

# 行政行為の附款

——西ドイツの学説・判例の最近の動向から——

藤原 静雄

## 一 はじめに

現在わが国においては、伝統的行政行為論に対して様々の批判がなげかけられている。にもかかわらず、行政行為の附款は、それが行政行為論において占める地位が文字通り *Neben* であるためかあまり論じられていない。しかしながら、現実の行政過程で附款は重要な役割を果たしており、それに関して学説・判例上も争いがないわけではない<sup>(1)</sup>。さらに、最近では、従来のような附款論の構成<sup>(2)</sup>そのものに対する疑問<sup>(3)</sup>も提示されてきているのである。

ところで、わが国の従来附款論はドイツ行政法のそれに全面的に依拠してきたといつて過言ではない<sup>(4)</sup>。しかし、そのドイツにおいても近年附款を対象とする議論が盛んになってきており、かつそれは従来議論とは若干異なった様相を呈している。

そこで本稿では、附款論をどう構成するかという問題にかかわる西ドイツの学説・判例を概観し、わが国における附款論の構成を考え直す一つの手がかりとしたい。

## 二 変更負担 (*modifizierende Auflage*)

(1) 西ドイツで附款に関する議論が活発になってきたのは、比較的最近のことである。その理由として、次の三点を挙げてよいと思われる。すなわち、変更負担という新しい概念が提唱されそれを一時的にせよ連邦行政裁判所が採用したこと、連邦行政手続法に附款に関する統一的規定が置かれたこと<sup>(5)</sup>、附款の行政実務——最近では特に環境・原子力行政の分野——での重要性に対する

認識が高まってきたこと、である。このうち、附款に関する議論のいわば火つけ役を果たしたのが、変更負担という新概念であった。それは附款論を考え直す上で重要な素材を提供したと評価しうるのである。

(2) 変更負担 (modifizierende Auflage) という概念はヴァイロイターの提唱によるものである。彼は1969年に発表した「建築条件について」と題する論稿<sup>(6)</sup>の中で、変更負担に関して大略次のように述べている。すなわち、彼が建築行政の分野において不利益な附款を付された授益的行政行為につき先例を検討した結果によると、一口に負担とよばれているものの中に二種の異なった性格のものがあるという。彼はそれらを、„Ja, aber“ の構造をもつ負担と、„Nein, aber“ の構造をもつ負担とよんでいる<sup>(7)</sup>。前者の負担の場合には、それを付加された許可は、一定の制限はされているものの、ともかくも申請の対象について与えられた „Ja“ という内容、つまり肯定的内容を含んでいる。これに対し、後者の負担が許可に付されると、その許可は実際には私人の申請を拒絶している、言い換えれば、申請の対象についての „Nein“ という否定的内容を含むのである。この後者の負担をヴァイロイターは変更負担とよぶ。

彼は変更負担の法的性質を次のように理論付けている。彼はまず変更許可 (modifizierende Gewährung) という概念を考える。この変更許可は、申請されたものを拒絶すると同時に、そのようには申請されていない何物かを許可するという性質のものである。そしてこれは許可の対象とかかわっているという点では附款と同じであるが、負担の有する命令的効力がなく条件の有する停止的効力もないという点で、附款とは異なるというものである<sup>(8)</sup>。このような変更許可と義務付ける要素である負担とが結びついたものが変更負担である、と彼は定義する。この変更負担を利用して、行政庁は、申請人に対して申請とは異なる何物かを許可するだけでなく、それ以上に、申請人に内容的に申請と異なる規制の実現を義務付けるのである。

ヴァイロイターによれば、この変更負担の大きな特色はその訴訟上の取り扱いにある。すなわち、彼はこの変更負担は訴訟において従来の負担と同様に扱われるべきではないと主張する。単なる負担 (真の負担) が、許可との分離可能性の故にそれだけを取消訴訟で争うことができるのに対して、変更負担の場

合には、それだけの取消を求めて訴訟で争うことはできないという<sup>(9)</sup>。なぜなら、変更負担を付された „Nein, aber“ という構造をもつ許可は、 „aber“ という負担を取り消すことによって „aber“ という制限を取り除かれた単なる „Nein“ になるのではなく、 „Ja“ という意味に質的に転換されてしまうからである。それゆえ、かかる性質を有する変更負担を争うのには、制限のない許可を求める義務付け訴訟によるべきであるという<sup>(10)</sup>。

以上のような性質を有する変更負担の例としてヴァイロイターが挙げるのは次のようなものである<sup>(11)</sup>。それは、申請人が「切妻屋根の家を建てる許可」を望んだのに対し、行政庁による建築許可には「屋根は平屋根にすべし」という負担が付されたような場合である。この場合、与えられた許可には申請の対象である「切妻屋根」を肯定する部分が欠けている。申請されたものは拒絶されて何か別のものが許可されている。「屋根は平屋根にすべし」という負担は、申請の対象（＝切妻屋根の家）を規制し、申請された許可を質的に変化させているのである。

(3) 以上のようなヴァイロイターの議論を受けて学説・判例は様々な展開をみせた。

まず、連邦行政裁判所が行政庁の付した条項を変更負担であると解した唯一の例として、第4部<sup>(12)</sup>による1974年2月8日判決<sup>(13)</sup>があり、それはこの問題のリーディングケースとされている。

事案は、原告であるコンクリート材関係の業者が工場の建築許可を申請したところ、監督官庁は建築許可に「工場から出る震動・騒音を一定値以下にせよ」という条項——行政庁は負担と明示していた——を付加し、これに対し原告がその負担部分のみの取消を請求したというものである。

連邦行政裁判所第4部は、上述のヴァイロイターの議論を引用しつつ、この条項は行政行為によりなされた法律上の許可を内容的に制限するものであるとし、これを変更負担であるとした。この他に連邦行政裁判所第4部は、1974年5月3日判決<sup>(14)</sup>（問題となったのは、車庫の建築許可において車の出入りを特定の道からのみ許すという条項）でも変更負担に触れているが<sup>(15)</sup>、当該事案ではその条項の変更負担としての性格を否定している。

連邦行政裁判所第4部が示す変更負担概念の理解によれば、変更負担は以下のような点で単なる負担と区別される。すなわち、変更負担が許可の対象自体にかかわる点<sup>(16)</sup>、許可の対象自体を変更する点<sup>(17)</sup>、許可に内在する意図自体に直接に関係する点<sup>(18)</sup>、申請の対象に関して許可を質的に変更する点<sup>(19)</sup>、あるいは許可の変更につながる点<sup>(20)</sup>、などである。

このように、連邦行政裁判所第4部による変更負担概念の理解は事案ごとに微妙に異なっており必ずしも一定してはいない。しかし、連邦行政裁判所第4部が、変更負担の本質を、主たる規制と全く同一の対象を規制するという点に求めているということは指摘できる<sup>(21)</sup>。これに対し、単なる負担は、主たる規制によって与えられた許可自体を規制の対象とすることはないのである。

この連邦行政裁判所第4部の考え方は、徐々に下級審の判例にも浸透していった。

たとえば、当該条項が変更負担とされたものとして、「家の外壁を耐火構造にせよ」という条項<sup>(22)</sup>、あるいは外国人法7条3項に基づく「連邦滞在中独立の営利活動を禁ずる」という条項<sup>(23)</sup>があり、変更負担とされなかったものとして、「行政庁による窓の造作の指定」<sup>(24)</sup>がある。

しかし、そこでは連邦行政裁判所第4部の判決が引用されるばかりで、この問題に関する理論的検討はほとんど行なわれていない<sup>(25)</sup>。

(4) この問題について学説においても多くの論稿が発表されたが、そのほとんどは以下に述べるように変更負担の概念に批判的である。

まず最初になされた批判は、変更負担と単なる負担との実際上の区別の困難さということであった。このことは、エリクセンの「変更負担とそうでない負担の区別は直感の域を出ていない」という言葉<sup>(26)</sup>に端的に表わされている。

次に、より理論的な側面から、変更負担はそもそも附款でありうるのかという批判<sup>(27)</sup>がなされた。すなわち、変更負担であることのメルクマルは「申請の対象に直接に関わる」ことであるとされているが、それは従来の附款の定義から考えると矛盾ではないか、というものである。なぜなら、申請された行政行為を付加的に規制するのが負担であり、申請の対象を扱うのは行政行為の内容そのものであると考えるのが従来の附款論だからである。このことは、連邦行

政手続法36条2項による負担の概念定義上も前提とされている<sup>(28)</sup>。したがって、ヴォルフ／バッハホフは、変更負担とは間違った命名であり、それは一部拒否処分、あるいは、そのようには申請されていない先行的許可と結合した申請の拒絶そのものであるという<sup>(29)</sup>。

また、変更負担は負担でなく、ヴァイロイターが変更負担の基礎としている変更許可なる概念に他ならないとする見解もある<sup>(30)</sup>。

さらに、ヴァイロイターや判例による変更負担の議論に際して、そもそも『申請の対象』を『変更する』という概念が精確に定義されないままに用いられていることが問題であるという批判<sup>(31)</sup>がなされている。たとえば、行政庁が私人の申請に対して許可を与える場合、行政庁が申請の対象に関して何らかの形で付加的な規制をしたからといって、常にそれが申請の拒絶になるわけではなく、行政庁によるある程度の条項の付加は申請の枠内のものとして理解される場合もあるという主張である<sup>(32)</sup>。

そしてかかる観点からすれば、ヴォルフ／バッハホフが、変更負担が一部拒絶でないのならそれは申請の拒絶およびそれと結合した先行的許可に他ならないと理解しているのは、ヴァイロイターの議論に引きずられた観があるともいえよう。

だが、こうした両者の見解の相違は、「申請の対象」を「変更する」という場合にそれを「申請の核となる部分を変更する」という意味であるとするのか、それとも広く「申請の対象を制限する」という程度の意味であるとするのかによるものとも考えることもできる。

あるいはまた、「変更負担」という概念自体が論者によってまちまちに用いられているという点にこの議論を錯綜させている真の原因がある、といえるのかもしれない。

以上のような様々な学説の批判を浴びて、変更負担という概念は、もはや判例ではみられなくなった。そして学説も、変更負担は従来の附款論の一応のまとめである連邦行政手続法36条2項に掲げられている意味での負担ではありえず、それは行政行為の内容そのものであるということではほぼ一致している<sup>(33)</sup>。

このようにして「変更負担」なる概念は法理論上は否定されたといえる。し

かし、ヴァイロイターによる問題提起は決して無駄なものではなかった。変更負担をめぐる論争を通じて、附款をめぐる法現象を従来とは異なった視点から捉える動きが出てきたからである。

### 三 附款論の再構成への動き

(1) 上にみてきたように、変更負担をめぐる議論では、「申請の対象」「申請の対象を変更する」などの概念が多く用いられている。そして、行政庁による許可に付加された条項が、単なる負担であるのか、変更負担であるのか、申請の一部拒絶であるのかは、ドイツ民法150条2項（「拡張，制限，その他の変更の下での承諾は新たな申込を伴った拒絶とみなす」）等の民法上の規定に依りつつ決すればよいとする考え方も示されている<sup>(34)</sup>。

これは、変更負担をめぐる法律問題を、いわば契約の趣旨解釈的に申請の趣旨解釈を通じて解決しようとする考え方であり、私人の申請に対する行政庁の回答の仕方という角度から問題を分析しようとするものである。このような方法は、変更負担に対してだけではなく附款一般に対しても妥当しよう。

問題に対するかような態度は、附款の概念が元来民法に由来するものである以上当然ではあるが、それにもかかわらず、それが変更負担の問題の提起以前にみられなかったのは、従来の学説・判例がO・マイヤーやコルマンによって体系化された附款論にあまりにも縛られすぎていたからであったといえよう。附款論の歴史の変遷の跡をたどってこの点を明らかにしたのが、エルスターである。彼は従来の附款論に内在する問題点を指摘し、変更負担についても興味ある論述をしている。

(2) エルスターによれば<sup>(35)</sup>、今日われわれが附款とよんでいるものと本質的に同じである、授益的行政行為に付加される制限条項は、既に19世紀に立法・司法・行政を通じて広く用いられまた認められていた。そして、そこには、未だ民法の概念を借用することのない、今日とは名称も法効果も異なった制限条項が存しており、それは一般的にただ „Bedingung“(条件)とのみよばれていたのである。そして、このような状況下で、O・マイヤーやコルマンにより当時の民法の概念を借用した附款論の体系化が行なわれ、特にコルマンのそれ<sup>(36)</sup>

は急速に学説・判例・実務に浸透して、これ以降は行政行為の附款を公法上の現象としてではなく、民法あるいは法一般に共通の現象として考える学説が多くなっていくのである<sup>(37)</sup>。

しかしながら、この過程において、今日まで附款論に影響を及ぼしていると思われる三つの問題が生じたことをエルスターは指摘している。

その第一は、行政法の領域において民法の概念を借用して附款論を体系化したために、必然的に、行政法において実質的に附款の役割を果たしている条項が、民法の概念に依拠する新たに成立した附款論の体系からこぼれ落ちたということである<sup>(38)</sup>。つまり、授益的行政行為に対して従来広く行なわれていた付加的制限——公法上の „Bedingung“（条件）と総称されていた——の中には、民法上それに対応する概念がないものが存在したのである。なぜなら、民法の場合であれば、契約の申込と承諾の不一致は契約の不成立ということにつながり、附款付きの法律行為というものを考える必要がないからである。それゆえ、今日その欠缺を埋めるために、実務において広く存在する広義の附款を、たとえば „Einschränkung“（制限）とでも総称せざるを得ず、そこには条件とも負担ともつかないものも存するのである。エルスターによれば、変更負担はまさしくこの中に分類される<sup>(39)</sup>。

以上のエルスターの説からすれば、現在行なわれている附款の分類は何ら論理必然的なものではないといえることになろう<sup>(40)</sup>。

第二は、附款と訴訟の問題である<sup>(41)</sup>。コルマンはO・マイヤーとは見解を異にし、立法例・裁判例を仔細に検討することにより、行政法においては民法と違い負担の方が（狭義の）条件よりも多く用いられているという事実を重視し、負担の独立性を強調した<sup>(42)</sup>。すなわち、負担は、（狭義の）条件とは異なり完全に独立した存在であり、かつ外部から主たる行政行為に付加される意思表示であって、内部的に行政行為に属する条件とは峻別されるべきであるとし、それゆえ負担はそれだけで取消訴訟の対象となりうると結論した<sup>(43)</sup>。

但し、彼の場合には、違法な附款は許可の本体とは無関係に当然無効 (nichtig) となると考えたので、「負担はそれだけで取消訴訟の対象となり条件（あるいはその他の附款）は独立しては取消訴訟の対象とならない」というシェー

マ<sup>(44)</sup>は必要なかった<sup>(45)</sup>。

ところが、コルマン以降の学説・判例では「負担」と「独立の処分」が同一視され、「処分であるから負担は独立に取消訴訟の対象となるが他の附款はそうではない」というシェーマが、いうなれば、一人歩きをし始めたのである。そしてその結果、附款の可分・不可分は実体法上の問題であるから「附款がそれだけで取消訴訟の対象となるか否か」という訴訟法上の問題とは一致しないにもかかわらず、また、現実に負担に可分なものと不可分なものが存在したのにもかかわらず、「負担は可分、他の附款は不可分」というシェーマが導かれたのである<sup>(46)</sup>。

変更負担の概念は、附款（特に負担）のみの取消が許されるか否かという問題との関係で本来考え出されたものであったが、上にみたように附款と訴訟に関するかかる議論にこそ、その問題の真の所在を求めることができるといえよう。

第三は、判例・学説・実務における „Bedingung“（条件）概念の二義性からくる混乱である<sup>(47)</sup>。コルマン以降負担と条件とが峻別されるようになったのは既述のとおりである。しかし、依然として „Bedingung“（条件）を附款一般を示すことばとして用いることがしばしばあった。そしてまた、ある附款が実は負担である場合でもそれを条件とよぶこともままあった。そのような場合、概念上の用語に囚われすぎて混乱が生じたのである。

以上のようなエルスターの問題点の指摘は、O・マイヤー、コルマンにより完成された今日の附款論の体系を、行政法学の観点からその実態に即して今一度捉え直す必要があることを示唆するものといえよう。

そして、そのような観点から附款論の一応の再構成を試みている者にラウビンガーがいる。

(2) 彼によると<sup>(48)</sup>、連邦行政手続法36条2項に列挙された附款を内容的に分類すれば、主たる規制それ自体には関係しないがそれを補うものである負担と、主たる規制を法律で定められたところを超えて時間的に制限するものである条件・期限・撤回権の留保に分けられるという。また、負担の留保は、その実質において負担よりむしろ撤回権の留保に近いものであるという。



さらに彼は、時間的制限以外にも、主たる規制を場所的<sup>(49)</sup>あるいは内容的<sup>(60)</sup>に制限する行政行為の構成要素たる条項が多く存すると指摘し、この内容的制限の中に、ヴァイロイターが変更負担の例として考え出した「屋根の形状に関する負担」やいわゆる法律効果の一部除外を入れている<sup>(61)</sup>。

そしてここから彼は、「制限の体系」(Das system der Einschränkungen)なるものを従来の附款論の枠を超えて提唱する<sup>(62)</sup>。すなわちそれは、「制限」という上位概念の下に場所的制限、時間的制限、内容的制限の三つの概念を置き、さらに時間的制限の下に期限、条件、撤回権の留保、その他の時間的制限、を置くという体系である。この体系に含まれる条項は、行政庁が法律の拘束を超えて利益ないし不利益を拡張する場合にそれが行政行為に付加される、という点でみな一致している。つまり、行政行為の制限は、法律が本来定めるところ以上に——場所に関し、時間に関し、あるいは内容に関し——利益を与える場合、もしくは不利益を課す場合の問題であると理解できるのである<sup>(63)</sup>。

かかるラウビンガーの問題の捉え方は、これからの附款論の構成の一つのあべき方向を示したものと評価して差し支えないのではなかろうか。

#### 四 む す び

以上簡単に紹介してきたところから、次のようなことが明らかになったと思われる。

現在、西ドイツの附款論<sup>(64)</sup>は、民法の法律行為論に依拠してO・マイヤーやコルマンにより体系化されたものから脱却し、附款が行政法上の法現象であるということを再認識した上で、その実態に即して柔軟に構成・解釈されるべきであるという方向に向かいつつある。すなわちそれは、行政庁が私人に対して法律が定めたところ以上に義務を課したりあるいは利益を与えたりすることが許されるかどうかという角度から、附款をめぐる法現象を構成するというものである。そしてその際には、附款の問題を、申請の趣旨解釈を通じて、私人の申請に対する行政庁の回答の仕方という角度から捉える作業が、意識的になされているということができる。

わが国では、附款をめぐる争いが生じた場合、附款は「行政行為の効果を

制限するために意思表示の主たる内容に付加される従たる意思表示である」というところから出発して問題を捉えるため、問題状況を正しく把握していないことがある。判例に現われた事案をみても、たとえば、デモ行進の際には、条件とされる時間や場所こそが問題であろうし<sup>(65)</sup>、また、一般廃棄物(し尿)処理業の許可処分の際には、条件として付される収集処理区域の指定がなければ許可は無意味なものとなる<sup>(66)</sup>。

かかる問題を適正に解決するためには、わが国でも、西ドイツにおけるような方向で問題を構成することが必要であろう。

(注)

- (1) たとえば、デモ行進の際の進路変更の条件の性質をどう考えるかという問題。参照、小高剛「附款の限界と争訟手段」ジュリスト『行政法の争点』94頁以下及びそこに掲記の文献。
- (2) 田中二郎『新版行政法上巻(全訂二版)』127頁以下に代表される考え方。
- (3) ジュリスト『行政強制』195頁、196頁、塩野宏「田中先生の行政行為論」ジュリスト767号53頁注(1)、藤田宙靖「行政行為の分類学」『行政行為の思考形式』108頁以下、特に117頁、118頁、鈴木庸夫「行政行為の附款」地方自治職員研修14巻10号102頁以下。本稿もこれらの考え方、特に塩野教授のそれに示唆をうけている。
- (4) 塩野前出(注(2))も指摘するように、附款論については、O・マイヤー、コルマンにより体系化されたものが、そのままの形で、美濃部、田中行政法学に継受されているといえる。
- (5) 連邦行政手続法は、その36条で附款について規定し、附款として、条件・期限・撤回権の留保・負担・負担の留保の5つの類型を挙げている。それについて詳しくは、vgl. H. Meyer und H. Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl. (1982), S. 284 ff. 制定過程での議論をも含む邦語文献として、成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中古稀『公法の理論(下I)』1691頁以下、南博方『行政手続と行政処分』71頁以下。
- (6) F. Weyreuther, *Über „Baubedingungen“*, DVBl. 1969 S. 232 ff., S. 295 ff.
- (7) Ebenda, S. 296.
- (8) この点につき後出注(39)参照。
- (9) この場合、それだけを取消訴訟で争えないというのが、訴えの適法要件の問題であるのかそれとも本案における理由の有無の問題であるのかという点については、後に学説・判例で議論となるところである。この点につき、vgl. H.-U. Erichsen, *Die selbständige Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen*,

- VerwArch Bd. 66 (1975) S. 301 f.; H. J. Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß(1981), S. 98 f.; H. W. Laubinger, Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen, VerwArch Bd. 73(1982), S. 348.
- (10) Weyreuther, a. a. O.(Anm. 6), S. 297. なお, 注(54)参照。
- (11) Ebenda, S. 296 f.
- (12) ズァイロイター自身1966年から第4部の構成員であったことが注目されねばならない, vgl. Schneider, a. a. O.(Anm. 9), S. 86 Anm. 3.
- (13) DÖV 1974 S. 380 f.
- (14) DÖV 1974 S. 563 f.
- (15) 第4部が変更負担という概念をはじめて用いたのは1970年10月21日判決である, vgl. BVerwGE 36 S. 145 ff., 154.
- (16)(17) DÖV 1974 S. 564.
- (18)(19)(20) DÖV 1974 S. 381.
- (21) Laubinger, Das System der Nebenbestimmungen, Wirtschaft und Verwaltung 1982, Heft 3. S. 138.
- (22) BayVGh, U. v. 13. 7. 1973, BayVBl. 1973 S. 583 f.
- (23) HessVGh, U. v. 2. 12. 1976, DÖV 1978 S. 137 ff.
- (24) OVG Lüneburg, U. v. 18. 4. 1974, DVBl. 1975 S. 952 ff. mit Anm. von R. Wiechert.
- (25) J. Schächel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten(1979), S. 67 f.
- (26) Erichsen, a. a. O.(Anm. 9), S. 306.
- (27) B.-F. Hoffmann, Die aufgedrängte Erlaubnis—Zur Lehre von der sog. »modifizierenden Auflage«, DVBl. 1977 S. 514 ff.
- (28) 36条2項4号が, 負担は行政行為と結合すると規定し, その前身である73年草案32条2項4号が, 負担は独立に行政行為の主たる内容に付け加わると規定していることから明らかである, vgl. Laubinger, a. a. O.(Anm. 21), S. 139.
- (29) H. J. Wolff und O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl.(1974), S. 411.
- (30) Schächel, a. a. O.(Anm. 25), S. 70.
- (31) Ebenda, S. 71.
- (32) K. Lange, Die isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur „modifizierenden Auflage“, AöR Bd. 102(1977) S. 342 f.; Schneider, a. a. O.(Anm. 9), S. 141.
- (33) Laubinger, a. a. O.(Anm. 21), S. 139.
- (34) E. H. Cöster, Kassation, Teilkassation und Reformation von Verwaltungsakten durch die Verwaltungs- und Finanzgerichte (1979), S. 41 ff.
- (35) Th. Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Ein-

schränkungen und Auflagen(1979), S. 11 ff.

- (36) K. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 135 ff.
- (37) Elster, a. a. O.(Anm. 35), S. 34.
- (38) Ebenda, S. 151 ff.
- (39) 変更負担は条件と負担の中間的存在であるとするエーラーズの見解は、ここから出てきていると考えられる, vgl. D. Ehlers, Verwaltungsrechtsdogmatik und modifizierende Auflage, VerwArch Bd. 67(1976) S. 369 ff. この見解に対する批判として, vgl. Lange, a. a. O.(Anm. 32), S. 340 ff.
- (40) Laubinger, a. a. O.(Anm. 21), S. 141.
- (41) Elster, a. a. O.(Anm. 35), S. 313 ff.
- (42) Ebenda, S. 32.
- (43) Kormann, a. a. O.(Anm. 36), S. 138.
- (44) この種の見解を, H. Meyer は, 古典的不当前提とよんでいる, vgl. Meyer/Borgs, a. a. O.(Anm. 5), § 36 Rdnr. 44.
- (45) Elster, a. a. O.(Anm. 35), S. 314.
- (46) Ebenda, S. 315.
- (47) Ebenda, S. 33.
- (48) Laubinger, a. a. O.(Anm. 21), S. 129 ff.
- (49) 彼は, その例として, 武器法(Waffengesetz)による, 火器携帯許可証の通用範囲を一定の領域に制限する条項等を挙げている。
- (50) 彼は, その例として, 手工業法(HandwO)による, 手工業登録簿への例外的登録許可に際し仕事の内容を限定する条項等を挙げている。
- (51) Laubinger, a. a. O.(Anm. 21), S. 139 f.
- (52) Ebenda, S. 135.
- (53) この点を塩野・藤田両教授は正当に指摘されている(前出注(3))。
- (54) 本稿では論じることができなかった問題として, 附款のみに対する取消訴訟の問題がある。それは, 授益的行政行為の名宛人が, 不利益な附款に対していかなる訴訟形式により権利保護を図るかという問題である。この問題は, 学説・判例上未だその決着をみていない。そこでは, 本稿で述べた「負担は取消訴訟によって争い, その他の附款は制限のない許可を求める義務付け訴訟によって争う」というシェーマが, 根本的に見直されている。この議論も, 日本での附款の問題を考える上で, 示唆に富むものである。しかし, ここでは問題点の指摘にとどめたい。
- (55) 前出注(1)参照。
- (56) 大阪高決昭和56年12月26日行集32卷12号2348頁参照。