請求権の成立の要件を緩和することが必要である旨判示した。この判示は、建築自由化令に定める特別の介入権限に関するものであるから、仮にこれが正しいとしても、建築許可を要する事業案をも対象とする一般的な介入権限について同様に解することができるかどうかは問題となる。また、建築許可を要する事業案とこれを要しない事業案の区別は微妙である。例えば同決定および前掲ミュンヘン上級行政裁判所1996年7月26日決定においては、事業案の基礎にある地区詳細計画の有効性が争われていたが、その無効が確認された場合、当該事業案は当初から建築許可を要するものであったということになるのではないか。このように考えると、事業案が建築許可を要するものであるか否かによって隣人保護に関して異なる取扱いをすることは妥当でないように思われる。

前掲リューネブルク上級行政裁判所決定は、ニーダーザクセン州における許可免除の趣旨は建築主の自己責任の強化および建築監督庁の負担軽減であるとの理解を前提にして、許可手続の消滅は介入義務ないし隣人保護の強化によって償われなければならないという考え方を批判する。もっとも建築主の自己責任の強化という観点は、建築主は、自己の事業案が違法である場合、建築監督庁の介入を受忍しなければならないという意味に解することも可能である。また建築監督庁は、介入を求められた場合には、いずれにしても事実関係を調査し、介入するかどうかを判断しなければならないのであるから、介入義務の強化に伴う建築監督庁の負担は大きくな

99) Bock (Fn. 92), S. 16; vgl. auch Uechtritz (Fn. 95), S. 730.

いともいえるのではないか¹⁰⁰⁾。このように考えると、建築主の自己責任の強化や建築監督庁の負担軽減の観点は、必ずしも介入義務の成立を抑制するものとはいえないように思われる。

同決定は、公建設法ないし隣人保護規定の違反が軽度または中程度である場合には、建築監督庁が隣人に対して私法上の権利保護を求めるよう指示することも裁量権の行使として許される旨判示する。これに従えば、行政介入請求権が成立するのは隣人保護規定の重大な違反がある場合に限られることになる。しかし、公建設法違反が判明しており、その違反が軽微とはいえない場合であっても、基本的に建築監督庁ではなく私人および民事裁判所が対処すべきであるという結論は疑問である。一般論としては、公建設法違反がある場合に、それを放置することは通常は公益に適合せず、むしろそれを是正することが公益に適合すると考えられる。その違反が隣人保護規定違反であり、それによって影響を受ける隣人が介入を求めている場合には、建築監督庁は上記の公益に加えて当該隣人の利益を顧慮しなければならないのではないかと¹⁰¹⁾。そしてこのことは、建築許可を要する事業案が無許可で実施される事例や、建築許可を受けた事業案とは異なる建築工事がなされる事例についても妥当するはずである。

前掲マンハイム上級行政裁判所決定は、建築自由化令により届出の対象とされた事業案については、本案の帰趨が未確定と見なされざるをえない場合には命令請求権が肯定されるという立場をとるものと解される。既述の通り、命令請求権に関しては、これを肯定するためには原則的に本案勝訴の優越的蓋然性が必要であるとする説や、保全命令については本案勝訴と本案敗訴が同程度に蓋然的であれば足りるとする説があり、他方で裁量の瑕疵のない行政決定を求める請求権も命令請求権に該当するという説も見られた。この点に関する解釈の自由度は相当高いようであるが、事

100) Vgl. Veith Mehde/Stefan Hansen, Das subjektive Recht auf Bauordnungsverfügungen im Zeitalter der Baufreistellung - Eine Bilanz, NVwZ 2010, 14 (16).

101) Vgl. Uechtritz (Fn. 95), S. 726.

業案が隣人保護規定に違反する場合には原則的に行政介入請求権が成立するという立場に立つと、命令請求権の疎明は容易であり、上記のいずれの説をとっても結論に大きな違いはないとも考えられる¹⁰²⁾。同決定および前掲ミュンヘン上級行政裁判所1996年7月26日決定が、建築許可の執行停止の申立てと建築禁止ないし中止処分 of 仮命令の申立てを同等に扱うべきことを求めている点を重視すると、当該仮命令を保全命令とみて本案勝訴の見込みについての要求を緩和することが、これらの決定の意図に最も良く適合するのではないかと思われる。しかしながら前掲マンハイム上級行政裁判所決定(および前掲リュネブルク上級行政裁判所決定)は、建築禁止(中止)処分の仮命令を規律命令と解している。

命令原因に関して、前掲マンハイム上級行政裁判所決定は、建築の遅延によって建築主が被る不利益よりも、既成事実の発生によって隣人が被る不利益のほうが通常は重大であるという立場をとるものと解される。また同決定は、具体的事案についても、被呼出人は自己のリスクで建築を開始したと認定し、仮命令を発付する必要性を肯定している。建築主にとっては厳しい見方といえるかもしれないが、学説においても、一般論としては、上記のような利益評価を支持するものが少なくない¹⁰³⁾。反対に即時の建築中止が必要でない事案の例としては、建物の建築自体は違法ではなく、建物が利用されることによってはじめて隣人の権利が侵害されるような場合が考えられる。

おわりに

ドイツにおいて、仮命令の申立てに理由があることが認められるためには、申立人が命令請求権および命令原因を疎明することが必要と解されている。命令請求権とは申立人が本案訴訟における原告として主張する実体的請

102) Vgl. Martini (Fn. 96), S. 1496.

103) Vgl. Sacksofsky (Fn. 94), S. 954; Martini (Fn. 96), S. 1496; Borges (Fn. 96), S. 902.

求権のことである。建築監督庁の介入を求める隣人が仮命令の申立てをする事例においては、行政介入請求権が成立するかどうか争点となっている。行政介入請求権が認められるためには、少なくとも隣人保護規定の違反が必要であるが、隣人の受ける不利益が重大であることは必要とされない場合がある。他方で日本においては、非申請型義務付け訴訟を提起する段階で「重大な損害を生ずるおそれ」が要求されている。現行法の解釈上は、原告の被る損害が重大でなくともよいという立場をとることは困難であり、必要に応じて損害の認定を緩やかに行うことによって対処することになる。

ドイツでは、命令請求権を肯定するためには、基本的に、本案勝訴の優越的蓋然性が必要とされる。日本においても、仮の義務付けについては「本案について理由があるとみえる」ことが要件とされており、その点では共通性を認めることができる。他方でドイツでは、現状維持を目的とする仮命令、ないしは執行停止の判断基準との統一を図る必要がある事例については、本案勝訴と本案敗訴が同程度に蓋然的である場合、あるいは本案の帰趨が未確定と見なされざるをえない場合には命令請求権が肯定されるという考え方がある。例えば、建築許可の執行停止と建築中止処分との仮命令は実質的に同じとみることも可能であり、両者の理由具備性の判断基準を統一化することにも一理あるように思われる。しかし日本では、本案の帰趨が未確定である場合に仮の義務付けをすることは、上記の要件に合致しないため困難である¹⁰⁴⁾。

ドイツでは、仮命令を発付するためには、その必要性すなわち命令原因を申立人が疎明しなければならない。具体的には、申立人の被る不利益が、本案手続が終結するまでの期間においても受忍できないものであるかどうか問題とされている。建築中止処分との仮命令が求められた事案では、建物が完成することによって既成事実が生ずる危険があることを理由に命令原因が肯定された例がある。このような事項は、日本では「償うことので

104) 「本案について理由があるとみえる」という要件に対する批判として、北村和生「行政訴訟における仮の救済」ジュリ1263号（2004）72頁以下参照。

きない損害を避けるため緊急の必要」があるかどうかという観点から審理されることとなろう。

ドイツでは、仮命令の内容形成に関しては裁判所に裁量が認められると解されている。住居専用地区における違法な宿泊業に対して、現在宿泊中の者以外の者を宿泊させることを禁止する処分、および6か月以内に宿泊業を終了することを命ずる処分を義務付ける仮命令が発付された例がある。日本においては、処分の具体的内容については行政庁に裁量が認められる場合が少なくないと思われるが、そのような場合に、特定内容の処分をすることを仮に義務付けることが可能かどうかは問題となる。行政庁の裁量を尊重する観点からは、裁判所が処分の内容を特定すべきでないという結論になるであろうが¹⁰⁵⁾、仮の救済においては迅速性が求められることに鑑みると、特定内容の処分を仮に義務付けることが許される場合もあるのではないかと¹⁰⁶⁾。

他方でドイツでは、申立人が本案手続においてのみ達成しうるものを仮命令によって与えることはできないという考え方(本案の先取禁止)があり、これが申立人の権利保護を制約することがある。特に除去処分の仮命令は本案の先取禁止の観点から問題視される傾向にある。しかし、本案訴訟において原告が敗訴した後においても原状回復が可能であることを理由に、除去処分の仮命令が発付された例もある。近時の学説においても、本案の先取禁止の適用範囲を限定的に解する説が有力に主張されている。具体的事例において公益または第三者の利益が申立人の利益に優越する場合はともかく、本案の先取禁止のみを理由に仮命令の申立てを退けることは妥当でないように思われる¹⁰⁷⁾。

105) 長谷川・前掲注(4)「研究(2・完)」35頁以下は、仮の義務付け決定を下す場合、裁判所は、行政処分の内容を具体的に特定する必要はないと主張する。

106) 仮の救済の内容について裁判所の裁量を認める説として、山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論(下)」自研86巻1号(2010)78頁参照。

107) 日本における仮の義務付けの場合には、法定の要件をみたま限り、ドイツという本案先取り決定も許容されると指摘する説として、野呂充「仮の救済」園部逸夫=芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい, 2006)266頁参照。