

西ドイツ部分許可と予備決定の法律問題

——「多段階的行政手続」と行政行為——

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 行政行為の意義序説
- 三 部分許可・予備決定の制度的展開
- 四 部分許可・予備決定の觀念と法的性質
- 五 部分許可・予備決定の現代的意義と許容性
- 六 部分許可・予備決定の拘束力
- 七 おわりに

西ドイツ部分許可と予備決定の法律問題 乙部

一 はじめに

一 今日、行政行為の意義・機能に関する従来の通説的見解は、種々の批判に直面して動揺しているようにみえる。これらの批判は、ほとんど共通して、行政行為の実体的機能をかなり低く評価するように思われ、たとえば、抗告訴訟の対象となる「処分」（行訴法三条参照）のほかに、とくに行政行為概念を定立する実益があるであろうかという疑問さえ提起されている。

行政行為という手法は、今日において再認識されるべきであるように思う。ただ、この場合でも、行政行為一般についての法的考察にとどめるのではなく、問題となる局面・状況との関連において個々の行政行為についてその機能等を見ていく必要がある（したがって、行政行為の種別論も重要な意味がある）。とりわけ、近時、複雑で動態的な行政過程が徐々に増えつつあるが、この場合、行政行為は時間的・内容的に各段階の節目を示し、あるいは、事後の行政行為の内容をも原則として決定づけることにより全体としての行政過程を透視可能なものにするなどというすぐれた機能を發揮するように思われる。¹⁾

二 他方、西ドイツでも、行政行為の意義・機能はそれぞれの時代、法制に依じて異なる様相をみせてきた。当初は行政上の法律関係の具体化等の実体的意義が強調され、後には権利保護^{II}訴訟法的機能が強くでてきて、最近では行政行為の手続的機能が強調されるとともにその実体的意義を見直そうという機運が盛り上ってきた。とくに、発電所などの大規模施設の設置・操業の許可等にみられるように、複雑で動態的な行政過程を経べきものがふえる

とともに、これを段階的に処理することにより全体としての行政過程を透視可能なものにしていこうという「多段階的行政手続」または「段階的行政手続」(mehrstufiges oder gestuftes Verwaltungsverfahren)の理論が提唱され、ここでは、とりわけ部分許可(Teilgenehmigung)および予備決定(Vorbescheid)とどう行政行為に重要な役割が与えられている。⁽²⁾⁽³⁾原子力法・環境保護法の分野では、(多)段階的行政手続および部分許可・予備決定の理論は法制度としても整備されるにいたっている。

西ドイツにおける行政行為の意義・機能論の展開およびこれとの関係において(多)段階的行政手続、部分許可・予備決定をめぐる論議・法制は、前述のような状況にてらし、わが国における行政行為の意義・機能論(および種別論)にとっても有益であるように思われる。そこで、本稿は、この検討のための予備作業として、さしあたり、若干の文献を参考にして右のような西ドイツ法の概要の紹介を試みよう⁽¹⁾と意図するものである。

(1) 以上の点について、さしあたり、拙稿「行政行為の観念と種類」雄川||塩野||園部編・現代行政法大系第二巻九一頁以下および同所に掲記の諸文献参照。

(2) わが国においても、すでに、成田頼明「連邦インミション防止法とこれに基づく大気汚染・騒音の規制」環境研究一八号八二頁以下は、連邦インミション防止法に定める部分許可・予備決定の意義や拘束力等についても紹介しており、最近、大西有二「異議申立排除の効力と住民の参加責任——西ドイツ原子力発電所許可手続をめぐって——」北大法学三三卷二号四五七頁以下も、(多)段階的行政手続の目的、部分許可・予備決定の拘束力等についても紹介している。塩野宏「西ドイツ原子力訴訟の特色」ジュリスト六六八号四五頁以下、保木本一郎「西ドイツ原子力施設許可手続における住民参加」東大社会科学研究三三卷三号一五五頁以下、斎藤統「欧米の原子力発電訴訟」判例時報八九一号二八頁以下なども、本稿と

は異なる観点から原子力法上の部分許可・予備決定についても論じている。

(3) 西ドイツにおいて、部分許可と予備決定の両者を包括する意味で先行決定 (Vorentscheidung) または部分決定 (Teilentscheidung) ということが使われることも多い。

二 行政行為の意義序説

一 史的展開^①

(1) 行政法ドクマテイクにおける行政行為の中心的役割は、一八九五年、オットー・マイヤーにより与えられた。彼によれば、行政行為とは「服従者に対し、具体的場合に何が法であるかを決定するところの行政に帰属する官憲的宣言」である。このような行政行為の概念規定そのものは、基本的には、以後の学説・判例・立法でいわれるものと変わりはないようであるが、ただ、行政行為の意義・機能は、それぞれの時代により、若干、異なる現われ方をしている。オットー・マイヤーは、行政行為に対し、国家市民関係における法的安定性を図るといふ法治国的要請のもとに、国家作用の方向・範囲および市民の自由領域を法的方法により精確に特定し限界づけるという役割を与えた。

(2) ところが、その後、行政行為概念の定立の意義は、とりわけ裁判上の権利保護との関係でみられるようになってきた。たとえば、法制の上でも、一九一〇年のワイマル憲法一〇七条は「ライヒおよびラントにおいては、法律の定める基準に従って、行政官庁の命令および処分に対する個人の保護のために行政裁判所が存しなければな

らない」と定め、これに依じて、多くのラントの法制では、行政裁判所における権利保護は行政行為に対してのみ与えられることになった。

一九四五年以降（第二次大戦後）西側諸国の占領地域で制定された行政裁判法令も、ほぼ同じような状況であった。とくに、イギリス軍占領地域における行政裁判権についての軍政府命令一六五号の二五条によって、ドイツで初めて行政行為について法令による定義がされることになるが、これによると、「本命令という行政行為とは、あらゆる処分、命令、決定または公法領域において個別事案の規律のために行政官庁が行なうその他の措置をいう」。現行の連邦行政手続法（以下、VwVfGという）三五条一項に定める行政行為概念とくらべてほとんど差異のないものであるが、このような行政行為のみを対象として行政裁判所に訴えを提起する途が与えられたわけである。

(3) 一九四九年に制定の基本法一九条は包括的な権利保護の保障を定め、一九六〇年の行政裁判所法（以下、VwGOという）は、原則として、すべての公法上の紛争に対し行政裁判所への出訴の途を開き、行政行為の存在を要件としない行政訴訟類型を認めることになり（四〇条参照）、従来とくらべて、行政行為の権利保護的機能は相對に低下することになった。しかし、他方、同法は、行政訴訟類型中、主要な地位を占める取消訴訟・義務づけ訴訟の提起のためには行政行為の存在を要求するなど（四二条・六八条以下参照）、行政行為が他の公法上の措置とくらべてすぐれた権利保護機能をもつことは承認していた。同法は、行政行為概念については判例学説による進展に委ねるため、あえてその概念規定をしなかったのであるが、行政行為の特殊の優越的な権利保護機能を重視する論者からは、国民の権利救済の拡大のため行政行為概念をできるかぎり拡大していこうとする、いわゆる形式的行政

行為論が現われ、なかには、すべての職務行為が同法にいう行政行為にあたるという見解すらあった。これに対し、同法四〇条による公法上の包括的な権利保護の導入という点を重視する論者は、右のような行政行為概念の拡大化の傾向には批判的である。

(4) 一九七六年に制定されたVwVfGの三五条は、行政行為の概念規定をしている。この概念規定そのものは、オットー・マイヤーが定義づけ、その後の学説判例および戦後の行政裁判法令において基本的に継承された行政行為概念とほとんど変わりはないが、これがVwVfG中に定められ同法の性格も反映する結果、同三五条に定める行政行為概念はいろいろの機能をもっているようである。

第一に、当初、オットー・マイヤーに与えられたような実体的意義がより正面に現われたことが注目される。従来も、訴訟法規により、違法な行政行為も原則的に有効であるなどと行政行為の実体法的側面が間接的に定められていたのに対し、VwVfG三五条以下は、直接かつ詳細に行政行為の実体法的側面について明規しているからである。ただし、同法は行政上の法律関係の具体化等は公法上の契約によっても可能であるとすることにより(五四条〜六二条)、行政手続法中、公法上の契約を行政行為につぐ地位に高めた結果、相対的にみて、行政行為の実体的意義は、当初にみられたほどには顕著ではないということもできるであろう。

第二に、VwVfGは、その法典名が示すように、概して行政手続的規定を収めたものであるが、行政行為を同法中に取り込み、行政行為の発給(第二次的に公法上の契約の締結)を行政手続の終結の目標とするなど(九条)。なお、三八条・三九条・四一条など参照)により、行政行為は(事前)手続的意義をも有することが明確になった。

第三に、行政行為は、従来のごとく権利保護的・訴訟法的意義をもつ。すなわち、VwVfGの制定・施行後も、VwGO四〇条・四二条・六八条以下等の規定内容に変わりはなく、かつ、両法に定める行政行為の観念は統一的に理解すべきであるというのが支配的見解であるからである。ただし、右のように行政行為の実体的・手続的意義がより強調されることになった結果、行政行為の機能全体の中ではその権利保護・訴訟法的機能は、従来よりもなお、若干、後退したように思われる。

なお、一九七六年に制定された租税通則法(AO)一一八条⁽²⁾および一九八〇年に制定の社会法典(SGB)第一〇編第一章「行政手続」中の三〇条⁽³⁾も、「行政行為の概念」についてVwVfG三五条と同一の規定をおくほか、行政行為の効力等に関しVwVfGと同旨の規定群をおいている(AO一九条〜二三条など、SGB第一〇編第一章三一一条〜五一一条など)。なお、権利救済に関する、AO三四八条以下・財政裁判所法四〇条以下、社会裁判所法五四条以下などの規定もあり、これらを考慮すれば右両法域における行政行為の機能についても、まさにVwVfGのそれに関して指摘したことが、基本的には妥当である。

(1) 本項の記述にあたっては、H. U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 1981 S. 43 ff. のほか、H. J. Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 1976 S. 60 ff.; Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976 S. 200 ff.; W. R. Schenke, Rechtsschutz bei Divergenz von Form und Inhalt staatlichen Verwaltungsverhandelns, VerArch Bd (1981) S. 185 ff. などをご参照した。

なお、塩野宏・オットー・マイヤー行政法学の構造一二四頁以下、須貝修一「行政行為の理論」清宮四郎博士退職記念・憲法の諸問題五五九頁以下参照。

(2) 旧法であるライト租税通則法 (RAO、一九三一年制定) の九一条は「処分」(Verfügung) 概念を使い、新AOは、これに代えて「行政行為」概念を導入したわけであるが、これにより旧法に実質的な変更が加えられたわけではなく、処分概念と行政行為概念とは同一の行政の行為類型を指している。Vgl. K. Koch, Abgabenordnung 1977 (Kommentar), 2. Aufl. 1979 S. 425.

(3) 社会法領域では、社会保険法・戦争犠牲者援護法の分野では行政行為概念は用いられないなど、社会裁判所法 (一九五三年制定) 五四条・五五一条一項四号等により行政行為概念が導入されるまでは (これらの法条も行政行為の概念そのものについては規定していないことは、VwGOと同様)、行政行為概念は重要な役割をもたなかったといわれる。Vgl. Krause, Bundessozialgericht und allgemeines Verwaltungsrecht, NJW 1979 S. 1011 ff.; ders., Das neue Sozialgesetzbuch; Verwaltungsverfahren, NJW 1981 S. 86.

二 行政領域・類型との関係

(1) ほんらい、行政行為は、国民の権利に制約を加え義務を課すところの、いわゆる規制 (侵害) 行政 (Eingriffsverwaltung) において行政上の法律関係の具体化等の機能を發揮してきた。その後、一九五〇年末頃からいわゆる給付行政 (Leistungsverwaltung) が国家行政の重要な任務として台頭してくると、給付行政の領域では、行政行為はそのほんらいの機能を果たすことができないのではないかという疑問も、提起されてくるようになる。たしかに、この領域では、行政上の契約が主要な行政手法として重視されることになるが、給付行政においても、行政行為は、社会保障など大量の事案の迅速な処理など行政上の法律関係の早期安定等のための重要な行政手法として第一義的な意味をもつことが指摘されている。⁽¹⁾ SGB第一〇編第一章、VwVfGもまた、行政行為、公法上の契

約等に関する規定をいうして、このことは原則として承認するところであらう。

(2) さらに、近時は、論者によれば「配分行政」(Verteilende Verwaltung)において、⁽⁵⁾規制・給付行政に共通して複雑で動態的な過程がふえてきて、この行政過程を全体としてまとまりがあり透視可能なものにしていかなければならないというケースが増えてきている。これは(多)段階的行政手続の理論といわれているものであるが、ここでは、行政行為とりわけ部分許可・予備決定に重要な役割が与えられている。

(1) Vgl. Erichsen / Martens, aaO S. 151; F. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen, 2. Aufl. 1980 S. 373.

(2) Vgl. E. Schmidt-Altmann, Institut gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, Festgabe aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978 S. 578.

三 部分許可・予備決定の制度的展開

一 建築法

ここでは、若干の行政領域に分けて、部分許可・予備決定に関する判例、立法の展開を素描してみることにする。次節以下での法的分析のための手がかりを得るためにも、これは役立つであらう。

建築法の分野では、部分許可または予備決定という行政手法は、いわゆる建築着手許可 (Behauungsgenehmigung) として行政実務上古くから発せられ、裁判所も法的許容性を認めている。判例としては、一九三九年のプ

ロイセン上級行政裁判所の判決が著名である。その要旨は次のとおりである。

建築許可 (Baugenehmigung) の申請には、一般に、警察命令の規定に適合するような敷地見取図、建築設計図、設計に係る建築物の強度計算等をつうじて明確に確定された建築計画を伴わなければならない。しかし、このほか、たとえば、建築されるべき特定の建物の個々の点についての建築技術上の問題に考慮を払うことなく、単にある土地で何らかの建物を建てることは建築計画上の原則的な考慮からみて許されるか否かということも問題になる。もし、この建築が許されないのであれば、建築警察官庁が、あらかじめ、その作成に著しい労力と費用の負担を要する建築設計図等の提出を相手方に要求することは意味がなく、この要求は、相手方にとっても全く余分な負担となる。したがって、単なる建築の許容性に関わる建築着手許可は法的に許容される。この許可申請の拒否は、通例の建築許可の申請の拒否と同じく、警察処分 (polizeiliche Verfügung) に該当し、その取消しについては警察行政法の規定が適用される。

正規の建築許可の発給等は法令で明規するが、より簡易な申請とこれにもとづき発せられる建築着手許可については右の法令は明規するところではないが、本件判決は、実際上の必要性から、このような建築着手許可の法的許容性を認め、かつ、その法的性質は正規の建築許可と同じく警察処分Ⅱ行政行為であると判示したのである。

第二次大戦後、右の建築着手許可は、各ラントの建築法令をつうじてその法的許容性が明規されることになる。この場合、名称も「予備決定」として定められることが多いようである。その法的性質はすでに部分許可であり建築許可の一部を先取りするものであるとみるのが判例学説の支配的傾向であるが、これは確約 (Zusage; Zusiche-

ring) であるという見解もある⁽²⁾。

(1) PROV-G-Urt v. 23. 3. 1939, PROVGE Bd 104 S. 206. 事案は、ある地区に牧草地を所有する者が同地を建築用地として売却しようと考え、書面により市長に対し「建築許可」を発するように求めたが、市長はこれを拒否し、これに対する訴願も、州参事会により、右の申請は建築許可の発給の一要件である「市地域の整序ある発展または秩序だった建築」という条項に違反するとして棄却され、所有者は訴えに及んだものである。

裁判所は、所有者の右の申請は正規の建築許可の申請ではなくて「建築着手許可」の申請とみるべきこと、建築許可官庁は市長ではなく州参事会であり、後者による右の棄却決定は建築着手許可の申請の拒否処分であり警察処分にあたるとして、まず、訴願および取消訴訟の対象とすることができる旨、判示したものである。

(2) 本稿一二頁注(4)・(5)、拙稿「行政上の確約の法理(二)」神戸学院法学一〇巻二号一〇頁以下参照。

二 営 業 法

「営業法 (Gewerbeordnung) 一六条以下は許可についてのみ定め」、部分許可・予備決定については明規していない。一九六六年の連邦行政裁判所の判決は、このように判示し、同裁判所としては初めて法令に根拠のない予備決定の法的許容性と拘束力を承認し、その観念・意義等を明らかにすること、その後の判例学説および次項でみる原子力法令、環境保護法令が初めて部分許可・予備決定について整備された規定をおく際にも影響を及ぼし、その模範とされたことなどからみて重要な意味をもっている。ある土地に紙パルプ工場を建設することが原則的に許されるかどうかが問題となった事案であるが、判決要旨はつぎのとおりである。

法律の根拠がなくても、予備決定を発することはできる。予備決定は、施設の設置のための完結的許可ではない

が、若干の点において後になされるはずの許可を先取りする。これにより、事実・法状況に変更がなければ、官庁は、許可申請に対する決定の際に予備決定の拘束をうける。ここに、予備決定の法的意味と申請人にとって実用的価値がある。予備決定は、具体的事情に応じて、多かれ少なかれ留保のもとで申請人の事業計画は原則的に許容される (*grundsätzlich zulässig*) ことを示す。したがって、予備決定の発給は、当該施設が周辺に及ぼす侵害は施設の設定・操業の際に若干の防護措置をつうじて十分に排除されるということを前提とする。予備決定の不可争後は、申請人は多大な費用を負担することなくその事業計画を完了することができ、他方、施設の設定・操業によって不利益をうけるであろう第三者は、予備決定の発給の段階ですでにその設置等を争うことができ、官庁は、大規模で複雑な施設につきその建設を暗黙に受忍しながら施設の操業時になってはじめてその操業を施設の設置許可にからしめるといったようなことをしないですむ。

(1) BVerwG Urt v. 29. 3. 1966, NJW 1967 S. 70. この判決は、大西・前掲論文四五七頁以下にも紹介されている。

(2) Vgl. A. Weber, Vorbescheid und Teilgenehmigung im Atomrecht, DöV 1980 S. 397.

(3) Vgl. P. Selmer, Vorbescheid und Teilgenehmigung im Immissionschutzrecht, 1979 S. 9 ff.; P. Selmer / L. Schulze-Osterloh, Der Vorbescheid im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren, JuS 1981 S. 394. U. Bindenbender / U. Mutschler, Bindungs- und Präklusionswirkung von Teilentscheidungen nach BImSchG und AtG, 1979 S. 11.

三 原子力法、インシッション防止法⁽¹⁾

(1) 原子力発電所その他環境に影響を及ぼす施設の設定・操業に関する法分野でも、部分許可または予備決定は

實際上発せられ、一九六〇年五月二〇日に制定された原子力施設令 (Atom-Anlageverordnung: 同令は、一九七七年、後にみる原子力法手続令 Atomrechtliche Verfahrensverordnung にとって代えられた) 一条三項も、部分許可の法的許容性を前提とするような規定をおき、判例も、部分許可・予備決定の法的許容性を否定するものはなかった。⁽²⁾

その後、一九六九年に原子力法 (Atomgesetz vom 3. 12. 1959) の改正の際に、七条の a 「予備決定」、七条の b 「部分許可および予備決定の際の第三者の異議」の規定が新設された。このように、同法は部分許可の法的許容性を前提とする規定をおくが、ただ、部分許可についての重要な規律のほとんどは、同法ではなく、一九七七年二月一八日に制定の原子力法手続令一八条「部分許可」の規定が定める。同令一八条は、すでに制定施行されていた連邦インミッション防止法 (Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 15. 3. 1974) の八条「部分許可」の規定を模範として、ほとんど同様の規定をおいている。これに対し、予備決定については、前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決を模範として原子力法七条の a と b が制定され、その後、連邦インミッション防止法九条「予備決定」、同一一条「部分許可および予備決定の際の第三者の異議」の規定がこれらにならう規定をおいている。なお、第九次の連邦インミッション防止法施行令 (Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes || 同令も、原子力法手続令と同年月日に制定) 一二条「部分許可」、一三条「予備決定」の規定は、それぞれ、法八条、九条を具体化する定めである。

部分許可・予備決定についてドグマティッシュで詳細な議論が展開されるようになったのは比較的最近のことであ

り、とりわけ、右の原子力法・連邦インミッション防止法における関係規定の制定を契機としてみるとみることができる。そこで、これらの規定の概要について紹介しておくことにしよう。

(2) 部分許可

a 発給・内容等

連邦インミッション防止法八条によれば、つぎのようである。

① 部分許可は、許可官庁が申請にもとづきその裁量によってこれを発する。
② 部分許可の対象は、施設の設置もしくは施設の一部の設置、または、施設の一部の設置および操業ということである。

③ 部分許可の発給の要件は、仮の審査 (vorläufige Prüfung) の結果、施設全部の設置および操業に関して同法六条に定める要件 (完全または通例の設置・操業の許可の要件) が存在し、かつ、部分許可の発給を求めることについての正当な利益 (berechtigtes Interesse) が存することである。

④ なお、第九次の同法施行令二二条一項によれば、部分許可の発給の申請に際しては、第一に、許可官庁の許しを得て、部分許可の対象に關してのみ最終的な陳述を資料中であることができ、第二に、仮の審査の際に施設全体の設置および操業のための許可要件の有無について十分な判断 (ausreichendes Urteil) を可能とさせるような陳述をしなければならない。

他方、原子力法および原子力法手続令は部分許可の対象を明示しないが、同令一八条一項の規律内容は右①および

び③とほとんど同じであり、同二項の規律内容は右④とほとんど同様である。ただ、形式的にみれば、右①および③が原子力法手続令という命令の定めるところであるのに対し、インミッション防止法の領域では法律自体がこれを定めるといふ差異が認められる。

b 付款、取消・撤回、排除効

① 原子力法一七条一項および連邦インミッション防止法一二条一項・二項は、それぞれ、同法の目的を達するため、とりわけ許可要件の遵守を確保するため、「許可」に付款を付すことができるとしている。部分許可もこれらの法条にいう許可の一種であるとされることから、部分許可にも付款を付しうることになるが、連邦インミッション防止法一二条三項は、とくに「部分許可」に期限、撤回権の留保または負担を付しうる旨、明規している。

② 原子力法一七条二項は「許可」の取消し、同三項から五項までは「許可」の撤回について定め、同一八条は取消しまたは撤回の場合には行政側に補償義務が生じうることを定める。部分許可も許可の一種であるから、これらの法条に従って部分許可も取消しまたは撤回されることがある。ただ、権利救済手続における取消・撤回については、原子力法に特別の定めがないから、一般規定であるVwVfG五〇条が適用されると解されている。他方、連邦インミッション防止法二二条は「許可の撤回」と題する詳細な規定をおき、部分許可もこの「許可」の一種であるから同法条に従って撤回されることがあり、この場合、行政側の補償義務も生ずることになる。これに対し、取消しについては同法に特別規定がないから、一般規定であるVwVfG四八条が適用になると解されている。権利救済手続における部分許可の撤回には同法二二条七項、取消しにはVwVfG五〇条がそれぞれ適用されるが、規律

内容は、両法条ともほとんど異なる。

③ 原子力法七条の b および連邦インミッション防止法一条によれば、部分許可（および予備決定）の不可争後は、施設の設定・操業の許可に関するその後の手続では部分許可（および予備決定）手続で適宜に提出され、または提出することができたはずの事実を基礎としては、異議を提起することはできない。いわゆる部分許可（および予備決定）の排除効（Präklusionswirkung）といわれているものである。

(3) 予備決定

a 発給・内容等

原子力法七条の a によればつぎのようである。

- ① 予備決定は、申請にもとづいて発せられ、かつ、これを発するかどうかは許可官庁の裁量に属する。
- ② 予備決定の対象は、「許可」の発給に係る個別の問題、とりわけ施設の立地（Standort）の選択である。
- ③ 原子力法七条の a は予備決定の発給の要件については明記していない。原子力法手続令一九条五項も、同令一八条二項の準用のみをいい、同一項の準用をいわない（本稿一四—一五頁参照）。それにもかかわらず、同一八条二項が準用されることから、結局、予備決定の発給要件も、部分許可におけると同じく、施設全体の設置・操業の要件についての仮の審査の結果にもとづくことが必要であると解する見解が有力のようである。
- ④ 予備決定の発給の申請は書面によるべきであり（原子力法手続令一九条一項）、申請事項中には、申請人の名前・住所、「許可または予備決定」のいずれの発給を申請するのか、および、立地・施設の種類と範囲を含まな

ればならない（同二条参照）。これに対し、予備決定の中には、申請人の名前・住所、当該決定は予備決定であることおよびその法的基礎、予備決定の対象、予備決定の発給の前提と留保、理由等を含まなければならない（同九条三項）。このほか、予備決定の中に原則として含むべき事項があるが、そのなかでは、とくに、予備決定は施設またはその一部を設置する権利を付与するものではないこと、全体の事業計画のために必要な官庁の決定とは無関係に予備決定が発せられること等の事項が注目される（同四項参照）。

他方、連邦インミッション防止法九条によれば、右①については全く同じことを定め、②については施設の立地のほか、個々の許可要件も規律対象となる旨明規するから、少々の差異もなく、③については、事業計画に係る施設の効果を十分に判断することができ、かつ、予備決定の発給を求める正当な利益が存することを発給要件として明規するから、若干の差異もみられる。この点に関して、第九次の同法施行令二三条四項は部分許可に関する同二三条の規定を準用しているから、法にいう「十分な判断」は仮の審査にもとづき形成されるべきこととなるが、このかぎりでは原子力法上の予備決定の場合と同じであるということができよう。右④については、同令二三条によれば原子力法上の予備決定の場合と大体、同じことが妥当する（なお、同令三条参照）。

b 付款、取消・撤回、失効、排除効

① 原子力法七条のa第二項は同法一七条をも準用しているから、部分許可におけると同様、予備決定にも付款を付しうることは疑いないように思われる。これに対し、連邦インミッション防止法九条三項は同法六条・二二条の準用のみをいい、同法一二条の準用を明示していないから、部分許可と異なり、予備決定には付款を付すことはで

きないのではないかが問題となる。この問題については後にふれる。

- ② 原子力法七条の a 第三項は同法一七条および一八条を準用し、連邦インミッション防止法九条三項も同法二二条を準用しているから、両法とも、予備決定の取消・撤回については部分許可のそれと同様に扱うとみてよい。
- ③ 予備決定は、申請人がその不可争後二年以内に完全または通例の許可の発給を申請しないときは、許可官庁の別段の行為をまつことなく、当然に失効する。この期間は、申請にもとづき、四年に延長することができる（原子力法七条の a 第一項二段、連邦インミッション防止法九条二項二段）。この失効ということは予備決定にのみ存し、部分許可にはみられないものである。
- ④ 予備決定についても、部分許可におけると全く同様に、いわゆる排除効が定められている（原子力法七条の b、連邦インミッション防止法二一条）。

(一) *Zur Atomgesetz mit Verordnungen 9. Aufl. (Textausgabe) 1982*; Hans D. Jarass, *Bundes-Immissionsschutzgesetz, 1983* のほか、本稿一二頁注(3)に掲記の文献を参照した。邦語の文献としては、本稿三頁注(2)に掲記のものなどがある。なお、営業法と連邦インミッション防止法との関係については、成田・前掲論文七四頁以下、C・H・ウィル、山田卓生他訳「営業法か環境法か」比較法雑誌一四卷三号四三頁以下など参照。

(2) Vgl. *BVerwG Urt v. 16. 3. 1972, DVBl 1972 S. 678*. この判決は原子力法分野における部分許可・予備決定についての最初で、かつ「従来、唯一の」連邦行政裁判所の判決であるといわれている（Weber, *DöV* 1980 S. 397）。部分許可や予備決定の意義・効力等の法的論点の分析にとつても重要な意味をもっており、ここでその要旨を紹介しておきたい。許可を得べき施設は操業するためにのみ設置されることは自明のことである。したがって、許可官庁は、すでに施設の設

置許可の申請についての決定の際に、この施設の操業により生じうる効果を審査しなければならない。一九七〇年一月二九日の原子力施設令一条二項二段も、施設の設置の申請または部分許可の申請は施設「およびその操業」について仮の全体判断 (vorläufiges Gesamturteil) を可能ならしめるものでなければならぬとしている。同じことは、予備決定についても妥当する。「予備決定は、部分許可と同じく、許可手続を細分するだけでなく、手続の重要な個々の問題を先取的に拘束的に決定しこれによって原子力施設の計画化の際の投資の危険性を緩和する」からである (BT-Drucks. V/4071 を引用し、これは、前記の一九六六年三月二九日の連邦行政裁判所の判決の趣旨にも沿うものであるという)。

許可手続を若干の審査部分に分け、事業計画の許可を若干の行政行為をつうじて行なうことに、法的な疑問はなく(営業法一六条以下は許可のみに言及し部分許可についてはふれていないが、これも部分許可の許容性を否定する趣旨ではないとして、前記の一九六六年判決を援用する)、許可官庁が自らの合目的性 (Zweckmäßigkeit) の判断にしたがって決定することができる。

予備決定を発することも許される(前記の一九六六年判決を引用)。予備決定はもとより(部分)許可ではなく、したがって私法上の関係がこれによって形成されるということはない。申請人にとっては、予備決定により許可の予測が与えられるにすぎない(一九六六年判決を引用)。ただ、事実・法状況に変更がなければ、官庁は、事後の許可手続においてはこの予備決定に拘束される。原子力法七条のaに定める予備決定の失効の制度も、このような予備決定の性格に適合する。原子力法七条の許可は、営業法一六条の許可と異なり、羈束行為ではないが、しかし、たとえば、施設の位置に関する予備決定が不可争となっておれば、原則として、後にこの位置が適切ではないことが分っても右の許可を発しなればならず、許可を発しなかつたときは、事情により、申請人は補償請求権をもつことになる。

以上のように、本件判決には原子力法・原子力施設令への言及もみられるが、しかし、別段の法律の根拠がなくても、部分許可および予備決定を発することは許されるとみるのではないかと解される。なお、本件判決については、遠藤博也・計

画行政法二七六頁、大西・前掲論文四六二頁参照。

四 部分許可・予備決定の観念と法的性質

一 本来的内容

この問題とりわけ部分許可・予備決定の観念については、本来的内容 (Primäraussage) と副次的内容 (Sekundäraussage) に分けて論じられることが多い。⁽¹⁾ここでは、まず、前者をとり上げることとする。

(1) 部分許可

部分許可とは、その規律対象が全体としての許可手続の中の一部のみに限定されたところの許可をいう。その規律対象にかぎっては最終的に (definitiv) 決定されることになる。⁽²⁾たとえば、施設またはその一部の設置、施設の一部の設置および操業が、これにより許されることになる (連邦インミッション防止法八条参照)。

部分許可の法的性質は、完全な許可 (Vollgenehmigung) のそれと同一であり、もとより行政行為である。このことは、前記のインミッション防止法令、原子力法令がいずれも、部分許可の付款、取消・撤回等について、通例の完全な許可とほとんど同様の取扱をしていることから、分かるであろう。

(2) 予備決定

予備決定も、施設の設置・操業手続など当該の全体としての手続の中で一部分のみを対象として、最終的に決定する。この点では、部分許可と異ならない。たとえば、これにより、ある土地において建築物を建てることに計画

法上の障害はないことが確定され(いわゆる建築着手許可)、あるいは特定の地点での紙バルブ工場の設置は原則として許されることが確定し(前記の一九六六年の連邦行政裁判所の判決)、あるいは、施設の立地または個々の許可要件の存在が確定される(原子力法七条のa、連邦インミッション防止法九条)、ことになる。

学説・判例において多少なりとも問題があるのは、予備決定は確認(Feststellung)的要素のみを含むか、それとも、部分許可と同じく許容(Gestattung)的要素をも含むかという点である。この点、原子力法令およびインミッション防止法令上の予備決定についての通説的見解は前者をとり、そこに、予備決定と部分許可との差異を求めようとす⁽³⁾る。前記の連邦行政裁判所の一九七二年判決も、同様の立場であろう。これに対し、いわゆる「建築着手許可は特別の種類⁽³⁾の予備決定であり……許可であり包括的な建築許可の一部である⁽⁴⁾」というのが判例学説の支配的見解であると思われるが、これによれば、この種の予備決定は許容的要素をも含むと解しうる余地もあるように思われる。前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決も、営業法上の予備決定についてこれに近い考え方にたつてはないかとも推測される。

予備決定の法的性質も、部分許可と同じく、行政行為であると解されている。このことは、いわゆる建築着手許可に関する右の連邦行政裁判所の一九七五年判決をはじめとする判例学説によれば、自明のことであろう。原子力法令およびインミッション防止法令上の予備決定についても、付款の可能性が認められ(インミッション防止法令上は、若干問題はある)、また、予備決定の拘束力を除去するには取消・撤回によるべきものとされ、失効の制度がおかれていることから、その法的性質は行政行為であることは明らかであろう。なお、予備決定は、部分許可

と同じく、事情変更の原則には服さないとみるのが支配的見解であるが、後にみるように異論もある。

(1) ただし、後にみるように、仮の積極的全体判断も部分許可・予備決定の本質的規律要素に属するというオッセンビュールは、「本来的」「副次的」規律とか拘束力とかいうような用語法、二分法には批判的である。Vgl. F. Ossenhühl, *Regelungsgelt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im Atomrecht*, NJW 1980 S. 1357 f.

(2)・(3) 本稿九頁(2)・一一頁(3)にあげた文献など参照。後に紹介するマン・ハイム行政裁判所の決定も同旨である。
(4)・(5) BVerwG Urt v. 3. 5. 1975, Baur 1975 S. 394. ある小作人がその小作地上に住居を新築するためその建築可能性について予備照会をしたところ、小作地が公道に面していないなどにより警察・郵便・医師の活動が妨げられること、建築の許可要件の一つであるゲマインデの同意も拒否されたことなどを理由として、小作人の申請が拒否されたので、同人が訴願、ついで訴えに及んだものである。本件判決は、予備決定に二種のものがあると判示する。これによると、第一に、将来の許可申請の際には、すでに予備照会にもつき知ったことをあげて、この申請を拒否することはできないという効果をもたらす確約(Zusage)にあたるものと、第二に、すでに部分許可の性格をもつ予備決定があり、これにより審査済の許可要件に関するかぎり許可はすでに発せられたことになるものがある。後者の意味における予備決定の拘束力は(授益的)行政行為の撤回・取消原則に従ってのみ除去することができ、いわゆる建築着手許可はこの意味における予備決定にあたるというのである。なお、本稿一〇頁にあげたプロイセン上級行政裁判所の判決等参照。

二 副次的内容——仮の積極的全体判断

前記のように、原子力法令、インシッション防止法令によれば、部分許可、そして予備決定も、全体としての施設(1)の設置・操業の許可要件の有無について仮の審査の結果、積極的判断に到達した場合にのみ、発せられることになる。この仮の積極的全体判断は、さきにもみたように、ほんらい部分許可・予備決定を発給するための要件であ

り理由にすぎず、形式的にも部分許可・予備決定の主文中に記載されることはないようである。⁽²⁾ここで問題となるのは、仮の積極的全体判断は部分許可・予備決定の規律内容にも属し、行政庁・関係人に対し拘束力をもつのではないかということ、そして、この場合、その拘束力は、部分許可・予備決定の本来的内容の拘束力（これを本来的拘束力といい、前者を副次的拘束力ということが多い）とくらべて劣るのではないかということである。これらの点については、以下のような諸説があるようである。

(1) 発給要件・理由説

仮の積極的全体判断は、単に部分許可等の発給のための要件であり理由にすぎず、これ以上に及ぶものではないとして、規律内容・拘束性を否定するものである。たとえば、マンハイム行政裁判所の見解が代表的なものに属する。⁽³⁾同裁判所は、原子力法手続令一八条一項にもとづく仮の積極的全体判断が、もし、部分許可の規律内容に属し、かつ、これによって関係人を拘束するという事になれば、すべて部分許可は同時に予備決定でもあるということになるが、これは適切ではないという。

同裁判所は、この理由として、第一に、原子力法令・インミッション防止法令のいずれも、部分許可と予備決定との間を区別し部分許可は許可であり一定の活動を許容するのに対し予備決定はそうではないとしていること、第二に、予備決定は原子力法手続令一九条三項によれば、その拘束力の範囲を確定する必要があるということから、一定の形式要件（予備決定であること、その対象などを記載すべきこと）に服するのに対し、部分許可にはこのような形式要件は妥当しないこと、などの点をあげる。そして、仮の積極的全体判断は、部分許可に先行すべきもの

であり、部分許可の規律内容とはならず外部的効力をもたない、と明言する。

同裁判所は、右に述べたことは「予備決定にも妥当する」という。もし、予備決定の際の仮の積極的全体判断が施設の設置・操業のプロダクト全体にも拘束力をもつということになれば、本来、制限的な、個別問題を対象とする予備決定に、より包括的な、プロダクト全体を対象とする予備決定（しかも、プロダクト全体については前記の形式要件が明示されない）がくわえられることになること、これにより右の本来の予備決定の規律内容・要件・効果をさぐることは困難となり法的安定性を著しく害ない、施設の設置・操業手続の全体について概観を得ることはできなくなることなどを、その理由として追加する。

(2) 規律内容説

仮の積極的全体判断は部分許可・予備決定の規律内容を構成し、これによって行政庁・関係人にも拘束力を及ぼすという説である。ただ、この説も、厳密にみれば、二ないし三通りのものに細分されることになる。

① シュミット・アスマンは、仮の積極的全体判断は、行政側にも相手方にも若干の柔軟性をもつけれども手続全体に対して「大綱的な拘束性」(rahmenmäßige Verbindlichkeit)を有し、したがって、これは行政行為概念という規律を意味し、原則として事後の手続に対し法的効力を及ぼすという。そして、彼は、仮の積極的全体判断も本来的規律内容と同じく、連邦インミション防止法等に定める取消・撤回に服するほかは、事情変更の原則に服することはない、と解するように思われる。⁽⁴⁾

② オッセンビュールは、仮の積極的全体判断もいわゆる本来的規律と全く同様に原子力法上の部分許可の本質

的要素に属するという点では、シュミットアスマンとくらべて少しニュアンスが異なる。しかし、オッセンビュールによっても、仮の積極的全体判断がされることにより全体としての施設はもはや原則的なたちでは問題にされることはなく事後の手続の対象は施設の一部のみまたは技術的観点からの施設の設置・操業の構想の修正に制限され、この意味で仮の積極的判断は「原則的許可」(Grundsatzgenehmigung)であるというみかたに同調するように思われること、この判断が部分許可の本質的要素に属するということから、その拘束力についても、部分許可のいわゆる本来の規律内容と同一に扱われ、したがって、法令に定める取消・撤回のほかは事情変更の原則は適用されないと明言しており、⁽⁵⁾これらの点では基本的にはシュミットアスマンの考えと異ならないようにおもわれる。

③ ビューデンベンダーおよびムチュラーも、原子力法令およびインミッション防止法令に定める部分許可・予備決定の規律内容を、シュミットアスマンと同じく、本来のものと副次的なものに分け、この点ではオッセンビュールとは異なる。ただ、シュミットアスマンと異なる点は、拘束力についても本来の拘束力と副次的拘束力とに分けて、それぞれ、右の規律内容に対応させることであろう。すなわち、仮の積極的全体判断は部分許可・予備決定の副次的内容を成し、そして法令に定める取消・撤回に加えて事情変更の原則も適用され、このかぎりでは「確言」(Zusicherung)の効力(§ 38条三項参照)に著しく似てくる⁽⁶⁾というのである。

(3) 行政上の確約説⁽⁷⁾

よりすすんで、仮の積極的全体判断は行政上の確約にあたりと明言するものがある。ゼルマーは、原子力法令・

インミッシェン防止法令に定める部分許可および予備決定は二つの相互に密接に関連するが、しかし相互に異なる規律内容、すなわち最終的規律 (Definitivregelung) と確約的規律 (Zusagerregelung) から成り、確約的規律は前者と違って、仮の審査を基礎としているから常に原則的規律内容 (grundsätzliche Aussage) のみを有し、これに応じてその拘束力も原則的規律を超えるものではないとして、結局、事情変更の原則の適用に服する、という。⁽⁶⁷⁾

彼によれば、原子力法令・インミッシェン防止法令に定める部分許可および予備決定は右にいう最終的規律内容しか含まないかのごとく解されるが、これは、これらの法条の表面的解釈にとどまる。すなわち、前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決は営業法上の予備決定の規律内容をもっぱら右にいう確約的規律の意味でとらえており、同判決が原子力法令・インミッシェン防止法令における予備決定等の規定をおく際に模範とされたことを重視すべきであり、そうすると、確約的規律をもつ予備決定および部分許可は、仮の積極的判断の結果、最終的規律たる予備決定・部分許可が発給されるにいたるという規定中に継受されているとみるわけである。⁽⁶⁸⁾ただし、これらの法令によれば、仮の積極的全体判断ということが最終的規律たる部分許可・予備決定の発給要件となつてゐることから、同法令の施行前に許容されていた孤立的原則許可 (isolierte Grundsatzgenehmigung) すなわち確約的規律のみを内容とする予備決定等は、同法の領域ではもはや認められない。換言すれば、「最終的決定なくしては、確約的決定も存しない」とされるのである。⁽⁶⁹⁾

(1) 仮の審査の意味・方法等については Vgl. Büttenbender / Mutschler, aaO S. 83 f.; Ossenbühl, NJW 1980 S. 1357.

(2) Vgl. Mutius / Schoch, DVBl 1983 S. 152 f.

- (3) その最初は一九七五年一〇月八日の Whyll 決定である。同決定およびこれに対する批判については、Vgl. Weber, DöV 1980 S. 399. ルビヤ VGH Mannheim Beschl. v. 26. 2. 1979, NJW 1979 S. 2528 を紹介することとする。
- (4) Schmidt-Abmann, aao S. 578 ff.
- (5) Ossenbühl, NJW 1980 S. 1357 f.
- (6) Büdenbender / Mutschler, aao S. 47, 75 ff. キダ Mutis / Schoch, DVBl 1983 S. 153 ff. ト 原十力法上の第一次部分許可および予備決定の際の仮の積極的全体判断は、施設の設定・操業の構想許_許 (Konzeptgenehmigung) の性格を有し、あるいは「原則的許可」とみることも誤りではないとし、ついで、同判断は、とりわけ事情変更の原因が相手方の領域にある場合には事情変更の原則に服するとしている。
- (7) 行政上の確約も個別事案の規律という要素をもつのか、したがってその法的性質は行政行為であるのかについては争いもある(菊井康郎・行政行為の存在法一五二頁以下、一七七頁参照。なお、拙稿・現代行政法大系二巻一一四頁)。その理解いかんによっては規律内容説とくにその③説との間の区別は微妙であるが、ここでは確約であると明言する見解を別個に取り扱うことにした。

(8) Selmer, aao S. 37 f.

(9) Selmer, aao S. 15 ff. 同 三 Selmer / Schulte-Osterloh, JuS 1981 S. 394 f.

(10) Selmer, aao S. 19. なお、予備決定には確約にあたるものを含めて二種のものがあるという前記の連邦行政裁判所の一九七五年判決は、ゼルマーによれば、予備決定の観念について判示する一九六六年判決を補充する意味をもつという。

確約説に対しては、ヴェーバーによる批判がある(Weber, DöV 1980 S. 400)。第一に、彼は、確約がそれ自体、個別事案の規律という面をもちながら、同時に別の最終的決定の発給要件となつてゐることを、ドグマティッシュに根拠づけるのはむづかしいと考えるようである。たしかに、通例の確約がそれ自体、独立して孤立的に発せられる場合とくらべて、特異性が

あるわけであるが、このような特異性は、わが国では、特殊ドイツ的法現象としてしりぞけうるかが問題とならう。

第二に、ヴェーバーは、推断的確約 (konkludente Zusage) Ⅱゼルマーも仮の積極的全体判断をこのように呼んでいる) は事情変更がないという留保のもとで一定の保証を与えるのであるから、この確約は当然、すぐ後に発せられるべき部分行政行為とのみ関係するはずであると、ゼルマーのごとくこの確約が施設の設定・操業全体についての許可に及ぶということにはならない点を示唆する。ヴェーバーによれば、直近の部分行政行為の発給をもって事情変更原則にいう重要な事情変更にあたるとみるのであろうが、この解釈には疑問の余地もあろう。

第三に、V v f G 三八条によれば、行政行為と異なり、確約には事情変更の原則が適用になることが明規されている。

この点、ヴェーバーは、行政庁はもともと事情変更がない場合にのみ仮の積極的全体判断に拘束されるのであるからその確約的性質を認める必要はないというのであるが、この場合の法的根拠をどこに求めるのかは必ずしも明らかではない。この点、オッセンビュールは、仮の積極的全体判断は確約ではないから事情変更の原則に服さないと明言している (Ossenbühl, NJW 1980 S. 1358)。

なお、予備決定の一種であるとされている、いわゆる建築着手許可の確約性についても論議がある。この点については、本稿一〇～一一頁参照。

五 部分許可・予備決定の現代的意義と許容性

一 現代的意義

- (1) 部分許可・予備決定の現代的意義は、いわゆる (多) 段階的行政手続論との密接な関係において認められる。
- (多) 段階的行政手続とは、たとえば、「全体の問題を段階的に処理し、かつ、決定 (Entscheidung) を段階的

に具体化する⁽¹⁾ことである。その機能・目的は、時間的にも長期間かかり、かつ、内容的にも複雑な手続を要する行政過程を、とくに国民の眼からみて透視 (Transparenz) 可能にすることにその主眼があり、これは、法的明確性 (Rechtsklarheit) Ⅱ 法治国原理の要請するところでもあるとされる⁽²⁾。このほか、右の行政過程の各段階での市民参加を確保すること⁽³⁾、早期の段階における第三者の権利保護の実現をはかること (前記の一九六六年の連邦行政裁判所の判決)、行政統制という行政裁判所の役目にも効用があることなどが指摘されている⁽⁴⁾。

(多) 段階的行政手続論の実質的意義としては、事業者は段階的または安定的なかたちで巨大な投資をすることが可能なこと⁽⁵⁾のほか、科学技術上の新知識が現われればこれをも考慮にいれることができるから第三者にとっても有利であること⁽⁶⁾などの点⁽⁷⁾があげられている。

(2) 右のような(多) 段階的行政手続の観念・機能を考えるならば、この手続の各段階に部分許可または予備決定を配置させるべきであり、最終段階に唯一の決定をおき拘束力をこれに集中させてはならず⁽⁸⁾、また、各段階でなされる決定の相互間に整合性をもたせるべきであり⁽⁹⁾、とりわけ、冒頭段階でなされる決定に事後の手続全体を原則的に統合するような重要な意味をもたせることが必要になってくる。かくて、(多) 段階的行政手続においては、とりわけ部分許可・予備決定という行政行為は重要な意義をもつことになる⁽¹⁰⁾。

- (1) R. Wahi, Der Regelungsgehalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren, DöV 1975 S. 375. 同註 Schmidt-Abmann, aaO S. 570; Ossenbühl, NJW 1980 S. 1355; Erichsen/Martens, aaO S. 152.
(2) Wahi, DöV 1975 S. 376f.; Schmidt-Abmann, aaO S. 569.

- (3) Schmidt-Abmann, aO S. 569 ff. Weber, DöV 1980 S. 397 ff. これを透視可能なことと並ぶ二大機能・目的とみるべきである。
- (4) Schmidt-Abmann, aO S. 569.
- (5) この点もほとんど一致した見解である。前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決、一九七二年判決も、同旨である。また、部分許可・予備決定制度を導入した原千刀法の立法趣旨でもある。Vgl. Weber, DöV 1980 S. 397.
- (6) Vgl. BVerwG Urt, DVBl 1972 S. 679; Bubenbender / Mutschler, aO S. 1.
- (7) 以上の点については、成田・前掲論文八二頁、大西・前掲論文四五八頁以下参照。
- (8) Vgl. Ossenbühl, NJW 1980 S. 1335; Erichsen / Martens, aO S. 152.
- (9) Vgl. Weber, DöV 1980 S. 397.
- (10) Vgl. Mutis / Schoch, DVBl 1983 S. 149.
- (11) 本稿一〇・一二・一九頁など参照。なお、(多) 段階的行政手続はすでに古くから公用収用法や耕地整理法などの分野でもみられたこと、行政上の確約(契約)には教示(Auskunft)も(多) 段階的行政手続の機能發揮に資する面があることも指摘されている。Vgl. Schmidt-Abmann, aO S. 570 f.; Erichsen / Martens, aO S. 152.

二 許 容 性

(1) 法律・法規命令において、部分許可または予備決定の発給義務が定められることもある。たとえば、各ラン卜の建築法令に定める予備決定(いわゆる建築着手許可)がこれに属するようである。ここで問題となるのは、当該の法分野においては、これらの法令によることなく行政庁がその裁量にもとづいて予備決定等を発することが許されるかどうかである。この問題の解答は右の法令の規定の趣旨目的の解釈にかかってくるが、ある論者は、各ラ

ントの建築法令に定める右の規定は建築上の予備照会についての決定（予備決定）の可否・方法等に関する完結的規定であるとして、これに類する予備決定を行政庁がその裁量により発することは許され⁽¹⁾ない、といっている。

つぎに、法律・法規命令において、部分許可や予備決定を発しうることを前提とするような規定またはこれを明示する規定があるときは、部分許可・予備決定の発給が許されることは問題ない。原子力法令およびインシジョン防止法令に定める部分許可または予備決定などが、これにあたるであろう。

(2) 法律・法規命令が部分許可または予備決定の発給を義務づけも禁止もせず、また、発給を前提としたり明示的に許容するような規定もおかず、単に、通例の許認可等の行政行為の発給を授權する定めをおくにすぎない場合はどうであろうか。この点、前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決および一九七二年判決にみられるように、判例は、一般に、この場合、行政庁はその裁量にもとづいて行政行為の発給手続を適切に細分・段階化し、かつ、部分許可・予備決定を発することができる⁽²⁾と解するようである。学説も、大体において、判例と同旨である。たとえば、シュミットアスマンも、「特別の法律の授權がなくても、官庁が決定を発する権限をもっているかぎり、拘束的な断面的決定（Abschnittsentscheidungen）を発給することは許される」と述べている。

右の判例学説の理由は必ずしも明確ではないが、前記のように（多）段階的行政手続および部分許可・予備決定の現代的意義を考慮すれば、部分許可・予備決定の発給は、これによって相手方等に対し特別の不利益を加えることはなく、むしろ、利益となること、すでに法律上授權された権限の段階的細分化または包括的な先取的行使であるにすぎないことなどの点に、その理由があるものと推測される。

(1) Selmer / Schulze-Osterloh, Jus 1981 S. 396 f. なお、拙稿・神戸学院法学一〇巻一号三頁注(2)参照。

(2) Schmidt-Abmann, aao S. 574 f. *だ' Selmer / Schulze-Osterloh, Jus 1981 S. 397 も' 予備決定と(2)と同言。

六 部分許可・予備決定の拘束力

一 本来的拘束力

部分許可・予備決定の法的効力についてはその觀念・法的性質との関連でも少しばかりふれたところであるが、ここで若干、くわしくみておくことにしたい。前記のごとく、部分許可・予備決定にはそれぞれ二つの規律内容がある⁽¹⁾とされていることから、法的効力についてもこの二つの側面がそれぞれどのような法的効力をもつかが問題にされ、本来的拘束力(Primärbindung)と副次的拘束力(Sekundärbindung)とに分けて考察される⁽¹⁾ことが多い。

部分許可・予備決定の本来的拘束力とは、その本来的規律内容に対応する拘束力をいう。(多)段階的行政手続を組成する一部分についてのいわば静止的・平面的・孤立的な効力であり、しかし完結的効力でもあり、このかぎりでは普通にいわれるところの行政行為の拘束力とくらべて異なる。ただ、部分許可・予備決定が当該の行政手続全体の中で有機的に組み込まれる結果、この中で右のような効力をもつ部分許可・予備決定もそれぞれその特色を發揮することになり、ここに、(多)段階的行政手続における行政行為としての機能が現われているといえる。

本来的効力に関しては、さしあたり、予備決定は、部分許可とくらべて、失効することがあるが、このほかにも一、二、重要な差異があるのではないかが問題となる。

第一に、付款を付すことにより予備決定の拘束力を制限する問題がある。付款の可能性については、前記のごとく、原子力法にはこれを認める明文の規定があるが、連邦インミグレーション防止法はこの点について定めていないので問題となる。連邦行政裁判所は肯定説をとるようであり、V w V f G 三六条二項を根拠として同様の結論をとる学説もある。⁽³⁾

しかし、学説の多くは否定的のようである。たとえば、セルマーも、予備決定には許容的規律がなく単に確認的規律のみにとどまるといふその本質的性格から原則として付款にはなじまないこと、連邦インミグレーション防止法も、終期のみを認め（九条二項Ⅱ失効についての規定）、その他の付款の可能性を明示していないことを理由として、同法にいう予備決定については付款の可能性を否定している。⁽⁴⁾

第二に、予備決定は、部分許可と異なり、事情変更の原則にも服するのではないかということが問題になる。前記のように、連邦行政裁判所の一九六六年判決および一九七二年判決は、一見、これを肯定するかのようにもみえる。連邦インミグレーション防止法九条についての政府草案の理由書も、同様の見解をとる。

しかし、学説は、一般に、否定的のようである。その理由としては、右の両判決で問題となっている予備決定は最終的規律の意味のそれではなく、孤立的原則決定 (isolierter Grundsatzbescheid) としての予備決定であり、これは、いわば仮の積極的全体判断を内容とする予備決定であるから、本来的規律Ⅱ最終的規律としての予備決定に対しては右の判旨は必ずしも妥当しないこと、右の政府草案の理由書も予備決定の規律内容に二種のものがあることを深く考慮に入れないで右の判決の見解を単純にそのまま受入れたこと、⁽⁵⁾ 事実・法状況の変更は撤回事由とさ

れ、かつ、撤回をするときは相手方の信頼損失の補償が必要と定められることにより（原子力法七条のa第三項・一七条・一八条、連邦インミッション防止法九条三項・二二条参照）、事情変更の原則はある程度、適切に法令の規定中にとり入れられているから、このほか、とくに明文の規定もないのに、一般原理である事情変更の原則を適用すべきではないこと⁽⁶⁾、確約は同原則に服するが（VwVfG三八条三項参照）、少なくとも、最終的規律を内容とする予備決定は確約ではないから事情変更の原則はこれには適用されないこと⁽⁷⁾、などの点があげられている。

- (1) ただし、前記のようにオssenbühlはこのような用語法には批判的である。本稿二二頁注(1)参照。
- (2) Vgl. Budenbender / Mutschler, aaO S. 49.
- (3) Jarass, aaO S. 173.
- (4) Selmer, aaO S. 29 ff. したがって、彼によれば、第九次の同法施行令二三条二項四号（原子力法手続令一九条三項四号も同一の内容の規定）にいう予備決定がそのもとで発せられるべき「前提および留保」は、予備決定の本来的規律について付款の可能性を認める規定として理解してはならない。この規定は事後に違法な許可を発給する約束を防止するという意味をもつのであり、そこで同条項は予備決定の確約的規律^{II}副次的規律に適用されるとし、部分許可の確約的規律にも同様のことが妥当すべきであるから同条項はこれに対しても準用されるべきである、というのである。
- (5) Selmer, aaO S. 36.
- (6) Schmidt-Almann, aaO S. 580 f.; Selmer, aaO S. 36; Ossenbühl, NJW 1980 S. 1358; Budenbender / Mutschler, aaO S. 48 f.
- (7) Budenbender / Mutschler, aaO S. 48 f.

二 副次的拘束力

部分許可・予備決定の副次的拘束力とは、その副次的規律内容に対応する拘束力をいう。換言すれば、事後の決定内容を原則的に予決する (präjudizieren) 効力のことであり、これにより相応する内容の決定を事後に発すべきことについて、行政側の義務、相手方の権利が生じうる。それ自体としていわば動態的・立体的・相関的な効力である点において通例いわれるところの行政行為の拘束力とくらべて特色があり、(多) 段階的行政手続の目的を達するにふさわしい行政行為であり拘束力であるということができよう。

右の予決の方法は、原子力法令、インミシジョン防止法令によれば、もっぱら施設の設置・操業についての仮の積極的全体判断をつうじて行なわれることになる⁽¹⁾。

仮の積極的全体判断の拘束力に関しては、さしあたり、次のような問題があろう。

第一に、付款の可能性の問題がある。仮の積極的全体判断もいわゆる本来的内容と等しく部分許可の本質的規律要素に属するとみるオッセンビュールなどは、この問題についてもいわゆる本来的拘束力の場合と同様に扱うものと推測される。また、連邦インミシジョン防止法上の予備決定の最終的規律について付款の可能性を否定するゼルマー等は、予備決定の確約的規律にも「本来の意味での付款をつけることはできないが、ただ、予備決定がそのもとで発せられるべき『前提および留保』は実質的には付款に相当する機能をはたす」としている⁽²⁾。

第二に、事情変更の原則に服するかどうかの問題となる。すでにみたように、シュミット・アスマン、オッセンビュールなどは否定的であるが、一般に、判例・学説は肯定的のようである。たとえば、連邦行政裁判所の一九六

六年判決および一九七二年判決もそのように解せられるし、また、予備決定の本来的拘束力について事情変更の原則の適用を否定するゼルマー、ビューデンベンダーおよびムッチュラーなども、仮の積極的全体判断についてはその適用を承認しているのが注目される。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) Büttenbender / Mutschler, aAO S. 70 ff. は、このほか、部分許可・予備決定の主文形式により事後の決定の内容を予決するという方法がある、と説く。たとえば、施設の設置許可は、その際当然に行政庁は施設の技術性等の審査もなし、他方、相手方はこの許可を信頼して巨大な投資をすることにより基本法一四条にいう財産権的地位を取得することになるから、施設の技術性等を理由とする操業許可の申請の拒否をしりぞけるという副次的拘束力を展開するとし、このことは、施設の設置許可の際その操業についても仮の積極的全体判断が要求されているか否かを問わないというのである。

(2) Selmer / Schulze-Osterloh, Jus 1981 S. 399 f. なお、本稿三四頁注(4)参照。

(3) 本稿二四頁以下参照。

(4) なお、Büttenbender / Mutschler, aAO S. 92 ff. は、部分許可・予備決定の副次的拘束力の範囲等についても詳細かつ有益な説明を展開している。

七 おわりに

一 以上、西ドイツにおける部分許可と予備決定の概要についてみてきた。ここでは、本稿の結びにかえて、両者の観念とその相互間の区別について若干の感想を記しておきたい。

(1) まず、部分許可・予備決定のいわゆる本来的規律は、施設の設置操業等に関する全体の行政手続の中で、そ

の一部にかぎつてではあるが最終的規律であり、通例の行政行為とくらべて異なるところはない。いずれも、それ自体としては、いわば静止的・平面的または孤立的な内容をもつが、しかし、当該の行政手続の全体の中に有機的に組み込まれている点において、動態的行政過程における行政行為としての意味をもつように思われる。この点では、部分許可も予備決定も同じであり、論者にも異論はないように思われる。この意味で、右の両者をあわせて「部分決定」とでも呼ぶこともできるであろう。

ただ、原子力法・インミッシェン防止法上の部分許可と予備決定について、通説的見解は、部分許可は施設の設置操作の許容を内容とするのに対し予備決定はこれがなく単に確認のみを内容とする点で両者は異なる、とみてい⁽¹⁾る。予備決定は施設またはその一部を設置する権利を与えるものではないという規定（原子力法手続令一九条四項⁽¹⁾二号・連邦インミッシェン防止法の第九次施行令二三条三項(二号)も、このような解釈を正当とするものであろう⁽²⁾か。なお、原子力法令、インミッシェン防止法令によれば、規律対象、形式の面でも部分許可と予備決定との間には差異があるようである。もっとも、施設の立地の決定は予備決定の規律対象であるが、原子力法の領域では、実際には第一次の部分許可により施設の立地の決定がされるのが通例であり、判例学説もこのような実務の方針を承認している⁽³⁾。また、個々の許可要件も予備決定の規律対象であるが、実務上は、この予備決定が不可争となる前に部分許可が発せられていることなどの理由により、個々の許可要件を対象とする予備決定も、実務上は重要ではないといわれている⁽⁴⁾。これらのことは、法令面での規律対象の差異が部分許可と予備決定の法的性格の差異を本質的に決定づけるということにはならない一つの根拠にならう。

(2) つぎに、仮の積極的全体判断は原子力法上のまたはインミッション防止法上の部分許可および予備決定について、ほとんど共通の意味・内容をもっていることが、これらの法令の規定をみても分かるし、論者も、同じようにみているように思われる。仮の積極的全体判断は、それ自体としてもいわば動態的・立体的な側面を有し事後の行政活動に一定の影響を及ぼす。とりわけ、施設の設定・操業等の行政手続の冒頭段階において、この判断がされることにより、施設の設定・操業が原則的に許されることが決定されることもある。これにより、相手方は安んじて巨大な投資をしていくことができ、施設の設定・操業により不利益を受ける第三者は、きわめて早期の段階でこのような施設の設定・操業を争うことができるようになる。いわゆる本来の規律たる部分許可・予備決定のほか、このような意味・内容をもつ仮の積極的全体判断があることによってはじめて、複雑で動態的な行政過程を透視可能なものにするという、いわゆる(多)段階的行政手続論の目的も達成されることになる。

このようにみていくと、仮の積極的全体判断は、いわゆる本来の規律たる部分許可・予備決定の単なる発給要件・理由にすぎないとみるべきではなく、それ自体、規律であり、行政庁・関係人に対し一定の法的効力を及ぼすと解するのが適切であろう。ただし、その法的効力は、事情変更の原則に服するなど、いわゆる本来の規律たる部分許可・予備決定のそれよりも若干劣ることは否めないように思われる。なお、右の意味における仮の積極的全体判断は、先に示唆したような部分決定(いわゆる最終的規律たる部分許可・予備決定)と区別するため、名称のうえでもまさに「予備決定」の名にふさわしいのではないかと思われるがどうか。前記の連邦行政裁判所の一九六六年判決も、予備決定の觀念をもつばらこのような意味でとらえているようにみえるのが注目される。なお、

この意味での予備決定が行政上の確約にあたるかどうかは今後の検討にまつことにしたい。

二 わが国において、近時、有力に主張される行政過程論⁽⁵⁾も、複雑で動態的な行政過程が増大しつつあるという現実をふまえてその適切な法的処理を説く点では西ドイツの(多)段階的行政手続論と共通のものがある。ただ、後者にあつては、この行政過程の法的処理の手法としてとりわけ部分許可・予備決定という行政行為を重視するのに対し、わが国の行政過程論は、ともすれば行政行為の役割を軽くみるようなきらいもあるように思われる。しかし、わが国でも原子力法令等の実定法においては、西ドイツでいわれるような部分許可・予備決定に相当するような行政行為もおかれていることも否定できない。⁽⁶⁾

本稿では、不十分ながら西ドイツの(多)段階的行政手続論および部分許可・予備決定の一端を知ることとし、わが国の実定法等についての分析・検討は、これをふまえて、後の機会にふれる予定にしている。

(1) 予備決定の中に許可の一種であると解しうるようなものがあると示唆する見解のあることは、すでに述べた(本稿二一頁参照)。わが国における近時の行政行為の種別論についての成果をふまえれば、確認は行政庁を構成する公務員の精神作用の発現の一形態であるのに対し、許可は行政行為の法的効果を基準とした場合の一つの種別であり、確認と許可とは分類の基準が相互に異なるということにならう。したがって、予備決定による確認によってある土地での施設の設置等が許されるという法的効果がでてくるとみることも可能ではなからうか。この点について、藤田宙靖・行政法Ⅰ(総論)一二六頁など参照。

(2) わが国の実定法の考察では、このような規定は特殊ドイツ法的現象として処理することができかねるかが問題とならう。

(3) たとえば、Vgl. Weber, D&V 1980 S. 398; Osenbühl, NJW 1980 S. 1353 ff. など、塩野・前掲論文四六頁、保木

本・前掲論文一六一頁参照。

これに対し、施設の立地について拘束的な決定は予備決定によってのみすることができ、(第一次)部分許可では不可能とみるものとして、前記のマンハイム行政裁判所の一九七九年二月二六日の決定などがある。

(4) Weber, D&V 1980 S. 398.

(5) 遠藤博也「複数当事者の行政行為——行政過程論の試み」北大法学二〇卷三号二四七頁以下、同「行政過程論の意義」北大法学二七卷三〇四号五九九頁以下、塩野宏「行政作用法論」公法研究三四号二〇九頁以下、同「国土開発」未来社会と法二二二—二二三頁など参照。

(6) さしあたり、拙稿・現代行政法大系二卷一一二頁以下参照。