

ドイツ行政手続法における第三者の手続参加(1)

岩 本 浩 史

はじめに—若干の前提的叙述—

- (1) 課題設定と考察の対象
- (2) 第三者と名宛人
1. 手続関係人の基本的性格
 - (1) 手続関係人総説
 - (2) 手続関係人の基本的性格
 - (3) 形式的手続関係人概念
2. 申請対立人
 - (1) 申請対立人の概念
 - 1) 申請対立人概念の導入の経緯とその評価
 - 2) 申請対立人の概念—三つのアプローチ—
 - (2) 職権発動の申出と申請
 - 1) 第二のアプローチに反対する見解
 - 2) 連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請の概念のメルクマール
 - 3) 機能的考察—構成の違いによるメリット・デメリット— (以上、本号)

はじめに—若干の前提的叙述—

(1) 課題設定と考察の対象

本稿は、「ドイツ行政手続法における第三者の手続参加」を表題としているが、ここですでに二つの問題が生じている。第一に、「ドイツ行政手続法」とは何か、第二に、「第三者の手続参加」とは何か、という問題である。

まず、本稿では、もっぱらドイツ連邦行政手続法という一般的手続法規を扱う。これとは別に、ドイツでは、特別法が独自の手続規定を置いているが、各個別領域には固有の問題と事情がある。たとえば原子力法分野の場合、第三者は生命や身体の危険に直面しうるため、より手厚い手続的権利保障が必要になるという特殊性がある。本稿は、このような領域ごとの特殊性を捨象したより一般的な問題を扱う。

次に、「第三者の手続参加」であるが、これはきわめて多様なレベル、範囲、内容を持つ概念である。たとえば参加の性質として、第三者が自己の固有の利害に関係なく、もっぱら行政活動の民主的コントロールを目的として行う民主的参加なのか、それとも第三者が自己の権利利益の保護のために行う権利保護的参加なのかという区別が考えられるが、

本稿は後者の権利保護的参加を念頭に置いている。

また、行政決定による分類(行政立法手続、計画策定手続、行政行為手続など)も可能であるが、本稿は行政行為発付手続への参加のみを考察の対象とする。

さらに、参加の内容も問題になる。すなわち、第三者が自己の権利利益の保護のために行政行為発付手続に参加するというとき、具体的に当該第三者は行政手続上いかなる権利を有し、義務を負うのか、たとえば聴聞(意見陳述)や文書閲覧、理由付記等を行政庁に要求できるのか、という問題であるが、本稿は直接この問題を扱うものではない。

本稿でいう手続参加とは、「手続関係人(Beteiligter)」たる地位の獲得を意味する。これは後述(1.(2))のように、聴聞請求権等具体的な手続的権利行使の前提条件である。したがって、ある者が手続関係人になりうるか否かという問題は、具体的な手続的権利を行使できるか否かという問題に劣らず重要であり、本稿の課題設定の動機はこの点にある。

(2) 第三者と名宛人

「第三者の手続参加」のうち「手続参加」が手続関係人たる地位の獲得の意味に限定されるとして、では「第三者」とはいかなる者を指すのであろうか。

通常、行政行為発付手続における第三者とは、行政行為の名宛人(相手方)以外の者を指すことが多い。この意味での第三者はさらに、当該行政行為に利害関係を有する第三者(第三者利害関係人)と全く利害関係を有しない第三者に分けることができよう。本稿は権利保護的参加のみを対象とするので、本稿の意味での手続参加をすることができるのは、前者の第三者利害関係人のみである。

ところで、第三者と名宛人は常に対立概念として用いられるわけではない。たとえば、「第三者に対する規制権限の発動を行政庁に要求する」という表現がなされることがあるが¹⁾、ここでは、規制的行政行為の名宛人であるのは「第三者」である。しかし、この表現が間違っているとはいえない。というのは、第三者の反対概念は本来「当事者」であって、「名宛人」ではないからである。ここでは、当該規制権限の発動を要求する者と行政庁との関係が中心になっており、この視点からすれば、この者を当事者と呼び、行政行為の名宛人を第三者と呼ぶことは可能であろう。

ただし、本稿では、断りのない限り、第三者とは、非名宛人を指すものとする。したがって、本稿の課題は、「いかにして、行政行為の名宛人以外の第三者が、当該行政行為の発付のための手続(行政行為発付手続)において、手続関係人たる地位を得ることができるのか」を明らかにすることである。

さて、叙述の順序であるが、まず、手続関係人という概念自体の性格と、手続関係人について一般的に問題になる論点を論じ(1.)、その後、第三者の手続参加の問題に入ることにする。

1. 手続関係人の基本的性格

(1) 手続関係人総説

ドイツ連邦行政手続法(以下、連邦行政手続法という)13条は、次のように定める²⁾。

「(1)手続関係人であるのは、次の者である。

1. 申請人および申請対立人 (Antragsgegner)
2. 行政庁が行政行為を発付しようとする者、または発付した者
3. 行政庁が公法契約を締結しようとする者、または締結した者
4. 2項に基づき、行政庁によって手続に参加させられた者

(2)行政庁は、職権により、または申立てに基づき、自己の法的利益が手続の結果によって影響されうる者を、手続関係人として参加させることができる。手続の結果が第三者に対して権利形成的効果 (rechtsgestaltende Wirkung) を持つならば、この者は、申立てに基づき手続関係人として手続に参加させられねばならない。この者が行政庁に知れているときは、行政庁はこの者に手続の開始を通知しなければならない。

(3)聴聞されるべき者は、1項の要件が存在しなければ、これによって手続関係人になるものではない。」

この手続関係人という術語は、行政手続、行政庁、行政行為等と並ぶ連邦行政手続法における「キー概念 (Schlüsselbegriff)」の一つであり³⁾、また13条は「キー規定 (Schlüsselnorm)」であるとされる⁴⁾。その理由は、手続関係人が、連邦行政手続法上予定された手続的権利義務の大部分につき、その帰属主体である点に求められる⁵⁾。たとえば、手続関係人は、情報提供請求権 (25条2文)、聴聞請求権 (28条1項)、文書閲覧請求権 (29条)、秘密保持請求権 (30条) を有し、事実調査への協力義務 (26条2項1文)、知っている事実および証拠方法を告げる義務 (26条2項2文) を負う。

ある行政手続 (ないし意図された行政行為) につき、実体法上の利害関係を持つ者は手続関係人に限られないが、以上のような手続的権利義務の主体として、手続関係人の範囲を規定する必要があるのである。したがって、手続関係人は利害関係人 (Betroffener) と区別されねばならない。

なお、連邦行政手続法の補充性条項 (1条) に基づき、特別法規定により、13条で定められた者以外の者に対し、手続関係人たる地位を与えることが可能である。

(2)手続関係人の基本的性格

手続関係人ないし手続関係人概念の基本的な性格として、以下の三点を挙げることができる。

第一に、手続関係人たる地位は、個別の具体的な手続的権利の帰属の「前提となる」地位にすぎない (前提性)。すなわち、手続関係人になったからといって直ちに聴聞請求権、文書閲覧請求権等を行行使できるわけではなく、各条項が定める権利行使の要件を充足しなければならないのである。したがって、手続関係人でない第三者が手続的権利を行行使するためには、まず13条に基づき手続関係人たる地位を獲得し、次いで各個別規定が定める要件を充足するという、二つの段階を経なければならない。

第二に、手続関係人概念は、申請人、名宛人、参加人等を包括する概念である (包括性)。わが国の行政手続法を見れば分かるように、手続的権利義務の帰属主体を定めるためには、手続関係人という概念を用いずとも、申請人や名宛人等の概念だけで十分である。しかし、連邦行政手続法は、あえて手続関係人という包括的概念を採用した。これは、特色的な立法技術である。13条1項により手続関係人たる地位を獲得した者は、1ないし4号のいず

れに該当するかにかかわらず、手続的権利を行使できる。したがって、手続関係人概念の包括性からはまた、各手続関係人の法的地位の対等性が帰結される⁶⁾。

ちなみに、学説の多くは、1ないし3号による手続関係人と、4号の参加人を区別する。たとえば、前者は、生来的手続関係人(geborener Beteiligter)と称される⁷⁾。これは、1ないし3号の場合には、手続関係人たる地位は、行政庁の「参加させる行為(Hinzuziehungsakt)」を要する4号とは異なり、行政庁の特別の行為なしに法律により直接(kraft Gesetzes)成立するということを意味している。あるいはまた、前者を必要の手続関係人(notwendig Beteiligter, notwendiger Beteiligter)と呼び、後者を非必要の手続関係人(nicht notwendiger Beteiligter)と呼ぶものもある⁸⁾。さらに、前者は、主たる手続関係人(Hauptbeteiligter)とも呼ばれる⁹⁾。しかし、これらの区別は、法的地位の非対等性を意味するものではない。

第三に、手続関係人概念は、行政裁判手続においても用いられる概念である(訴訟法との共通性)。すなわち、行政裁判所法63条は、行政裁判手続における手続関係人として、原告、被告、訴訟参加人(Beigeladener)等を掲げており、行政裁判所法65条は、訴訟参加の要件を規律する。そもそも、連邦行政手続法の1973年草案の理由書がすでに、13条について、「行政裁判所法63条の手続関係人概念へのできるだけ密接な適合」をうたっている¹⁰⁾。しかし、後に述べるように、この「密接な適合」が常に適切な帰結をもたらすとは限らない¹¹⁾。なお、先に挙げた前提性、包括性は、行政裁判手続における手続関係人にも妥当するであろう¹²⁾。

(3) 形式的手続関係人概念

最後に、形式的手続関係人概念(formeller Beteiligtenbegriff)について触れておきたい。連邦行政手続法は、手続関係人の範囲を確定するにあたって、形式的手続関係人概念を採用するとされる。しかし、この形式的手続関係人概念の意味内容については、少なくとも二つの異なる理解が存在するように思われる。

まず、多数説は、形式的手続関係人概念とは、手続関係人たる地位の成立が、実体法上の法的地位にかかわらず、申請、名宛、「参加させる行為」等の形式的標準のみによって判断されるということの意味する概念である、とする¹³⁾。これを形式標準説と呼ぶことができる。たとえば、受給権が実体法上存在しないとしても、給付の申請を行った者は、申請人として手続関係人たる地位を獲得するし、逆に受給権が実体法上存在するとしても、申請しない限り手続関係人たる地位を獲得しない。職権による行政行為の名宛人は、実体法上発付要件が存しないとしても、手続関係人たる地位を得る。やや問題となるのは4号の参加人の場合である。すなわち、「参加させる行為」という形式的標準のほかに、実体的利害関係の可能性も手続関係人たる地位成立の要件とされるからである(13条2項を参照)¹⁴⁾。しかし、実体的利害関係の可能性が実際には存在しなくても、参加させられた者は手続関係人になるのであるから、この場合にも「参加させる行為」という形式的標準のみが決定的であるといえよう。

これに対し、形式的手続関係人概念により、手続関係人たる地位の成立のためには、行政庁の特別の行為(「設定行為(konstitutiver Akt)」と呼ばれる)が必要であることが導かれるとする見解がある¹⁵⁾。設定行為説と呼ぶことができる。この見解は、形式的標準にの

み決定的な地位を与える点で、形式標準説と共通するが、形式的標準のうち、設定行為にしか意味を認めない点で異なる。この見解によれば、そもそも「参加させる行為」という行政庁の設定行為を前提とする参加人に加えて、申請人、申請対立人、名宛人についても、行政庁の特別の行為が必要である。形式標準説との違いは、特に、申請人の手続関係人たる地位の成立時点について顕著になる¹⁶⁾。すなわち、設定行為説によれば、申請が行政庁の許に到達 (eingehen, zugehen) したときに、申請人は手続関係人たる地位を獲得するという見解が否定される。行政庁による設定行為がない限り、申請人は、手続的権利を行使し得ない¹⁷⁾。これに対し、形式標準説によれば、行政庁が何ら活動をしない場合であっても、申請の到達という形式的基準に基づき手続関係人たる地位を申請人に与えることが可能になる。

設定行為説に対しては、次のような批判が可能である。第一に、前述の通り、13条1項1号ないし3号に基づく手続関係人は、「法律により直接」手続関係人たる地位を得るのであって、「参加させる行為」を要しない点で4号の参加人と区別されるはずである。このことと、設定行為説は矛盾するのではないか。第二に、設定行為説によれば、手続関係人による手続的権利行使の可能性が、行政庁の恣意に委ねられるのではないか¹⁸⁾。

いずれの説を採るにせよ、形式的手続関係人概念の妥当の結果、実際には実体法上利害関係が存しないにもかかわらず、手続関係人になる者も生じうる¹⁹⁾。

さて、13条1項において規定された手続関係人のうち、第三者の手続参加として理解されるのは、まず、4号の参加人 (Hinzugezogener) であろう。しかし、それに加えて1号に掲げられた申請対立人をも取り上げる必要がある。というのは、申請対立人という言葉自体を素朴に読めば、申請に基づく行政行為の発付に対し、利害の対立する第三者が手続関係人であるとも理解できるからである。この理解に従えば、たとえば、ある者が自己の所有地につき建築許可を申請したとき、当該許可によって事実上の不利益を受ける (おそれのある) 隣人が存在する場合、この隣人たる第三者の利害は、建築主たる申請人の利害と対立しているので、申請対立人として手続関係人たる地位を得ることになる。だが、果たしてこの素朴な理解は正しいのか。このような問題意識を持ちつつ、以下、「申請対立人」について検討する。

2. 申請対立人

(1) 申請対立人の概念

1) 申請対立人概念の導入の経緯とその評価

申請対立人という概念は、行政裁判所法との平行性 (Parallellität) に鑑み連邦行政手続法に導入された。

前述 (1.(2)) の通り、これは「行政裁判所法63条の手続関係人概念へのできるだけ密接な適合」の結果である。すなわち、「行政裁判手続においては、まず第一に、原告および被告、したがって、裁判所の決定を求める者または決定がその者に対し求められるところの者が手続関係人である。それに対応して、行政手続においてはまず第一に申請人および申請対立人が手続関係人として挙げられねばならない」(模範草案理由書)²⁰⁾。こうし

て、原告と申請人、被告と申請対立人がパラレルに捉えられる。しかし、それ以上の概念規定を草案理由書も、連邦行政手続法自体も行わなかった。それ故、いかなる者が申請人および申請対立人に該当するのかは、判例および学説に委ねられる。

この判例・学説を検討する前に、申請対立人という概念の連邦行政手続法への導入自体に消極的評価を下す見解を見ておきたい。

まず、Bonkは、以下のような理由で、申請人と申請対立人という対概念 (Begriffspaar) の採用がミスリーディングであるとする。すなわち、「対審的な行政裁判手続においては、通常、市民と行政庁が原告および被告として互いに対立しているのに対し、行政手続は、行政庁自身によって実施されるからである。行政庁は、法的意味においては、申請対立人その他の手続関係人ではなく、その運営者である」²¹⁾。敷衍してみると、行政庁は行政裁判手続においては被告側の立場にあることから、この対概念の採用の結果、手続を実施する行政庁 (verfahrensführende Behörde、以下、手続実施行政庁とする) が申請対立人として扱われるおそれがあり、したがって誤解を招くというのが、Bonkの主張であろう²²⁾。しかし、原告——被告(行政庁)——裁判官の三者関係を基礎とする行政裁判手続を行政手続に平行にずらすと、申請人——申請対立人——手続実施行政庁という図式になるのではないか。ここでは、手続実施行政庁は裁判官(裁断者)の地位を占めるのであって、申請対立人として扱う方がむしろ特異な理解であろう²³⁾。もちろん、行政手続において行政裁判手続のような対審構造が常に存するわけではないが、そのような対審手続、あるいはそれに準じた紛争裁断手続が存在する限りで、この図式を認めることは可能である。したがって、この批判はあまり説得的でないと思われる。

次に、Borgsは、立法過程自体に目を向ける。彼によれば、申請人と申請対立人という対概念の採用によって、「部外者たる、事案中立的な行政庁が対立的手続関係人 (kontrovers Beteiligte) の間で行われた法的紛争を裁断するという状況が意図されているというのはいえぬ」。むしろ、この対概念は、行政裁判所法63条に対する「軽率なアナロジー」によって連邦行政手続法に取り入れられたにすぎない²⁴⁾。

もっとも、たとえこの批判が正しくても、立法者意思にとらわれることなくこの文言を解釈することは可能であろう。しかし、Borgsは続けて次のように述べる。すなわち、たとえ立法者が上述のような対審的手続を念頭に置いていたとしても、「これは、基本法92条により裁判所に留保された、実質上裁判的な活動 (materiell-richterliche Tätigkeit) とみなされねばならない」²⁵⁾。権力分立論上、行政手続においては対審手続がありえない、という主張である。しかし、裁判手続のような純然たる対審手続でなくても、私人間の紛争を行政庁が裁決する「紛争裁断的行政行為 (streitentscheidender Verwaltungsakt)」の存在は認められている²⁶⁾。このような場合には、申請人と申請対立人の対立関係が存在する可能性がある。

さて、すでに触れたように、立法過程において「軽率さ」があったとしても、規定の解釈適用はそれとは独立してなされる。以下では、諸学説が申請対立人という文言にいかなる意味を与えたかが検討される。

2) 申請対立人の概念—三つのアプローチ—

申請対立人の定義は、論者によって千差万別である。

一例を挙げると、Laubingerは、申請対立人を「申請が向けられる者、すなわち、その者に不利に（zu dessen Lasten）行政庁が決定することになる者」と定義する²⁷⁾。これに対し、より広範なものとしては、「申請された行政行為によって自己の権利が侵害され、もしくは自己の法的地位が向上（verbessern）させられることになる者、または行政行為によって法関係もしくは個別の権利義務が確認されることになる者」²⁸⁾が挙げられる。しかしながら、いずれの定義も、その意味するところが十分明確とは言いがたい。したがって、申請対立人の定義よりも、各論者が申請対立人の具体例として示すものを取り上げる方が、より理解に役立つ。そこで、具体例を抽出、整理してみると、大きく分けて三つのアプローチが存在することが明らかになる^{29) 30)}。

第一に、申請人が発付を申請した行政行為³¹⁾が、いわゆる「二重効果的行政行為（Verwaltungsakt mit Doppelwirkung）」ないし「紛争裁断的行政行為」である場合に、申請対立人が存在するというアプローチが存在する³²⁾。ここでよく取り上げられる例は、連邦狩猟法29条以下に基づく野生動物被害（Wildschaden）および狩猟被害（Jagdschaden）の主張のための手続である³³⁾。これは、紛争裁断的行政行為の発付手続であると解される³⁴⁾。紛争裁断的行政行為としては、この他に、地方自治体間の財産分配に関する県庁（Bezirksregierung）の決定³⁵⁾、建設法典112条に基づく収用行政庁の決定³⁶⁾等が挙げられる。行政裁判手続において原告と被告が判決の名宛人であるように、申請人および申請対立人は、共に紛争裁断的行政行為の名宛人である。これが立法趣旨に最も適合する例であることは明らかであろう（2. (1) 1）の参照^{37) 38)}。

「二重効果的行政行為」については、厄介な問題が生じる。というのは、この術語によって意味されるのが、利益の対立する複数の名宛人を持つ行政行為であるのか、それとも申請人のみが名宛人で、第三者に事実上の不利益を及ぼすにすぎない行政行為なのかが不明確であるからである。学説の一部では、前者を「二重効果的行政行為」と称し、後者を「第三者効を持つ行政行為（Verwaltungsakt mit Drittwirkung）」と称することによって、両者を区別する用語法が主張されたが³⁹⁾、一般に定着したとは言いがたい⁴⁰⁾。取消訴訟の出訴資格の有無という文脈においては両者を区別する必要は存在しないのであるが⁴¹⁾、行政手続における手続関係人たる地位の獲得という文脈においては、この区別は大きな意味を持つ。後者の場合でも申請対立人として当該第三者に手続関係人たる地位が賦与されるとすれば、第一章末尾で述べた「素朴な理解」が正しかったことになる。

しかしながら、おそらくは、第三者利害関係人は申請対立人たり得ない。申請対立人とされるためには、行政行為の名宛人でなければならないであろう⁴²⁾。ここでの「二重効果的行政行為」は、複数の名宛人をとるものとして理解されねばならない。前述の紛争裁断的行政行為も、この意味での二重効果的行政行為である。利害関係ある第三者は、13条1項4号および13条2項に基づき、参加人として手続関係人になりうるにすぎないと考えるのが妥当であろう⁴³⁾。このように解しないと、参加規定が空文化してしまうであろう⁴⁴⁾。ちなみに後述の通り、13条2項2文に基づき参加させることが義務付けられる事例（必要的参加をもたらす事例）の典型例としてもこの二重効果的行政行為が示されており、誤解を招くものである。

やや不可解な叙述を行うのはAlpertである。彼は次のように述べる⁴⁵⁾。

「13条1項1号ないし3号に基づく手続関係人は、原則として行政庁の措置の名宛人で

ある。この基本的叙述の例外は、13条1項1号により、申請手続について認められる。それによると、申請人および申請対立人が手続関係人である。しかし、名宛人でありうるのは、申請人が申請対立人かのいずれか一方にすぎない(傍点筆者)。

したがって、この叙述によれば、名宛人を複数とる二重効果的行政行為の場合が除外される。さらに、申請人と申請対立人のうち申請人のみが名宛人である場合とは、とりもなおさず申請対立人が第三者利害関係人である場合であろう。Alpertの次の叙述も、この理解を裏付ける。「それ故、13条1項1号は『隠れた第三者参加 (verdeckte Drittbeteiligung)』を含んでおり、それは、手続関係人たる地位の成立については、本来ならば13条1項4号および13条2項に位置付けられねばならないであろうものである」⁴⁶⁾。なお、申請人と申請対立人のうち申請対立人のみが名宛人である場合とは、後述する第二のアプローチにおいて出現するものである。

ちなみに、名宛人であるならば13条1項2号に該当するのではないか、という疑問が生じるかもしれないが、13条1項2号は職権手続における名宛人のみを予定しており、申請手続における名宛人については、適用されえない⁴⁷⁾。

第二のアプローチは、第三者を名宛人とする行政行為——主として、職権により発付されうる規制行政行為が念頭に置かれる⁴⁸⁾——の発付の要求を「申請」と捉え、当該第三者(=行政行為の名宛人)を申請対立人とする考え方である^{49) 50)}。この場合でも、「申請人」が求めた行政行為は二重効果的行政行為(「第三者」=名宛人に対して侵害的、「申請人」にとって授益的)であるのだが、第一のアプローチとは異なり、「申請人」は当該行政行為の名宛人ではない。この「申請」は、わが国では一様に職権発動の申出と把握されるであろう。このアプローチについては、次節で詳しく検討する(2.(2))。

第三に、手続実施行政庁を申請対立人と把握する見解がある⁵¹⁾。全くの少数説である。行政庁に手続的権利を与えることが無意味であることは容易に理解できよう⁵²⁾。

さて、第一のアプローチによれば、申請対立人は名宛人でなければならない。とすれば、13条1項1号における並置にもかかわらず、申請人だけ存在して申請対立人は存在しない場合が生じることになる⁵³⁾。したがって、申請人の存在は申請対立人の存在を必ずしも根拠付けないが、逆に、申請対立人の存在は、申請人の存在、したがって申請の存在を前提とする。そこで、申請概念を検討する必要性が生じる⁵⁴⁾。第三者を名宛人とする行政行為の発付を求める申出が連邦行政手続法13条の意味における申請と評価されないならば、この場合には申請も、申請人も、したがって申請対立人も存在しないことになり、第二のアプローチは否定されることになる。以下では、節を改めてこの問題を検討する。

(2) 職権発動の申出と申請

1) 第二のアプローチに反対する見解

申請対立人に対する第二のアプローチを認めるか否かという問題に際しては、第三者の手続参加という本稿の主題にとっては、第三者を名宛人とする行政行為の発付を申し出た者の地位がむしろ問題となる。彼は、申請人として手続関係人たる地位を得るのか、それ

とも行政庁が職権によって行政行為発付手続を実施する場合に「参加させる行為」によってのみ手続関係人になりうるのであろうか。

まず、第二のアプローチに反対する見解を紹介する。

Laubingerは次のように述べる⁵⁵⁾。「行政庁が職権により介入しなければならない、あるいは介入することが許される者は、申請対立人ではない」。さらに、その具体例として、以下のような叙述を行う。

例：土地所有者Aは、建設管理局（Bauordnungsamt）に、当該建築行為が隣人保護規定に違反しているという理由で、隣人Bの建築行為を差し止めるよう求めた。建設管理局は職権により介入しなければならないので、Aの要請は申請ではない。それ故、Aは13条1項1号の意味における申請人ではなく、Bは13条1項1号の意味における申請対立人ではない。行政庁がAの動機付け（Anregung）に基づきBに対して手続を開始した場合、このBは、将来の差止処分あるいは除却処分の名宛人として、13条1項2号に基づく手続関係人であり、Aは、あるいは13条2項に基づき参加させられねばならないであろうかも知れない。それによって、Aはその後、13条1項4号の意味における手続関係人になる。

このように、Laubingerは、職権による行政行為の発付を求める要請は申請ではないとするのであるが、ここで注意を要するのは、「職権により介入しなければならないこと」に重点が置かれており、「当該行政行為の名宛人が行政行為発付要求者とは異なる第三者であること」は特に問題とされていない、という点である。また、手続を職権により開始することを求める申出は「動機付け」と呼ばれ、申請と対置されているが、この動機付けと申請の区別については後で触れる。

Alpertは、異なる理由から、このアプローチに反対する⁵⁶⁾。まず彼は、法律体系的観点重視する。すなわち、第二のアプローチによって申請対立人と捉えられる者は、同時に13条1項2号に基づく行政行為の名宛人でもある。それ故、彼は13条によって二重に把握されている。しかも、この13条による二重把握は、第三者に対する職権発動を要求した者にも妥当する。なぜなら、彼は13条1項1号に基づく申請人であると同時に、本来なら13条1項4号および13条2項に基づき参加させられるべき第三者であるからである。そして、彼に申請人としての手続関係人たる地位を賦与することは、要件上、より厳格な第三者参加規定（13条2項）を駆逐することになり、さらに、第三者の参加に関する行政庁の手続裁量を奪う結果になるであろうと、Alpertは主張するのである⁵⁷⁾。

次に権利保護の観点からこのアプローチを承認することに対しては、行政行為の第三者は、第三者参加規定によって十分に保護されていると反論する。そして最後に彼は、行政手続の効率性を理由に挙げる。すなわち、「潜在的秩序妨害者（Störer）に対し秩序法上の処置をとれとの要求のみによって手続関係人たる地位が成立するならば、このことは、手続関係人に帰属する諸権利に鑑み、行政の実効性を侵害するであろう」⁵⁸⁾と述べる。

これに対し、このアプローチを採用する論者は、いかなる論拠に依拠しているのだろうか。これを解明するために、以下では二つの方法による検討を行う。一つは、申請概念の

メルクマールを探るという作業である(2.(2)2))。第二のアプローチを採る論者は、申請概念をどのように把握しているのであろうか。第二の方法は、第三者を名宛人とする行政行為の発付を要求する者を申請人と捉えるか、それとも参加人として手続関係人たる地位を獲得すると考えるかによって、いかなる結論の相違が生じるかを調べるというものである(2.(2)3))。第二のアプローチにおいては、彼を申請人と捉えることに何らかのメリットが見出されうるのではないだろうか。

2) 連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請の概念のメルクマール

最広義における申請(Antrag)とは、あるいは「他の法主体に向けられた、作為、受忍または不作為を求めるすべての要求」⁵⁹⁾とされ、あるいは「それによってある者が行政給付(Verwaltungsleistung)を求めるすべての言明(Erklärung)」⁶⁰⁾と述べられるが、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請概念については、これらの定義に一定の限定を加えねばならない。Borgsが述べるように、「『申請』と称された行政庁に対するすべての要請から、手続参加が生じるのではない」⁶¹⁾のである。

そこで、まず申請の対象が明確化されねばならない。ここで問題となっているのは、連邦行政手続法の意味における行政手続上の申請である。連邦行政手続法9条によると、本法における「行政手続」とは、「行政行為の要件の審査、準備および発付、または公法契約の締結に向けられている、対外的に効力を有する行政庁の活動」である。したがって、「行政行為の発付または公法契約の締結を求める要求」のみが、ここでいう申請である⁶²⁾。事実行為や民事法上の行政活動の実施を求める市民の意思表示は、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請からは排除されることになる⁶³⁾。もっとも、これらはより広い意味での申請の対象になりうるのである⁶⁴⁾。

さて、本稿の考察の対象は、行政行為発付手続に限定される。それ故、以下ではもっぱら行政行為の発付を求める意思表示を申請と呼ぶことにする。したがって、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請概念の第一のメルクマールは、「行政行為の発付を求める意思表示であること」である。ここでは、発付を要求された行政行為の性質——たとえば、授益的であるか侵害的であるか等——について、いまだ特別な限定は加えられていない。

第二のメルクマールとして挙げることができるのは、行政行為の発付を求める意思表示が、「表明者の固有の個人的利益のために」なされること、である。コンメンタール等で「自己の事案において(in eigener Sache)」申請がなされねばならないと述べられるのは、このことを表している⁶⁵⁾。したがって、もっぱら他者の利益あるいは公益のために行政行為の発付を求めたとしても、それはここでの申請とはみなされない。

以上の二つをメルクマールとすることには、おそらくすべての論者が合意していると思われる。このうち、本節の検討にとって問題となるのは第二の「個人的利益」要件である。第三者を名宛人とする行政行為の発付を求める要請の中には、もっぱら公益や他人の利益のためになされるものがあるが、これは申請ではない。これに対して、当該行政行為が発付されることにより、自己の固有の個人的利益が保護、回復されるような場合には、第二のメルクマールを充たしている⁶⁶⁾。たとえば、大気汚染物質を排出している工場に対する改善命令の要求を取り上げよう。現実にはぜんそく等の健康被害を被っている周辺住民によ

る要求と、当該汚染物質により枯死するおそれのある樹木の保護のためになされる環境保護団体による要求とは、区別して考えることができるのである。

申請のメルクマールとして、第三に、発付を要求された行政行為の名宛人が、この要求の意思表示者自身でなければならないか否か、が問題となる。これを肯定すれば、第三者を名宛人とする行政行為の発付を求める意思表示は、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請たりえず、その結果、申請対立人に関する第二のアプローチは頓挫することになる。

この点につき、申請のメルクマールとして行政行為の名宛人と行政行為発付要求者が一致することを明確に求める者はいないと言ってよい。第二のアプローチを否定する前述のLaubingerも、行政行為の名宛人が第三者であることを問題視した訳ではなかったのである。

第四に、申請のメルクマールとして挙げられるのは、行政行為の発付を求める意思表示が「申請手続 (Antragsverfahren)」においてなされねばならない、というものである⁶⁷⁾。申請手続は、職権手続 (Amtsverfahren) と対置される。

この「申請手続要件」もほぼ一般的に認められているとあってよい。しかし、問題は「申請手続」とは何か、である。

この問題の解明の前に、まず行政行為発付手続の類型を以下のように整理しておくのが便宜である。およそ行政行為発付手続は、①申請が手続開始⁶⁸⁾の前提であるもの(申請がなければ手続を開始できないもの)、②申請によっても職権によっても開始されるもの⁶⁹⁾、および③職権によつてのみ開始されるものに分けることができる。いずれに該当するかは、法規定が明示的に定めていない場合には、解釈によって読み取ることが必要である⁷⁰⁾。次に、手続開始義務が申請の要件ないし効果であるか否か、つまり申請があれば行政庁は手続を開始しなければならないか、という問題がある。この点につき、手続開始義務が原則であるとしながらも、申請があっても手続を開始しなくてよい場合があることを認める見解が少なくない⁷¹⁾。そうであるとすると、行政行為発付手続は次のように類型化されよう⁷²⁾。

- ① a 申請が手続開始の前提であり、申請がなされれば手続を開始しなければならないもの、
- ① b 申請が手続開始の前提であるが、申請があっても手続を開始するかどうかは行政庁の裁量に委ねられるもの、
- ② a 申請がなくても職権で手続を開始することができるが、申請がなされれば手続を開始しなければならないもの、
- ② b 申請がなくても職権で手続を開始することができ、申請があっても手続を開始するかどうかは行政庁の裁量に委ねられるもの、
- ③ そもそも職権によつてのみ手続が開始されるもの、すなわち、申請に基づく手続開始がありえないもの。

この手続類型のうち、法規定上、申請が手続開始の前提である場合すなわち申請がなければ手続を開始することができない場合、したがって類型①aおよび①bが申請手続に当たることについては、争いが無い。また、③の類型が申請手続に当たらないことも原則と

して承認されている（後述のように例外がある）。問題は、②の類型である。この類型では、手続は、職権によるのみならず、申請によっても開始される。②aの類型のみを申請手続に含める見解⁷³⁾と、②a、②bともに申請手続に含める見解⁷⁴⁾が対立している。前者の立場に立てば、②bの類型における「申請」とはもはや申請ではなく、②bの類型は③の類型に吸収されることになる。また、後者の立場に立つとき、②bの類型と③の類型の違いが微妙になるが、職権による侵害的行政行為の発付によって、個人的な利益を得る第三者が存在しえないような場合、当該行政行為の発付手続は、申請の第二のメルクマールの欠如により、③の類型にのみ該当することになる。

いずれにせよ、この申請手続においてのみ、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請人および申請対立人が存在しうるのである⁷⁵⁾。これに対して職権手続とは、申請とは無関係に職権によって実施される手続である。職権手続において、手続の開始を、さらには手続の所産である行政行為の発付を市民が求めても、それは単なる動機付けにすぎず、申請ではない。行政庁はこの要求を無視して、手続を開始しないことが許される⁷⁶⁾。また、要求された行政行為を発付するか否かについて、当該要求をした市民に応答する必要もない⁷⁷⁾。

さて、申請手続要件は、要するに法令上、申請に基づき行政庁が手続を開始し、行政行為の発付要件を審査した後、申請に対し応答するというシステム（これを「申請システム」と呼ぶことができる）が存在していることを要求するものだといえる。したがって、法令上申請システムが存在していないと解釈される場合には、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請はありえないことになる。また、行政行為に着目すれば、法令上申請システムに従って発付されると解される行政行為が、申請に基づく行政行為である。いずれにせよ、決定的なのは法規定の解釈である。

このことを前提に、申請対立人に対する第二のアプローチと、申請手続要件の関係を検討してみる。

ここで問題となっているのは、行政庁が少なくとも職権によって発付することができる規制行政行為である。前述のLaubingerの事例において扱われた建築差止処分がその例である。職権によって発付できるというのは、行政庁は市民の申請がなくても手続を開始し、行政行為の発付要件を審査し、発付要件が充足されていると行政庁が考えた場合にのみ行政行為を発付できるということである。さて、このような行政行為に対しては、その根拠法令の解釈により、以下のような多様な理解がありうる。

第一に、職権によってのみ発付される行政行為であるとの理解である。この行政行為の発付手続は、上述の行政手続の類型のうち、類型③に当たる。したがって、申請手続ではない。市民がこの行政行為の発付を行政庁に対し要求したとしても、それは「動機付け」にすぎず、行政庁はそれを無視し、手続を開始しなくともよい。また、たとえこの動機付けによって行政庁が手続を開始したとしても、当該市民は「申請人」として当然に手続関係人たる地位を得ることはできず、行政庁による「参加させる行為」を待たなくてはならない。Laubingerは、建築差止処分につき、このように理解していると思われる⁷⁸⁾。

第二に、法規定の解釈上、この行政行為が職権によっても申請によっても発付できるものであると理解される場合がありうる。すなわち、上述の類型②に当たる場合である。ここで、前述の、類型②aのみを申請手続と把握する見解によれば、当該行政行為の発付を

求める市民の要求は、それによって行政庁が手続開始義務を負うと解釈される場合のみ、申請と解され、この市民は申請人として、また当該行政行為の名宛人は申請対立人として、この手続における手続関係人になる。これに対し、②bの類型の場合であっても申請手続でありうるとする立場からは、このような行政庁の手続開始義務は必ずしも必要ではなく、行政庁がその裁量により手続を開始すれば、やはりこのことが妥当する。もっとも、この場合、行政行為の発付を求める市民の要求は、現象としては職権発動のきっかけたる動機付けと区別しえないのではないかという疑問が生じる。

第三に、次のような理解がある。すなわち、当該行政行為は本来は職権によってのみ発付される行政行為であり、市民の発付要求は動機付けにすぎず、行政庁は手続開始裁量を持つのであるが、一定の要件の下でこの手続開始裁量がゼロに収縮し、手続開始義務へと転化した場合は、この「動機付け」も「申請」へと転化し、この市民は当該行政手続において申請人として、また行政行為の名宛人は申請対立人として、手続関係人たる地位を得る、というものである⁷⁹⁾。これは、③の類型であっても、例外的に申請手続に含める見解である。動機付けから申請への、そして職権手続から申請手続への転化を認めるのが特徴である。もっとも、この場合、法規定の解釈上、②aの類型に該当するものとして扱う余地も残されているであろう。そうすれば、上記のようなやや技巧的な解釈（動機付けから申請への転化）を行わなくても済む。

ところで、この第三の見解によれば、いかなる場合に手続開始裁量がゼロに収縮するのだろうか。

ここで、Stelkens / Schmitzの見解が参考になる。彼らはまず、申請と動機付けを明確に区別する⁸⁰⁾。しかし、次のように述べる。「この動機付けと、申請により主張された・第三者、たとえば建築法上の隣人に対する介入請求とは区別されねばならない」⁸¹⁾。このように、第三者を名宛人とする行政行為の発付要求をも申請と捉える可能性を認める。ところで、これとは別に、建築法上の隣人に対する介入について、実効的な建築法上の隣人保護のためには、介入目的を持った行政手続の開始についての行政庁の裁量をゼロに収縮させねばならないことが主張されている⁸²⁾。この手続開始裁量のゼロ収縮は、建築法領域に限られない。警察法および秩序法領域において、「行政庁は、生命、健康もしくは自由のような重要な法益が脅かされており、またはその他の重大な損害（物質的・財産的なものも含まれる）のおそれがある場合には、活動しないことは許されない。これらの場合には、行政庁は、事実状況を審査するために手続を開始しなければならない。実体的決定裁量〔行政行為の発付についての裁量〕が残っている場合ですら、行政手続の開始に関する手続裁量は、侵害的行政行為の要件審査を可能にするために、義務へと高まりうる」⁸³⁾。したがって、重大な法益侵害のおそれ等がある場合には、まず職権による手続開始義務があることが確認される。

ここで、重大な法益侵害のおそれといった情報は、行政庁自身の調査や市民からの単なる情報提供によるだけでなく、市民の固有の個人的利益に基づく行政行為発付の要求によっても獲得される。これは、本来は単なる動機付けにすぎないかもしれないが、手続開始裁量をゼロに収縮させるために、申請と解されることになる訳である。

さて、この理解によれば、まず、手続開始裁量がゼロに収縮しうる職権手続は、すべて

申請手続に転化する余地があることになろう。これは、職権手続と申請手続の区別の相対化を意味する。

次に、申請の第二のメルクマールである個人的利益要件について、一定の限定を加える必要が出てくる。すなわち、手続開始裁量をゼロに収縮させるほどの重要な法益でなければならぬであろう。あるいは侵害の程度が重大でなければならぬであろう。そうでない場合、行政行為の発付要求は、動機付けと解されよう。

しかし、この理解に対しては、以下のような反論が当然可能である。すなわち、重大な法益侵害のおそれを理由とする手続開始裁量のゼロ収縮は、なるほど、一見市民による意思表示（「申請」）によって生じたように見えるが、法的には、そのような事情があれば職権によっても手続を開始しなければならなかったのであり、当該意思表示は手続開始のきっかけ、まさしく「動機付け」にはほかならないのだ、という反論である。

また、そもそも職権による手続開始について裁量の余地がないような場合については、どのように考えるべきか、という問題がある。

以上の議論を整理すると、次のようになろう。まず、自己の個人的利益のために行政行為の発付を要求するものが申請である。次に、第三者を名宛人とする行政行為の要請も申請でありうる。第三に、法規定上、申請システムが存在しなければならないが、技巧的な解釈を行えば、一般には職権による行政行為であると思われるものについても、その存在を肯定することができる。それには二つの方法があって、一つは、当該行政行為が実は申請に基づく行政行為でもあることを法規定から導く方法であり、もう一つは、重要な権利利益の保護等のために当該行政行為の発付が必要である場合、手続開始裁量のゼロへの収縮を媒介として、動機付けから申請への、ないし職権手続から申請手続への転化を認めるという方法である。

以上、申請対立人概念に対する第二のアプローチと、連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請概念の調和可能性を探った。これは、第二のアプローチの理論的根拠を解明する作業であった。次に、実質的根拠を検討する。

3) 機能的考察—構成の違いによるメリット・デメリット—

まず、第三者を名宛人とする行政行為の発付を求める者を申請人と解する理論構成を「申請人構成」と呼び、これに対し、この者はただ職権により開始された手続への、行政庁による「参加させる行為」によってのみ手続関係人になりうるとする理論構成を「参加人構成」と呼ぶことにする。行政行為の名宛人は、申請人構成にあつては連邦行政手続法13条1項1号の申請対立人として、参加人構成にあつては連邦行政手続法13条1項2号の意味における名宛人として、手続関係人たる地位を獲得することになる。

さて、申請人構成は参加人構成に対していかなる利点を持っているのだろうか⁸⁴⁾。

まず第一に、手続関係人たる地位を獲得するための要件が異なる。すなわち、参加人構成の方が、要件が厳格である。まず、当然行政庁の「参加させる行為」が必要になる。これに対し、申請人は、「参加させる行為」を要することなく、法律上当然に手続関係人た

る地位を得るとされている(1.(3)参照)。次に、13条2項は、「参加させる行為」を行政庁の裁量に委ねる単純参加(1文)と、それを行政庁に義務付ける必要的参加(2文)とを区別するが、この必要的参加に該当するためには、発付を要求された行政行為が要求した者にとって権利形成的効果を持たねばならず、さらに、参加の申立てが必要である。もちろん、権利形成的効果を広く解したり、行政行為発付の要求を参加の申立てとみなす⁸⁵⁾などの方法によって、要件の緩和を図り、申請人構成に近づけることはできようが、それならば、最初から申請人構成を採った方が直截的であろう。

第二に、行政行為を発付するか否かについて行政庁に応答義務が存在するか否かという違いがある。参加人構成の場合、職権によって手続が開始される。行政庁は、行政行為発付要件の審理の結果、行政行為を発付することに決定した場合は、連邦行政手続法41条1項⁸⁶⁾に基づき、当該行政行為を参加人にも告知しなければならないが、行政行為を発付しないことに決定した場合、それは内部的決定にすぎず、対外的に示す必要はない。これに対し、申請人構成にあっては、行政庁は、申請に対して諾否の応答義務を負う⁸⁷⁾。申請によって開始された手続は、申請人の死亡等特別の事情がない限りは、申請人による申請の取下げか、行政庁による申請認容処分または申請拒否処分によって終結するはずである。さて、ここでの申請認容処分とは、まさに申請人が発付を要求した行政行為であろう。申請人に対しては、41条1項により、この行政行為が告知される⁸⁸⁾。では、行政庁が要件審査の結果、結局当該行政行為を発付しないという結論に到った場合はどうなるのか。私見では、行政庁はこの場合でも、申請人に対し申請拒否処分を、理由を付記して発付しなければならないと考えられる。したがって、参加人構成では、たとえ市民の動機付けによって手続が開始されたとしても、行政庁が行政行為を発付しないと決断した場合、当該市民に対して行政庁は応答義務を負わないが、申請人構成では、当該市民に対し、きちんと応答しなければならないのである。この点で、申請人構成は参加人構成に対して利点を持っているのではないだろうか。

以上、連邦行政手続法13条1項1号を介して、行政行為の名宛人にあらざる第三者が手続関係人たる地位を獲得できるか否かを検討した。次に、13条1項4号および2項に基づく参加人をめぐる法問題を検討する。

注

- 1) 文言は多少異なるが、同趣旨の表現として、たとえば、原田尚彦『訴えの利益』(弘文堂、1973年)、81頁以下、阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993年)251頁以下。
- 2) 13条に関する先駆的業績としては、海老沢俊郎『行政手続法の研究』(成文堂、1992年)、135頁以下がある。
- 3) Laubinger, in : Carl Hermann Ule / Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl, 1995, S. 162 ; Frank Alpert, *Zur Beteiligung am Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes*, 1999, S. 1f.
- 4) Friedhelm Hufen, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 3. Aufl., 1998, Rn. 163.
- 5) 例外として、連邦行政手続法73条4項を挙げることができる。それによると、計画確定手続において、計画に対する異議申立権を持つのは、「事業によって利害が影響される者すべて(Jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden)」である。

- 6) Bonk, in: Paul Stelkens / Heinz Joachim Bonk / Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 5. Aufl., 1998, § 13 Rn. 25. もちろん、手続的権利の性格や、その行使要件によって、手続関係人の中で差異が生じることはありうる。たとえば、28条が定める聴聞請求権は、職権不利益処分の名宛人には与えられるが、授益的処分を求める申請の拒否処分の名宛人たる申請人には与えられないというのが、判例の立場である(これについては、さしあたり、高木光『技術基準と行政手続』(弘文堂、1995年)140頁以下および海老沢(注2)166頁以下を参照)。
- 7) Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 5; Wolfgang Clausen, in: Hans Joachim Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 7. Aufl., 2000, § 13 Rn. 7; Alpert (Anm. 3), S. 79.
- 8) Alpert (Anm. 3), S. 79. これに対し、13条1項4号および13条2項2文に基づくいわゆる必要的参加人をも必要的手続関係人に加えるものとして、Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 7; Ferdinand O. Kopp, *Der Beteiligtenbegriff des Verwaltungsverfahrensrechts*, in: Walter Schmitt Glaeser (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, 1977, S. 159 [165].
- 9) Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 12; Alpert (Anm. 3), S. 108ff.
- 10) *BT-Drucksache 7/ 910*, S. 43.
- 11) (特に参加の問題について) 行政裁判所法の類推適用に慎重な見解として、Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 29. 積極的な見解として、Ferdinand O. Kopp / Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl., 2000, § 13 Rn. 3, 34.
- 12) もっとも、法的地位の対等性についてはその限りでない。というのは、行政裁判所法66条により、65条1項に基づく単純訴訟参加人は、主たる手続関係人の申立ての範囲内でのみ独自の攻撃防御方法を行使できるにすぎないが、65条2項に基づく必要的訴訟参加人は、主たる手続関係人のそれとは異なる本案の申立て (Sachantrage) をなすことができると規定されるからである。
- 13) Alpert (Anm. 3), S. 61; Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 4; Magnus Riedl, in: Klaus Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl., 1999, § 13 Rn. 3.
- 14) この点に鑑み、4号の参加人については「拡張された形式的手続関係人概念」が妥当すると主張するものとして、Alpert (Anm. 3), S. 61.
- 15) Kopp (Anm. 8), S. 175 (<手続関係人たる地位の設定 (Begründung) のためには常に、対外的に認識可能な行政庁の行為が必要である。申請人の場合には、申請の実施のみならず、行政庁による申請の受理 (Entgegennahme) が、申請対立人、名宛人、参加人の場合には、彼に対する相応の決定の通知が必要である。行政庁内の内部決定や単なる文書の処理では足りない> (なお、< >は、当該括弧内の文が、原文の要約であることを示す記号である)). ただし、Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 8を参照。ここでは、申請人については、申請の実施(行政庁の許への申請の到達)で足りるとされる。
- Martensは次のように述べる。すなわち、13条は、手続関係人たる地位を根拠付ける規定ではなく、そこに掲げられた者に手続関係人たる地位を与える行政庁の義務を定めるものであり、形式的手続関係人概念により、行政庁の設定行為によってこの法的地位を獲得した者が手続関係人になる (Joachim Martens, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, 1985, S. 53f.)。
- 16) この成立時点については、申請が行政庁の許に到達した時点、個別事例の諸事情に鑑み、申請の処理が期待されうる時点、行政庁が申請に基づき手続を開始した時点という三説が対立している。Vgl. Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 164.
- 17) Martensによると、「行政庁の許へ申請をなした者は、当該申請書の到達によってはまだ手続関係人にならず、行政庁がそれに対して手続を開始して初めて手続関係人になる」(Martens (Anm. 15), S. 53)。もっとも、「手続の開始」が彼のいう設定行為に当たるべきものであるかは、疑わしい。
- 18) この批判は、もっぱら申請人について当てはまるだろう。というのは、職権処分の名宛人は、

手続開始の通知を受けない限り、そもそも自分が名宛人であることを知りえないであろうし、参加人が「参加させる行為」によってはじめて手続関係人たる地位を得ることは当然だからである。

- 19) この場合の行政庁の対応については、海老沢（注2）140頁以下を参照。
- 20) *Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes* (EVwVerfG 1963), 1964, S. 103.
- 21) Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 18.
- 22) このような読み方は、あるいは穿ちすぎかもしれない。というのは、Bonkは、本文引用の文章によって単に、行政手続においては裁判手続のような対審の手続は存在しない、ということを手張しているとも読めるからである。もしそうだとすれば、後述のBorgsの主張と同じ趣旨である。こちらの解釈の方が素直かもしれないが、本文で展開されたものも、一つの可能な読み方であろう。
- 23) もっとも、このような理解が存在することは、後述のとおりである。
- 24) Borgs, in: Hans Meyer / Hermann Borgs-Maciejewski, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 2. Aufl., 1982, § 13 Rn. 5.
- 25) Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 5.
- 26) さしあたり、Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl., 1994, S. 174, 648. これによると、紛争を裁断する行政庁が、固有の利益——それは公益でもかまわない——を主張する形で、争われている法関係に参与している限りで、紛争裁断の行政行為は、実質の意味での司法とは区別され、権力分立論上の疑義は生じない。これに対して、紛争裁断的行為の許容性を否定する見解として、Ule, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 487.
- 27) Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 163.
- 28) Ferdinand O. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl., 1996, § 13 Rn. 11. なお、同書の新版であるKopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 19においては、「向上」が「変更 (verändern)」に改められている。
- 29) 最も整理された俯瞰を与えるものとして、Thomas J. Horn, *Das Anhörungsrecht des mit Drittwirkung Betroffenen nach § 28 VwVfG*, *DÖV* 1987, S. 20 [22] を挙げることができる。
- 30) これらのアプローチは相互排他的なものではないから、ひとりの論者がこれらのうち複数のものを、あるいはすべてを肯定することもありうる。
- 31) 第一のアプローチは、申請人が、当該行政行為の名宛人であることを前提としている。
- 32) Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 19; Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 19; Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8.
- 33) 狩猟権者 (Jagdberechtigter) が申請対立人になる。注32に挙げた文献のほか、参照、Alpert (Anm. 3), S. 93. Anm. 390; Horn (Anm. 29), S. 22. これに対して、Wolff / Bachof / Stoberは、連邦狩猟法35条に基づく予備決定 (Vorbescheid) の合憲性につき、疑問なしとしないと述べる。Vgl. Wolff / Bachof / Stober (Anm. 26), S. 648.
この手続の概要は、以下の通りである。連邦狩猟法34条は、野生動物被害または狩猟被害の賠償請求について、一定期間内に損害があったことを所轄官庁に届け出なければ、請求権が消滅すると規定する。この届出 (Anmeldung) には、賠償請求の相手方 (賠償義務者) の名を示さねばならない。
連邦狩猟法35条によると、ラントは、野生動物被害および狩猟被害の場合に、通常裁判所への出訴の前に、行政庁による確定手続 (Feststellungsverfahren) が行われねばならないことを規定することができる。この手続においては、承認 (Anerkenntnis)、和解 (Vergleich) ないし予備決定が予定されている。
- 34) Hans-Gunter Henneke, in: Knack (Anm. 7), § 35 Rn. 92; P. Stelkens / Ulrich Stelkens, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 35 Rn. 146.
- 35) Henneke, in: Knack (Anm. 7), § 35 Rn. 92; P. Stelkens / U. Stelkens, in: Stelkens / Bonk / Sachs

(Anm. 6), § 35 Rn. 146.

36) Wolff / Bachof / Stober (Anm. 26), S. 648.

37) 申請対立人を「行政庁に対して複数の当事者 (verschiedene Parteien) が対立する——もっともめったに存しない——手続における反対サイド (Gegenseite)」であるとする Clausen の定義 (Clausen, in : Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8) は、紛争裁断的行政行為に最も適合する。ここで、「複数の当事者」とは、当事者間で立場の対立があることを意味しており、したがって、申請人、その反対サイドたる申請対立人および行政庁という三面関係として理解されねばならず、同一方向の利害を持つ複数の者が、行政庁と対立している二面関係であると誤解してはならない。また、紛争裁断的行政行為は、申請対立人の法的地位に必ずしも不利に働くとは限らず、その法的地位を明確化、あるいは保護することもありうる (Bonk, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 19) ので、前述の Kopp の定義 (注28) は、主としてこの種の行政行為を想定していると考えられる。

38) ちなみに、わが国の行政手続法3条1項12号によると、このような紛争裁断的行政行為は、適用除外の対象である。

39) Wölgang Dorffler, Verwaltungsakte mit Drittwirkung, *NJW* 1963, S. 14 [15].

40) 各論者の用語法は錯綜しており、統一されていない。さしあたり参照、Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 685ff. ドイツにおける二重効果的行政行為の概念については、石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』(成文堂、1987年) 221頁 [229頁以下] が詳細である。

41) 石崎 (注40) 232頁参照。

42) このことを明示するものとして、Erwin Allesch, *Die Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze auf das Widerspruchsverfahren nach der VwGO*, 1984, S. 94 (「申請対立人は、(単なる) 第三者効の形で影響を受けるのみならず、自らまさしく行政行為の名宛人でもある」); Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8 (「行政行為の名宛人であることなく、単に、他者の行政手続から経済的不利益を被るにすぎない者、あるいはその他法的利益を侵害されるにすぎない者は、申請対立人ではない」)。

これに対して、以下に挙げるものは、異なる立場に立つように思われる。まず、Weidesは、旅客運送事業の許可が申請された場合に、申請された事業の運行区域 (Verkehrsgebiet) における既存の旅客運送業者を申請対立人と理解する (Peter Weides, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren*, 3. Aufl., 1993, S. 119)。しかし、このような事業申請における既存業者は、決して当該申請認容処分の名宛人ではなく、第三者利害関係人であろう。

次に、建築許可手続について、ラントの建築規制法の中には、建築許可申請を行った建築主の隣人を申請対立人と規定しているものがあるようである。すなわち、隣人は、「参加させる行為」によるのではなく、法律上当然に手続関係人たる地位を得ることになる。ところで、この隣人は建築許可の名宛人ではなく、利害関係ある第三者にすぎない。したがって、これらの立法例は、第三者に申請対立人たる地位を与えるものである。参照、石崎誠也「ドイツにおける建設許可手続への隣人参加」法政理論30巻1号(1997年) 107頁 [126頁]。

43) 同旨、Borgs, in : Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 5 (「申請対立人は、申請により自己に対する不利な影響を恐れねばならない者すべてである訳ではない。というのは、これについては [13条] 2項に基づく参加が予定されているからである」)。さらに参照、Riedl, in: Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 15.

44) 手続関係人たる地位を獲得するためのハードルは、申請対立人よりも必要的参加人 (13条2項2文に基づく参加人) の方が高い。すなわち、ある第三者利害関係人が行政庁に自己を手続に参加させることを義務付けるためには、①参加の申立てをすること、②発付されるべき行政行為が、自分に対して権利形成的効果を持つ事が必要である。このような要件は法文上申請対立人には欠けている。したがって、利害関係ある第三者を申請対立人と解することは、13条2項

- 2文が定めた厳格な要件を充足することなく手続関係人たる地位が与えられることを意味する。もっとも、第三章で論じる通り、必要的参加の場合、申立て要件は必要でないとする学説が存在するし、権利形成的効果も広く捉える見解がある。このとき、申請対立人と必要的参加人は、手続関係人たる地位獲得要件において接近する。なお、13条2項1文に基づく参加人（単純参加人）については、参加させるか否かが行政庁の裁量に委ねられているため、法律上当然に手続関係人になる申請対立人とは比較の対象にならない。
- 45) Alpert (Anm. 3), S. 132.
- 46) Alpert (Anm. 3), S. 132.
- 47) 職権手続、申請手続の概念については後述する。
- 48) 第三者を名宛人とする職権による授益的行政行為の発付を求める場合も理論上は考えられるが、實際上より問題になるのは規制権限の発動の要求であろうから、本稿はもっぱら後者を考察の対象とする。
- 49) Bonk, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 19 ; Riedl, in : Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 15 ; Martens (Anm. 15), S. 61 ff [insb. 63], 69; Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 19 (なお、旧版であるKopp (Anm. 28), § 13 Rn. 11においては、このアプローチは明確に否定されている。).
- 50) 「第三者を名宛人とする」という表現が許されうことは、前述（「はじめに」参照）の通りである。
- 51) Joachim Martens, Einführung in die Praxis des Verwaltungsverfahrens, Jus 1977, S. 809 [809].
- 52) さしあたり参照、Laubinger, in : Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 163 f.
- 53) もっとも、申請対立人として評価されるためには利害関係ある第三者であれば足りるという見解を採るとしても、申請に対する行政行為のすべてについて反対利害関係人が存在するわけではないであろうから（たとえば運転免許の申請）、このような場合はありえよう。
- 54) ドイツ行政手続法における申請ないし申請権について詳細な検討を行うものとして、人見剛「行政処分申請権について」兼子仁・磯部力編『手続法的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）147頁以下を参照。2. (2) で扱う問題の一部は、この人見論文で取り上げられたものと重なっている。ただし、本稿はあくまで第三者の手続参加という観点からこの申請の問題を扱う。
- 55) Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 164. 同旨、Borgs, in : Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4.
- 56) Alpert (Anm. 3), S. 81 f.
- 57) Alpertの主張の主眼は、おそらく、二重把握が法律体系上不適切であるという点ではないであろう。なぜなら、第二のアプローチを採る以上、13条1項1号（申請人および申請対立人）が優先して適用されるだろうからである。ここでは、13条がある者に対し二重に適用されるおそれはない。むしろ、彼が重視しているのは、参加規定の駆逐、および参加に関する手続裁量の剥奪の問題であろう。
- 58) 同旨、Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4（「行政の職務遂行能力（Funktionsfähigkeit）を脅かすであろう」）。
- 59) Martin Schnell, *Der Antrag im Verwaltungsverfahren*, 1986, S. 15.
- 60) Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 3.
- 61) Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4.
- 62) Christoph Gusy, *Der Antrag im Verwaltungsverfahren. BayVBl.* 1985, S. 484 [485].
- 63) Gusy (Anm. 62), S. 485.
- 64) わが国の行政手続法につき、申請の対象を行政処分以外に拡大する理論的可能性を示唆するものとして、芝池義一「『行政手続法』における申請・届出に関する一考察」法学論叢139巻6号（1996年）1頁 [3頁] を参照。
- 65) Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 17（＜申請は、自己に帰属する権利または法的に保護さ

れた利益の少なくとも黙示的な援用によってなされなければならない>); Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 15; Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8; Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4; Riedl, in: Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 12.

もっぱら公益のためになされる申請は、「民衆申請 (Popularantrag)」と称される。Vgl. Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 15.

66) この「個人的利益」に何らかの限定を加えるべきか否かという問題があるが、これについては後に触れる。

67) Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 163; Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 13; Kopp (Anm. 28), § 13 Rn. 9; Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8; Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4; Riedl, in: Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 11.

第二のアプローチを支持するBonkないしRiedlも、このメルクマールを認めていることに注意しなければならない。すなわち、第三者を名宛人とする行政行為の発付の要求も、この申請手続においてなされうると彼らは考えていることになる。

なお、Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 17においては、前版 (Kopp (Anm. 28)) において申請手続について言及された部分が削除されている。しかし、これによって、申請手続要件が申請のメルクマールから除外されたのかどうかは不明である。というのは、わざわざ明示する必要のない当然の事柄として、言及されなかったかもしれないからである。

68) 本稿では、手続の開始を、行政行為発付要件の審査の開始の意味で用いる。これは、行政手続の定義規定である連邦行政手続法9条から導かれる。同条によると、行政行為の準備および発付も行政手続の要素であるが、それらは要件審査の後でなされるものであるため、決定的なのは要件の審査である。詳しくは、以下を参照。Alpert (Anm. 3), S. 86 ff.; Schnell (Anm. 59), S. 33 ff.

69) その例として、手工業法 (Handwerksordnung) 10条1項がよく挙げられる。

70) Stelkens / Heribert Schmitz, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn. 15; Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 22 Rn. 21; Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 22 Rn. 6; Gerd Engelhardt, in: Obermayer (Anm. 13), § 22 Rn. 25, 39.

71) Clausen, in: Knack (Anm. 7), § 22 Rn. 5; Stelkens / Schmitz, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn. 25, 55; Engelhardt, in: Obermayer (Anm. 13), § 22 Rn. 49, 56, 64. これに反対する見解として、Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 22 Rn. 5. もっとも、Borgsも「申請によって〔手続〕開始裁量は大幅に (weitgehend) 排除される」と述べるにすぎず、なおこの手続開始裁量が行政庁の手許に残ることを認めていると読めないこともない。

72) これは、行政手続の開始について規律する連邦行政手続法22条に対応する区分である。同条は、次のように定めている。

「行政庁は、義務にかなった裁量により (nach pflichtgemäßem Ermessen)、行政手続を実施するか否か、およびいつ行政手続を実施するかを決定する。これは、行政庁が、法規定に基づき、

1. 職権により、または申請に基づき活動しなければならない場合、
2. 申請に基づいてのみ活動することが許され、申請が存在しない場合、

には妥当しない。」

73) Laubinger, in: Ule / Laubinger (Anm. 3), S. 163 (「申請手続、すなわち、申請に基づいてのみ実施されてよい、あるいはいずれにせよ申請があれば実施されねばならない行政手続」); Kopp (Anm. 28), § 13 Rn. 9 (「その開始が申請を前提とし、あるいは、行政庁によって、なるほど職権によっても開始されるが、申請があれば開始されねばならない手続」); Borgs, in: Meyer / Borgs (Anm. 24), § 13 Rn. 4.

74) Bonk, in: Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 15 (「行政庁が手続を申請があれば実施しなければならない、あるいは申請に基づいてのみ実施することが許されるのか否かは、重要ではない。むしろ、申請が存在する場合に行政庁がその裁量によって手続の開始を決定するというケースも含まれる。行政庁が手続を実施するとき、この場合にも当該申請人は手続関係人であ

- る]); Clausen, in : Knack (Anm. 7), § 13 Rn. 8; Riedl, in : Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 13.
- 75) ところで、「行政行為の発付を求める意思表示が申請手続においてなされねばならない」というこのメルクマールは、一見、論理の循環であるように見える。というのは、申請手続とは申請の概念を前提にした概念であるからである。しかし、②aの類型を例にとると、「第一および第二のメルクマールを充たす意思表示、すなわち、自己の固有の個人的利益のためになされる行政行為発付の要求がなされれば手続を開始しなければならないと、法規定上明示的または默示的に(=解釈によって)示される場合」、当該意思表示は連邦行政手続法13条1項1号の意味における申請である、と理解すれば、矛盾は生じないであろう。逆にいえば、そのように解されてはじめて、当該手続は②aの類型に該当するといえよう。
- 76) Engelhardt, in : Obermayer (Anm.13), § 22 Rn. 16.
- 77) Weides ((Anm. 42), S. 62) は、動機付けに対し、手続を開始するか否かについての行政庁の応答義務を肯定するが、これはいわゆる申請に対する諾否の応答義務とは区別されうる。
- 78) 住居監督法上の規制処分につき、同旨、VG Berlin, Urteil vom 10. 4. 1984, DVBl. 1984, S. 1186 [1187].
- 79) Riedl, in : Obermayer (Anm. 13), § 13 Rn. 13 (「ある手続を職権により開始せよとの、行政庁に対する単なる申告 (Anzeige) または動機付けは、申請ではない。しかし、このことは、行政庁が22条1文の事例において——例外的に——〔手続開始〕裁量のゼロへの収縮により手続の実施を義務付けられている場合には、当てはまらない」), Rn. 15 (「治安法上の (sicherheitsrechtlich) 介入がその者に対し要求されるところの警察法および秩序法の意味における秩序妨害者 (Störer) は、ただ〔手続開始〕裁量のゼロ収縮の場合にのみ『申請対立人』である」)。これに対し、手続開始裁量のゼロ収縮を要件として明示せず、申請対立人に対する第二のアプローチを採用する見解として、Klaus Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., 1990, § 13 Rn. 12; Bonk, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 13 Rn. 19; Kopp / Ramsauer (Anm. 11), § 13 Rn. 19. これらは、前述の第二の理解に従っていると考えることもできる。
- 80) Stelkens / Schmitz, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn. 21.
- 81) Stelkens / Schmitz, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn. 21.
- 82) Stelkens / Schmitz, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn. 11. このRn. 11は、Rn. 21において参照させられている箇所である。
- 83) Stelkens / Schmitz, in : Stelkens / Bonk / Sachs (Anm. 6), § 22 Rn.10.
- 84) 以下の検討は、申請あるいは動機付けによって、行政庁が行政行為発付手続を開始したことを前提とする。なお、申請対立人に対する第二のアプローチを採用する論者は、申請人構成が参加人構成に対していかなる利点を持つのかを明らかにしない。したがって、以下の叙述は筆者個人の認識にすぎないことをお断りしておく。
- 85) Schnell (Anm. 59), S. 46.
- 86) 連邦行政手続法41条1項は次のように定めている。「行政行為は、それが予定されている、またはそれによって影響を受ける手続関係人に対して告知されなければならない。(以下略)」
- 87) Engelhardt, in : Obermayer (Anm. 13), § 22 Rn. 14.
- 88) この行政行為の告知とは別に、独立の申請認容処分が必要であるという考え方がないわけではない。

キーワード：ドイツ行政手続法 第三者 手続参加 手続関係人 申請
職権発動の申出

(Hiroshi IWAMOTO)