Title	公法上の建築隣人訴訟(2) - 西ドイツの行政判例における「権利」「権利毀損」および「違法事由」 -
Author(s)	大西, 有二
Citation	北大法学論集, 41(2), 71-124
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16763
Туре	bulletin (article)
File Information	41(2)_p71-124.pdf



Instructions for use

# 公法上の建築隣人訴訟(二)

―― 西ドイツの行政判例における「権利」「権利毀損」および「違法事由」

西 有

大

目 次

はじめに

第一章 隣人訴訟の前史

隣人訴訟の承認

第一節 第二節 隣人訴訟の承認 戦後法制の概観 (以上前号)

> 第四章 第一節 第一款 隣人訴訟の展開 隣人訴訟の発展 法制度の概観

現行建築法制の概観

(以上本号)

おわりに

北法41(2.71)581

第二章 隣人訴訟の承認

第二節 隣人訴訟の承認

第一款 承認への胎動

いわゆる概括条項の導入をおもな特色とする戦後行政裁判法制の変革の中で、しかしなお公法上の建築隣人訴訟は

否定されていた。

1

ている。 築主の免除利用行為から生ずること、第三者からの訴えは明文では許されていないことを指摘してから、大要次のように述べ セン上級行政裁判所第四部一九二九年六月二〇日判決を引きつつ、免除は第三者に影響を与えないこと、第三者への影響は建 (Dispens) が争われた事案で、ヘッセン高等行政裁判所一九五〇年五月二四日判決が訴えを却下している。判決は、プロイ たとえば、原告隣人の土地に覆いかぶさるような切り妻屋根に、天窓を突き出すため、被告郡長によって与えられた免除

訟に勝つことができる。この場合、行政訴訟に法的意味があるのだろうか。結局、権利侵害(Rechtsverletzung)がないため、 消訴訟に反対する。つまり、通常裁判所と行政裁判所とに同時に訴えることができるならば、抗告訴訟に敗れても妨害排除訴 とが決定的である。参加規律の存在から判例は隣人の抗告訴訟(Anfechtungsklage)を許している。最後に、訴訟経済が取 射効である。建築許可や免除は、隣人利益の保護を直接の目的にしていない。さらに、処分手続への隣人の参加規律のないこ (側面後退距離)規定は隣人にとっても利益となるが、これは当該規定を考慮しなければならない行政庁の義務のい 「公法上の請求権(Ansprüche)は、第三者には建築警察法(Baupolizeiverordnung)からは生じない。境界線からの間隔 わゆる反

本件訴えは不適法として却下される。」

て、確かな胎動が始まっていたのであった。 のような印象を受けよう。しかしながら、事実は外見とは異なり、学説・判例上、公法上の建築隣人訴訟の承認へ向け こうした事態をみるならば、戦後の西ドイツでは、あたかも公法上の建築隣人訴訟が承認される余地はなくなったか 戦前から公法上の建築隣人訴訟を承認していたザクセンは、戦後、東ドイツに編入されてしまった。(⑥)

2 あった。大要、次のように述べる。 三六条にもとづく訴訟の実体的原告適格を有する(aktivlegitimiert)か、という問題を論ずるなかでなされたもので すなわち、具体の事案において、誰に、瑕疵のない裁量行使を求める (形式的 (formell)) 権利が帰属し、誰が、VGG が法律の意味で行使されていないこと、とりわけ裁量濫用の存することにのみ依拠できる。」としていたことにかかわる。 三条三項)が「行政庁がその裁量にもとづいて決定する権限を有し、法律上別段の定めなきとき、抗告訴訟はみぎ裁量 一九四八年、まず、バッホフ(O. Bachof)が先鞭をつけた。彼の議論は、当時のVGG三六条(VO一六五・二

…》法的に保護された《利益(rechtlich geschützte Interesse)を侵害(Eingriff)している場合にのみ、VGG三六条の訴 範にもとづいて決せられる。」(符号原文、省略引用者) えは許容される(zulässig)。問題は何が法的に保護された利益であるかにあり、これはただ具体の事案に適用される諸々の規 当該決定により…》…彼に帰属する《権利を侵害(beeinträchtigt)されるわけではない。係争処分(Verfügung)が、原告の 「行政決定(behördliche Entscheidung)によってなんらかの個人的利益を侵害(beeinträchtigt)される者のすべてが、

「困難は第三者[建築主]に与えられた許可などの抗告が問題となるときに生じる。[法的利益・訴権 (Klagerecht)

バッホフは第三者が原告の場合につき、次のようにいう。

の承

ここでは、 個人的利益として承認しているものでなければならず、公衆の利益のためになされた規律の単なる反射であってはならない。 認には原告が法的権能(rechtliches Dürfen)を有することが必要であるが]ここにいう法的権能とは、法秩序が原告固有の 規範が何人の利益を保護するために定められているのかを、決定的に重要なものとして探究すべきことになろ

た。本稿は、以下、こうした見解を通例にしたがって、《保護規範説》と呼ぶ。 が承認されるか否かを、当該事案に適用される規範が誰を保護しようとしているか、 ッホフは、 公法上の建築隣人訴訟を一般的に否定することなく、原告隣人に法的権能•法的利益•訴権(Klagerecht) の解釈に決定的に委ねたのであっ

築隣人訴訟を積極的に承認しようとしたのは学説よりも判例であった。 当時の学説は、後述するように、公法上の建築隣人訴訟に否定的・消極的な者のほうが多かったのである。公法上の建 公法上の建築隣人訴訟に好意的なバッホフのような見解は、 しかし異説・珍説の類であったように思われる。 つまり、

くものであった。 級行政裁判所の二つの判決である。もっとも、その内容をみると、ともに一般化することのできない特殊事情にもとづ 3 筆者が参照できたラント上級審レベルの判決の中で、戦後初めて建築許可の取消訴訟を認めたのは、ハンブルク上

(1)はライヒ供出法(Reichsleistungsgesetz)にもとづく供出命令により、代用住宅建築のための土地を供出した土地所有 まず、同裁判所一九四八年三月二五日判決は、原告第三者からの建築許可取消請求を認容しているけれども、これ(3) 建築される建物の強度、目的違反を理由に建築許可取消訴訟を提起した、という事案に関するものであった。

対する広範な配慮義務(Pflicht zur Fürsorge)とその者の財産権の保護義務(Pflicht zur Obhut)とが含まれていること 本判決は、ライヒ裁判所は、官吏、学校、軍、囚人施設などの給付関係には、給付義務者もしくは権力に服する者の人格に 窓設置権は別だ、

が義務づけられた程度を超えて利用されないように配慮する(sorgen)義務を負うとして、 を従前より述べてきたことを指摘しつつ、本件被告建築機関も、給付受取人に対する監督機関を兼ねるときには、原告の土地 の許された利用を遵守するように被告に求める公法上の請求権を有することを認めた。 原告が供出法にもとづいて、土地

ŋ 本判決では、隣人以外の第三者が原告となっていることのほか、供出法にもとづく配慮・保護義務が争点となってお 通常の隣人訴訟とは様相をまったく異にしているといえよう。

規定からの免除が争われた事案に関する、同裁判所一九四九年一〇月一九日判決である。(ユリ (2) 他のひとつは、窓設置権(Fensterrecht)に関し、境界線との間に一定の間隔(側面後退距離)を確保すべしとする

格を有すること、一定の間隔の確保を義務づける規定からの免除には隣人の同意が必要とされているのに本件ではこれが 視されていること、を理由に原告隣人からの免除取消請求を認容したのであった。 本件ではこれが害されていること、窓設置権に関する規定は、隣人に異議申出権(Widerspruchsrecht)を与え、公法上の性 本判決は、隣人は彼によって提出された免除反対理由が義務にかなった裁量によって審査されることを求める権利を有し、

には実体上・形式上特別な事情(sowohl materiell wie formell Besonderes)が存するとしているほか、なによりも、 を含むといえよう。事実、後述する連邦行政裁判所第一部一九五四年二月二五日決定は、本判決を引きつつ、窓設置権 ハンブルグ上級行政裁判所自身が、その一九五九年四月九日判決において、公法上の建築隣人訴訟を原則的に否定しつ(音) 本判決もまた、窓設置権に関する隣人の同意を必要とする免除が争われている点で、一般化することのできない としているのである。 もの

本拠地であり、戦前一貫して公法上の建築隣人訴訟を却下していた、かのベルリンの上級行政裁判所であった。それは、 戦後初めて本格的な理由を賦しつつ、正面から公法上の建築隣人訴訟を許容したのは、 かつてプロイセンの

(1) DVBl. 1951, S. 184 f.

- 一九五二年二月二九日のことであった。次に、これを詳しく紹介・検討することにしよう。
- (2) PrVBl. 50(1929), S. 796. 参照、本稿第一章第二節二の2の⑴、
- (∞) AaO(Fn. 1), S. 185 (4)判決はここで、W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1948, S. 203を引用している。
- (5) AaO(Fn. 1), S. 185. 引用部分後半の訴訟経済に関する説示は、いわゆる行政訴訟の補充原則 (Grundsatz der Subsidiarität)と呼ばれるものの考え方であろう。これは行政介入請求の事案において度々みられるものである。Vgl. OVG

Lüneburg, Urt. v. 30. 6. 1960, DVBl. 1961 S. 684 f.

öffentlichrechtlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl. 1963, S. 273 ff. (277); U. G. Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 31 mit Fn. 5 und 6. 公法上の建築隣人訴訟を否定したその他の裁判例については、vgl. M. Sellmann, "Entwicklung und Problematik der

- (6)参照、F・ハルトゥング(成瀬治・坂井栄八郎訳)『ドイツ国制史』(一九八○年)五一一頁以下。
- (~) Bachof, "Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle", SJZ 1948, Sp. 742 ff.
- (8)瑕疵のない裁量行使請求権、あるいは無瑕疵裁量行使請求権につき、参照、交告尚史「無瑕疵裁量行使請求権」成田頼明 編『行政法の争点(新版)』(一九九〇年) 五二頁以下、および、そこで引用されている諸文献。さらに、原田尚彦『環境権 と裁判』(一九七七年)二八〇頁以下注(2)をみよ。

行為を求める請求権であって、それゆえ、権利なのである。また、隣人の異議申出が手続きに適合しつつしりぞけられたな ば、隣人はこの手続上の権利を侵害 (verletzt) されている。聴聞権もまた、隣人に与えられた意思力であり、行政庁の特定 隣人は建築案に関し聴聞を受け、異議を申し出ることが出来る。もしも、隣人が聴聞されることなく建築が許可されたなら ント建築法によると、客観法に反した建築案を阻止するように建築許可庁に求める請求権を持っていない。しかし、通例、 バッホフ自身における瑕疵のない裁量行使請求権の理解は、大要、次のようなものである。すなわち、「隣人は、多くのラ

ここには裁量濫用がある。行政裁判所は隣人の訴えにもとづき、そういう決定を取り消すであろう。このことは次のことを この決定の理由が、正当な考慮ではなく、決定権を持つ官吏への申請人の個人的贈与にあるとき、隣人は争うことができる。 らば、隣人に実体的権利が欠けているために、この決定[異議申出棄却裁決]を結論として争うことができない。しかし、 che Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, 2. Aufl., unveränderte Aufl., 1968, S. 68 f. ; vgl. auch ders., aaO 量限界を無視して決定しないことを求める形式的権利が認められていること、である。」(Bachof, Die verwaltungsgerichtli 意味しないだろうか。すなわち、特定内容の行政決定を求める実体的権利がない場合でも、隣人には少なくとも行政庁が裁

- (Fn. 7), Sp. 750; ders., Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960, DVBl. 1961, S. 128 ff.(128 f.))°
- (9)"Aktivlegitimation"を実体的原告適格と訳すのは、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(一九八三年)二四頁である。
- (\(\mathref{\Pi}\)) AaO(Fn. 7), Sp. 749.
- (□) AaO(Fn. 7), Sp. 749.
- (12)公法上の建築隣人訴訟反対説については、後述するところのほか、vgl. H. Schneider, Anmerkung zu LVG Hannover, v. 16. 11. 1948, DV 1949, S. 157 f.; Witten,, Subjektives Recht und Ermessen", DV 1949, S. 339 ff. (341).
- (3) MDR 1949, S. 59 ff.
- (5) BVerwGE 1, 83. (4) DVBl. 1950, S. 283 f.
- (£) DVBl. 1959, S. 822 ff.
- (\(\text{T}\)) AaO(Fn. 16), S. 823.
- (18)一九五二年二月二九日ベルリン上級行政裁判所判決が、戦後初めて公法上の建築隣人訴訟を認めたものであるとするの G. Winters, Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht", NJW 1979, S. 393 ff. (395 Fn. 20) である。

### 7二款 隣人訴訟の承認

## 事案の概要と結論

ベルリン上級行政裁判所判決

1

止からの免除(Befreiung)と、これにもとづく営業施設の建築許可とを隣人が争った、というものである。 て住宅の建築だけが許され、 |ルリン上級行政裁判所一九五二年五月二九日判決の事案は、概略、次のようなものであった。すなわち、原則とし 日用品の取扱いを除く商工業の営業を禁じられた住居地域において、 みぎ営業を許す、

と建築許可とを取り消している。 本判決は、出訴期間、訴願前置、被告適格といった一般的な訴訟要件の問題のほか、建築許可を得て既に投資を行なっ

結論として、本判決は、免除の要件(ベルリン建築法五条二項)がひとつとして充されていないことを理由に、

もなって公法上の建築隣人訴訟を認めたものであることのほか、 た建築主の信頼保護など多岐にわたる論点に対して極めて詳細な判断を下している。しかし、本稿では、本判決が公法 るけれども、みぎ二点に関する判決理由の大要を紹介することにしたい。 の賦与は行政行為か、②原告隣人には「権利」が認められるか、の二点である。本判決が初めて本格的な理由づけをと 上の建築隣人訴訟を認めるために展開した次の二つの論点に関する説示だけをとり上げようと思う。 資料的価値もあろうと思われるため、いささか長くな すなわち、

### 判決理由の大要

①免除の法的性質

行為へと発展する。すでに、一八八三年の権限法一四五条が免除に対する訴願を認めていた。そして、一九三三年の建築警察 Majestäts- oder Staatshoheitsrechten)に算入され、あらゆる実体的拘束から自由であった。しかし、後日、純然たる行政 行政行為であり原則として行政裁判手続での抗告に服する。」(引用符原文) 建築法規定からの免除は、行政庁により具体の事案を規律するために公法の領域においてなされる措置とみなされる。それは で、規定から逸脱することが公益に合致するか、あるいは公共の福祉が変更を要求するときに考慮される。^^したがって、 つまり、みぎ権限法施行規定によれば、免除は〝規定内容の実施が具体の事案で予想されなかった障害をもたらすことが明白 権限法が免除権限を建築許可庁に与えた。また、免除の賦与はもはや完全に自由な裁量事項ではなく法的に拘束されている。 「免除はベルリン行政裁判所法二三条にいう行政行為とみなされるかが問題である。元来それは行政の行為ではなく、

が与えられているかが審査される。」 によって、当該地域の土地所有者に、その侵害(Verletzung)が『権利への』侵害(Eingriff)と見なされるような法的地位 「訴えは行政行為が原告の権利を侵害している(verletzt)ことに依拠しなければならない。」「本件の場合、住居地域指定

はない、という見解はもはや維持できない。法状況が変化してしまったのである。」 問題にならない。今やすべての行政行為に対して抗告することができる。最後に、建築警察命令の責務は公衆の利益の維持に あり個人の利益ではないから、法律上 (gesetzlich) 承認され保護された隣人利益が免除によって侵害 (verletzt) されること 訟の要件とされる〝権利〟侵害(Verletzung eines "subjektiven Rechtes")にいう〝権利〟は、もはや厳格に理解されて Privatrechten)が否定される。私権は建築許可・免除の影響を受けないから、これはなお正しい。第二に、南ドイツで抗告訴 いない。第三に、プロイセンで隣人訴訟が否定された理由は一部、列記主義によるものであったが、これは概括条項導入以降、 「ところで、いまなお有力な見解は種々の理由で公法上の建築隣人訴訟を否定している。第一に、私権侵害(Verletzung von

「本件において、問題の規定がその保護に役立つ関係者は少なくとも〝彼の権利〟を侵害(verletzt)されており、 行政訴訟

説

の根拠が与えられている。この点、プロイセン住宅法四条一項の立法者の見解が特に明確に表現している。次のように定める。 〝建築法により次のことが規律される。操業に際し、悪性蒸気の放散・濃煙・異常騒音により、近隣・公衆に対し、危険・

汚染を引き起こす施設の設置が許されない特別な地区・道路・地点の分離タ

みぎ規定にもとづき、ベルリン建築法八条二五号は次のように定める。

域として承認される地区が示される。住居地域では住宅だけが建築できる。煙・悪性蒸気・異常騒音・振動・熱により、近 \*本建築法の附表の中で、住居地域、悪性蒸気・煙・騒音から保護される地域、あるいは工業地域に指定されるか商業地

主張することができる。」(引用符原文) で特定利用が不可能とされ、他方で隣接地所有者はみぎ特定利用から生ずる損害から保護されている。住居目的の利用を妨 隣に対し何の損害・汚染も引き起こさないときには、住民の日用必需品の範囲内で商工業が許される。 害されないという隣接地所有者の利益は特別に承認され保護されている。建築法により禁じられた障害からの保護は隣人 者は公的事項だとしたのである。これにより住居地域内の土地は特別な法的性質、公法的地位を獲得した。すなわち、一方 〝権利〟であり、この権利を侵害する(eingreift)行政行為に対して、彼は必要とあらば抗告訴訟によってもこの権利を みぎ規定に示されているように、特別な住居地域の指定はまずこの地域の居住者の福祉に役立ち、この利益の保護を立法

# 3 まとめと若干の検討

(1)訴えがもとづかなければならない「権利侵害」にいう「権利」は狭義の公権である必要はなく、「法律上(gesetzlich) さきに紹介した、ベルリン行政裁判所法二三条にいう行政行為であり、したがって、抗告訴訟の対象となること、第二 いわゆる概括条項の導入を理由として、すべての行政行為に対する抗告訴訟が許容されるに至ったこと、第三に、 本判決の説くところは、おおむね次の四点にまとめることができよう。すなわち、第一に、免除を賦与する行為は、

承認された」利益で足りること、最後に、建築警察規定の責務は公益の維持・保護にとどまることなく、個人利益の保

求が、 (2) 事裁判所で解決されるべきものである、とすることである。重要なのは、「権利侵害」の存否と抗告訴訟の対象たる警察 告隣人の権利を侵害するのは建築主であり、それゆえ警察侵害 く義務づけ訴訟は許されない、とすることであり、第二に、建築許可は建築主・隣人に対する禁止・命令ではなく、 判所が公法上の建築隣人訴訟を却下していた理由は、 本判決で注目すべき第一のものは、 例えば窓除却命令の交付など警察介入を求めるものであったのを受けて、国民(臣民)には警察介入請求権はな プロイセン上級行政裁判所の判例理論との違いである。プロイセン上級行政裁 次の二点に要約することができた。すなわち、 (警察処分) がなく、当該紛争は私人間の紛争として民 第一に、 原告の請 原

護をもその対象とするに至ったこと、

である。

項などが、抗告訴訟の対象につき、プロイセンの判例理論に倣わずに行政行為の定義をなしたことによるように思われ 許可などのい 三一年のプロイセン警察行政法四○条において、抗告訴訟の対象となる警察処分たる性質を否定されていた免除や建築 ところが、本判決においては、 の問題から分断されているのである。プロイセンの判例理論において、また、これを実定法化したといわれる一九 わゆる警察許可が、こうして初めて訴えの対象となった。こうした変化はベルリン行政裁判所法二三条一 免除行為の法的性質、 すなわち免除は行政行為かという訴えの対象の問題 「権利侵

処分の存否とが、いわば表裏一体的に判断されていたことである。

り「住居地域内の土地は特別な法的性質、 次に注目すべきは、 住居地域指定が有する具体的意味内容に関する説示である。 公法的地位を獲得した。すなわち、一方で特定利用が不可能とされ、 再度引用すると、 住居地域指定によ 他方で

隣接地所有者はみぎ特定利用から生ずる損害から保護されている。」という部分である。本判決は、 権利」 を見いだしている。 ここには、一九六〇年以降、連邦建設法 (Bundesbaugesetz) の下で、たとえばBプラン この「保護」 の中に

論

すなわち「権利」が承認される際、通常語られる《交換関係(Austauschverhältnis) 論》がその輪郭を現しているので (Bebauungsplan)、すなわち地区詳細計画などの個々の規定に、いわゆる隣人保護効(nachbarschützende Wirkung)、

(3) いえる理由、 ないことである。なるほど、原告隣人にも「権利」の存することが認められた。しかし、原告隣人に対する警察官庁 しかしながら、もっとも注目すべきは、プロイセン上級行政裁判所が公法上の建築隣人訴訟を却下した決定的とも すなわち「警察官庁は原告隣人の権利を侵害していない」という理由に対する正面からの反論がなされて

法な利用によって初めて生ずるのではなく、行政庁によるその許可によって早くも生じうるとの考察にもとづく。」と断 反した建築を許したならば、行政はそのことで関係隣人の権利を侵害(verletzt)している。」としている。そして、 係の変化を可能にする。」と述べた。また、ラゥビンガー(H. -W. Laubinger)は、「行政が隣人保護的建築法規範に を利用するとき初めて相隣関係の現実の(tatsächlich)変化が生ずるにせよ、まさしく許可がそしてこれだけがかの関 交付したのであれば、それは直接、保護された隣人の権利を侵害 (verletzt) している。たとえ、許可受取人が違法許可 警察介入請求が問題となった有名な〈帯鋸〉判決の評釈において、隣人の違法許可排除請求権と妨害的第三者(建築主) とが指摘されているほか、第二次世界大戦後においても次のような見解が散見されるのである。すなわち、バッホフは、 分は客観的違法を構成するばかりでなく、そのこと自体が当然に主観的権利侵害に該当するものと」理解されていたこ による「権利侵害(警察侵害)」は、いったいどこに求められているのだろうか。い、、 レッター(H. Schröter)に至っては、公法上の隣人保護は、「周知のように、隣人の権利への侵害 (eingegriffen) は違 、の積極的介入請求権とが異質なものであることを指摘しつつ、「行政庁が公建築法の隣人保護規定に反して建築許可を 議論がなかったわけではない。たとえば、ビューラー(O. Bühler) にあって、保護「規範に違反する行政処 シュ

隣人の権利は侵害(verletzt)されないと確認するとき、行政庁によって引き起こされる。」という解答を与えている。 付された許可は違法であり、かつ隣人の権利を侵害(verletzt)しているとし、隣人の権利への侵害(Eingriff)はどこ に見いだされるのか、という争いある問題に対して、「侵害(Dieser [=Eingriff])は、行政庁が許可によって違法に、 言するのである。さらに、フランクフルト大学教授シュタインベルク おそらく本判決もまた、原告隣人の利益を保護すると解釈された住居地域指定からの免除の賦与自体に、早くも「権 (R. Steinberg)は、隣人保護的規律に反して交

利侵害」を見いだしている、と理解されよう。けれども、これらの見解には、なお十分な理由づけが欠けているように

別様の理解に立って、ハンブルクを除くその他のラントの各行政裁判所は、一九五〇年代後半までには公法上の建築隣 (4) 決であった。公法上の建築隣人訴訟に反対する学説とともに、次に、これを紹介・検討することにしよう。 人訴訟を承認していった。そして、こうした傾向を促進し決定づけたのは、 セン判例理論との関係では致命的ともいいうる難点を残しながら、 さて、以上のように、「権利侵害」に関するプロイセンの判例理論は正面から克服されることなく、 あるいは「権利侵害」観につき、 なんといっても連邦行政裁判所の一連の判 みぎ判例理論とは それゆえプロ 1

思われる。

# (~) Berlin OVGE 1, 39

- 2 にいることが推測できる。Vgl. Pietzonka, "Der Nachbar im Baurecht", NJW 1954, S. 1181 ff. (1181 f.). 事案の概要は判決理由から構成した。なお、判決理由からは隣人がどこにいるのか分からないが、次の文献から、 隣接地
- $(\infty)$  Berlin OVGE 1, 39 (54 ff.)
- (♥) Berlin OVGE 1, 39 (39 ff
- (5) Berlin OVGE 1, 39 (55 ff.).

- 説 (9) 判決はここで、一八〇八年一二月二六日勅令三六条を引用している。
  - (►) Berlin OVGE 1, 39 (47 ff.).
  - (∞) Berlin OVGE 1, 39 (49).
  - (50) Berlin OVGE 1, 39 (50).
  - (△) Berlin OVGE 1, 39 (50 ff.).
  - (□) Berlin OVGE 1, 39 (52 ff.).
  - (2) 本稿第一 草第二 節参照。
  - (空) 《松粲窓迷繻》 とつことだ、vgl. H. Sendler, "Der Nachbarschutz im Städtbaurecht Teil I Nachbarschutz im Planbereich", BauR 1970, S. 4 ff. (6 ff.); Bender/Dohle, Rd. 143 (いら結しここを全を表して、 短機管型『計画に対策』 (一元七六世) 二大四国以下、 なるの); W. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959, S. 96 ff.; H.-U. Evers, "Die Nachbarklage im Baurecht", JuS 1962, S. 87 (89 f.).
  - (1) 参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年) 二九二頁。
  - ( $\stackrel{\Box}{\hookrightarrow}$ ) O. Bachof, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960, DVBl. 1961, S. 128 ff. (129).
  - (\(\mathbb{L}\)) Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 47.
  - (🗅) Schrödter, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973, DVBl. 1974, S. 362 ff (362).
  - (△) Steinberg, "Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts", NJW 1984, S. 457 ff. (461).

  - 一款の3の②。(3)ハンブルク上級行政裁判所は、一九五九年においても公法上の建築隣人訴訟を否定していた。参照、本稿第二章第二節第
  - 「(3) | 元王〇年代後半までにすべての行政裁判所が公法上の関係権人訴訟を認めたとするものに、U. G. Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 32 がある。公法上の関係難人訴訟を背配する裁判例については、vgl. M. Sellmann, "Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl. 1963, S. 273 ff. (277 f.).

雑誌九八巻一一=一二号(一九八五年)八四頁以下、一四○頁、である。 こうした判例の転換を「パラダイムの変換」と称するのは、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造(三)」国家学会

# 二 連邦行政裁判所の諸判決と隣人訴訟反対論

# 1 連邦行政裁判所の諸判決

公法上の建築隣人訴訟を承認する傾向を促進し決定づけたのは、 なんといっても連邦行政裁判所の判決であった。 以

まず第一に挙げなければならないのは、下にこれらの判決を紹介・検討しよう。

の建築案は開放型建築様式地区(Gebieten mit offener Bauweisen)にあった。 本決定は、中庭の大きさを規律する規定からの逸脱を許す免除(Dispens)を隣人が争った事案に関するものである。 ●連邦行政裁判所第一部一九五四年二月二五日決定である。 問題

にだけかかわる問題だとしてから、大要、次のようにいう。 できるかという問題があること、そしてこれは第三者とりわけ隣人の利益を少なくとも一部保護するために定められた規定 本決定は、建築法における根本問題として、建築許可の賦与により第三者の権利が侵害され、この第三者は行政訴訟を提起

うる権利を与えるものではない。なるほど、これは当該地域の居住者にとって利益であるが、それは本規定本来の目的に含ま 庭の大きさに関する]本規定の目的が変更されることはなく、第三者の法的地位にとって本規定の目的だけが決定的なのであ れない付随的効果にすぎない。さらに、免除の根拠規定は公益と第三者の権利利益の考慮を要求しているが、これによって[中 「中庭の大きさに関する規定は都市構造を柔軟化するのに役立ち、したがって、都市建設の利益に役立つが、個人に訴求し

本決定の結論そのものは訴えを却下するものであったけれども、 建築警察規定の目的次第では公法上の建築隣人訴訟

説 も認められることを示唆したものといえよう。また、隣人訴訟の許否にとって規定の保護目的を決定的基準としている 先のバッホフの主張が反映しているとみて、おそらく間違いないであろう。なお、免除が抗告訴訟の対象になる

第二の判決は、 著名ないわゆる 〈帯鋸〉 判決である。

か、は問題になっていない。

住者が、建築警察官庁に対して建築警察上の営業禁止命令の交付を申し立てたところ、行政庁が当該営業は建築法違反ではな の交付とを求めて出訴した(行政行為実施請求訴訟(Vornahmeklage))、というものである。 いとして、警察介入の要否を検討することなくこれを拒否したため、隣人がみぎ拒否処分の取り消しと業者に対する禁止命令 本件の事案は、住居地域にあって帯鋸を使用する石炭・運輸業者の施設から発生するほこりと騒音に悩まされた隣人住宅居

❷一九六○年八月一八日連邦行政裁判所第一部判決は、有名な警察介入請求権に関する原則論を展開してから、大要、

次のように述べて事案を原審に差し戻している。

判決をするまでに熟していない。なぜなら、原審は帯鋸とその他の施設とでは異なる評価がありうるとしながら、帯鋸以外の なら、裁判所はVwGO一一三条四項にもとづき、申請にかかる行政行為の実施を行政庁に義務づけ、事案が熟していないの 避けつつ再度決定することを義務づけられる。原審はこのいわゆる指令判決(Bescheidungsurteil)を見落としている。つ 営業部分に関する隣人保護規定違反につき、建築法違反の程度、隣人保護規定違反の程度を解明していないからである。」 であれば、裁判所の見解にしたがって、再度決定するように行政庁に義務づけるのである。しかしながら、本件の事案は最終 まり、 行政行為の発給拒否が違法で、そのことによって原告の権利が侵害(verletzt)されているかぎり、事案が熟している ―― 現行VwGOによれば義務づけ訴訟 ―― において、一般に行政庁は拒否処分を取り消し、裁量瑕疵を

こでも隣人保護規範違反が問われているのであってみれば、通常の建築隣人訴訟と共通するもの、とみなすことができ 取り消しが求められる通常の建築隣人訴訟ではない。しかし、ほかならぬ隣人の権利保護が求められているうえに、こ みぎにみたように、本件は警察介入拒否処分の取り消しと警察介入とが求められた事案であって、建築許可や免除の 彸

よう。そして、実施請求訴訟ではあっても、 第三者隣人からの訴訟の許容性自体は否定されてい

❸連邦行政裁判所第七部一九六一年一月一三日判決である。

第三の判決は、

るので、ここで紹介することにしよう。 通するものとみることが許されよう。また、民事訴訟と行政訴訟との関係、原告適格論についても興味深い説示がなされてい 変更にかかわる紛争ではあるが、隣人が原告になっているほか、隣人保護規定も話題になっている点で、通常の隣人訴訟と共 |類販売変更許可の取り消しが求められた事案であり、原告隣人は夜の静穏妨害を理由に争っていた。本件は営業許可の一 は わゆる混合住居地域(gemischten Wohngebiet) において、朝五時までの営業時間の延長を飲食店主に認めた 部

利益の侵害を合理的に主張することで足りる、としたわけである。 の許容性につき疑問はない、としている。つまり、本判決は抗告訴訟の許容性を認めるにあたって、原告が著しい権利 隣接する土地居住者として、夜の静穏を違法な規律によって著しく妨げられていると主張していることから、本件訴え 訴訟との並存が確認されたのである。ついで、抗告訴訟は「行政行為が違法であるため、それが原告の権利を侵害して、、、、、、 行政庁による営業主への営業時間延長許可に対する本件行政訴訟とでは、その法根拠 (Rechtsgrundlage) を異にしてお いる」ことだけに依拠できるとするVO一六五・二三条のもとで、原告が合理的に(in schlüßiger Weise)、飲食店に まずはじめに、本判決は、私権侵害(Verletzung privater Rechte)を理由として営業主を被告とする民事訴訟と、 民事訴訟の可能であることが行政訴訟の途を閉ざすことはない、と判示した。隣人訴訟における、民事訴訟と行政

こと (betroffen)、および当該規律の違法であることである、としている。この点につき、本判決は本件営業時間延長

つまり原告の法的に保護された生活範囲(rechtlich geschützte Lebenskreis)が当該規律によって打撃を被っている

さて、本判決は本案勝訴要件につき、原告によって攻撃されている規律が原告の権利を侵害(verletzt)していること、

許可をその要件たる公益が欠けていることを理由として違法であるとしたほか、 大要、 次のように述べて原告を勝訴に

適格を有している(legitimiert)ことを前提にしている。」(傍点引用者)業時間の延長によって影響を被っている(berührt)こと、したがって隣接地所有者・占有者たる隣人は抗告訴訟を提起する (Verletzung)を理由に取消訴訟を提起できるのである。そして、原審は正当にも原告の法的に保護された生活範囲が本件営立つのであるから、隣人は営業時間の取扱いに対して、その法律上保護された権利(gesetzlich geschütze Rechte)の侵害 め、業者に負担を課すことができ、この負担制度の対象には営業時間の延長も含まれている。同法一一条は直接隣人保護に役 同法一一条の諸原則が考慮されるべきであり、みぎ一一条によれば、酒類販売業から生ずる損害、汚染から隣人を保護するた (Gaststättengesetz) 一四条であるが、本条は営業時間を延長する際、考慮すべき事項について何も述べていない。しかし、 「本件訴訟は酒類販売許可ではなく、営業時間を規律する措置に向けられている。また、みぎ措置の法根拠は飲食店法

### 2 隣人訴訟反対論

しているのである。 含む、行政決定の名宛人・相手方以外の第三者がみぎ決定を争う、いわゆる第三者訴訟全般に対し批判的な学説が登場 少なくとも消極的な学説・裁判例のあったことに特に留意すべきであろう。なぜなら、今日、公法上の建築隣人訴訟を れた二国民間の紛争であって、「偽旗を掲げて(unter falschen Flaggen)」闘われている行政訴訟の新次元である、と評 センビュール(F. Ossenbühl)は、多くの第三者訴訟をもって行政と国民の対立ではなく、公法というレッテルを貼ら (1)以上のように、公法上の建築 (およびそれに類似した) 隣人訴訟が広く認められつつあったなかで、これに反対か、 に思われる。

②相違点

必要があろう。これにより、反対理由が決して単純なものでなく、制度の仕組みとも絡んだ複雑なものだったことを示 そこで、公法上の建築隣人訴訟が認められ始めた当初存在していた反対説・消極説、 および反対の裁判例をみておく

(2) さて、詳細な理由づけをともないつつ、結論として公法上の建築隣人訴訟に反対したのは、著名な弁護士レー デカー

施行の現行VwGO以前の論稿で、また、ゼルマンは現行法の下でそれぞれ反対論を展開した。まず、このふたりの反 Redeker)と、行政裁判所裁判官ゼルマン(M. Sellmann)の二人であった。レーデカーは、一九六〇年制定

対理由の共通点と相違点について、以下で紹介することにしよう。

ること、などである。 また隣人訴訟が棄却されたとき、その時までに建築主に生じた損害を負担するのは行政庁か原告隣人なのかが不明であ ふたりに共通してみられる反対理由は、公法上の建築隣人訴訟の訴訟形式と、仮の権利救済の手段が不明であること、⑧

決する努力をしなかったことが窺われるのである。もっとも、一九六〇年当時にあって、公法上の建築隣人訴訟の成否 はなお不明だったといってよいのであるから、 ン論文との間、つまり一九六○年に誕生したVwGOが、隣人訴訟など、いわゆる第三者訴訟から派生する諸問題を解 レーデカーとゼルマンによって、 重要かつ困難な問題が共通して指摘されていることから、レーデカー論文とゼルマ VwGOがこれらの問題について沈黙していたこともやむを得ないよう

方にだけ認められる主張として、「民事訴訟も可能なときの行政訴訟の必要性が疑問だ。」(ゼルマン)、「建築主と隣

論

人の間での利益状況を免除手続で公法上審査すべきだとすると、行政庁は過剰要求されている。」(レーデカー) (※) ある。けれども、 もっとも大きな違いは、レーデカーの反対論がおもに実務家の立場からのものであり、 公権 の問 などが

簡単な指摘にとどまるのに対し、ゼルマンのそれは、つぎにみるように、公権の問題が立法者意思という形で正面 出されているところにあるように思う。この違いは、 おそらく、VwGOとおなじ一九六〇年に制定・施行された連 に押

われる。立法資料を引きつつ、ゼルマンはいう。

守ることができる、と書いてあることである。」(傍点引用者)は建築規定の遵守を許可行政庁に求める公権が隣人に帰属することを否定する、また隣人は私法上の方法で十分にその身をは建築規定の遵守を許可行政庁に求める公権が隣人に帰属することを否定する、また隣人は私法上の方法で十分にその身を、使薬統で隣人を聴聞するように行政庁を義務づけていない。さらに重要なのは、連邦建設法草案政府理由書に、はっきりと、草案続で隣人を聴聞するように行政庁を義務づけていない。さらに重要なのは、連邦建設法草案政府理由書に、はっきりと、草案 き起こすのは、新しい連邦建設法が隣人の法的地位をほとんど強化していないことである。連邦建設法三一条二項は、免除手 諸問題に直面して、本当に立法者は隣人に公権を与えようと意欲しているのかが再び問われる。」「最も深刻にみぎの疑問を引 「隣人原告に公権の存在していることが公法上の建築隣人訴訟を承認する前提であるが、以上にみてきた複雑多岐にわたる 『最後に、公権の賦与は国民の権利領域を拡大するのだから、立法者の明確で有効な意思が必要である。立法者だけが権利

月九日判決である。一九五九年の時点で、なお反対した理由はどのようなものか。大要、次のようにいう。 (3) つぎに、 公法上の建築隣人訴訟に真っ向から反対した裁判例を紹介する。ハンブルク上級行政裁判所一九五九年四

を国民に与えられる。判例はそうした権利を拡大できず、ただ確認できるにすぎない。」

定されるからである。ところで、法的地位は、特定利益に対する法秩序の特殊な関係から生ずる。 とにはならない。[そうした規定からの逸脱を許す] 例外(Ausnahme) や免除(Befreiungen)は、公益原則にもとづいて決 の権限に属する。また、特定の建築規定が隣人にも役立つことから、隣人はこの規定の遵守を求めることができる、というこ 「建築主による建築許可の利用によって隣人の法的地位が侵害 (beeinträchtigt) されるか、という問題の解決は民事裁判所 しかし、建築法の立法者の

けれども、

以上にみてきたように、おそらく立法者をはじめとして、実務家・裁判例の中にも、

少なくとも消極的な傾向があった、という事実を認めないわけにはいかないであろう。

公法上の建築隣人訴訟を積極的に支持する者はいなかったといってよ

訟に否定的か、

フをのぞいて、

周到な理由づけをともなって、

手続法などの混乱を招く。最後に、行政庁と建築主の関係で建築規定の遵守されることを隣人が建築警察庁に請求できるとす 意図は、まず公衆の利益の保護に向けられている。一般利益のために要請される建築法秩序の柔軟性は、多数の権利と合致し 原告の範囲は限定されているにせよ、実際上、民衆訴訟を招くことになろう。」 権利は秩序を硬直化させるからである。そして、基本法で保護された公法上の権利保護と、私法上の保護との並存は、

(2) れる。 う。 分けて形成する無制約の権能が帰属するかのように説く者に対しては、それは、いわば実体法上の列記主義を意味する、 だ確認することに裁判所の権限を制限すること、その前提として、あたかも立法者に、権利といわゆる反射的利益とを 務的に克服する際に生ずる多くの困難は、公法上の隣人訴訟を一般的に否定する理由にはなり得ないであろう。 (4) 論者によって指摘される、 いは法政策論として傾聴に値するものでありうるにせよ、あまりに大上段の議論にすぎ、決め手たり得ないように思わ を提出できるほか、隣人原告に権利が承認される場合には、 いだす者に対しては、原告たる隣人の多いことをもって民衆訴訟と理解する根拠としているのではないか、という疑問 と批判することが可能であり、 さらに、 以上の反対論に対し、一部、次のような反論が可能である。まず、VwGOのもとで、公法上の建築隣人訴訟を実 一般利益のために要請される建築法秩序の柔軟性が権利によって硬直化される、との点については、 勝訴例が比較的わずかなことなども同様である。また、 また、そう批判しなければならないであろう。そして、隣人訴訟に民衆訴訟の契機を見 建築隣人訴訟もまた主観訴訟と理解される、と反論できよ 立法者によって宣言された公権をた 若干の

、ツホ

公法上の建築隣人訴 しかも、

# のである。 しかしながら、 連邦行政裁判所はついにこれを正面から承認するに至る。

論 3 隣人訴訟の承認

(1)所第四部一九六五年一〇月五日判決がそれである。 本件の事案は、 側面後退距離(側面境界線からの間隔(Bauwich))を守らずに、小さなガレージを作るため建築主

以上のような経緯を経て、最終的に公法上の建築隣人訴訟の成立を認める判決が下されるに至った。

為の実施請求訴訟(Vornahmeklage)とみなしたうえで、地域の建築法に隣人保護規定のないことを理由に訴えを却下 に与えられた建築許可を隣人が争った、というものである。原審のミュンスター上級行政裁判所は、本件訴えを行政行

る<sub>6</sub>5 侵害(verletzt)されたと主張するすべての者に出訴の途が開かれるとする基本法一九条四項によって否定される、とす 連邦行政裁判所は、 まず公法上の建築隣人訴訟を認めるのが判例であって、学説上の異論は、公権力によって権利を

許可を利用しない間、 つぎに、民事訴訟の存在ゆえに行政訴訟による権利保護の利益を疑う見解に反対し、その理由として、建築主が建築 隣人は行政訴訟によってしか対抗できないことを挙げている。 (\*) 隣人を保護する公法上の枠を取り除く許可から生ずる権利侵害(Eingriff in seine Rechte)に

対し、

したとしても、建築主は執行異議の訴えにおいて建築許可を援用することができ、この場合、民事裁判所は、建築許可 主張しているのであって、原告の目的はみぎ措置の取り消しにあること、また隣人がかりに民事訴訟で債務名義を獲得 そして、隣人訴訟の訴訟形式に関し、原告は行政庁によってなされた措置によりその権利を侵害 (verletzt) されたと

4連邦行政裁判

有権観念の変化」なるものが具体的に何を意味しているのか、

不明である。

由 取消訴訟の行政裁判所判決まで手続を停止することになり、 実施請求訴訟 (義務づけ訴訟) ではなく取消訴訟を選択している。(態) 結局、 隣人は建築許可の取り消しを必要とすること、 を理

さらに、建築許可はその利用つまり建築完了によって尽きており、もはや許可から隣人に対して侵害作用 (beeinträch-

tigende Wirkung) は生じないとした本件一審判決にも、 みぎと同様の理由で批判を加えている。

結論として本判決は、

を尽くさせるため、 すなわち同法の目的が側面後退距離を保つことなしに実現できるか、という問いに答えるに足るだけの事実認定 事案を原審に差し戻したのであった。

側面後退距離内に小さなガレージの建築を認めるライヒ車庫法一三条四項a号、

同五項の許|

踏襲しており、 式で公法上の建築隣人訴訟の認められることを最終的に宣言したわけである。 (2) みぎにみたように、本判決は基本法一九条四項を評価判断の基礎に据え、 公法上の建築隣人訴訟は判例として完全に定着をみたといえよう。(፡፡) また、 その後の連邦行政裁判所判決も本判決を 民事訴訟とは別に、 取消訴訟 の形

明示はされていないけれども、 れる。 本判決の論理からすると、側面後退距離規定に隣人保護的性格が認められてい

るのではない かと思わ

例は本件のごとき問題の解決にとって時代にかなった基準とはならない、 害に対し、 裁判所への出訴を保障するに至った基本法一九条四項の存在と、「所有権観念の変化」とを理由に、 本判決は理由中で特にプロイセンの判例に言及し、 憲法状況の変化、 と断言している。もっとも、 とりわけ公権力によるすべての権 みぎにいう一所 以前 莉侵 の判

北法41(2.93)603

# まとめと若干の検討

論 判例に共通するところを指摘するのは困難であるし、そもそも個々の事案の理解さえ容易ではなかった。それでもなお、 ることにしよう。 さて、ここで、一九五二年二月二九日のベルリン上級行政裁判所判決を含めて、以上に概観してきた諸判決を整理す もとより、必ずしも建築許可・免除を隣人が取消訴訟の形式で争う事案ばかりではなかったため、

が隣人訴訟において完全に定着したとみて間違いないであろう。 定められているのかを訴権(Klagerecht)の存否判断にとって決定的に重要なものとした、バッホフ流の (1)ずれにおいても、 なんらかの規定の隣人保護的性格が論じられており、 規範が誰 |の利益を保護するために 《保護規範説》

次のようないくつかの特徴や問題点を指摘できるのではないかと思われる。

る。 飲食店法一一条の負担制度の隣人保護的性格が論じられているのに対し、 判決では、原告による権利利益侵害の合理的な主張で抗告訴訟の許容性が認められ、本案勝訴要件に関する説示の中で、 る隣人の権利保護の利益 るのかは、以上の判決・決定だけでは不明というほかないように思われる。なぜなら、たとえば、一方、❸一九六一年 連邦行政裁判所が、 (訴訟要件)に関する箇所で、隣人を保護する公法上の枠なるものが論じられているからであ ある規範の隣人保護的性格如何の論じられる場を訴訟要件、 他方、

一九六五年判決では、 本案のいずれと考えてい 行政訴訟によ

授権根拠規定ではなく、それ以外の規定だということである。つまり、●一九五四年の事案では、原告の攻撃対象は免 九六一年の事案では、係争行為の授権根拠規定は飲食店法一四条であるが、隣人保護的性格を有するとされたのは同 みぎとの関連で注意されるべきことは、隣人保護的性格如何を問われているのが攻撃対象とされた行政行為 隣人保護的性格の争われているのは開放型建築様式地域における中庭の大きさに関する規定であった。 の個 々 ò (2)

は

ない

と推察できよう。

地域指定を規律する規定とは別物であった。なお、❷一九六○年の事案でも、隣人保護規定違反が話題になっているが、 行政裁判所の事案でも、攻撃対象となったのは免除であったが、免除根拠規定と隣人保護的性格を有するとされた住居 四項a号、同五項であるが、側面後退距離を規律するのは、 する規定のことが考えられているのであろう。そして、本事案では係争建築許可の授権根拠規定はライヒ車庫法一三条 九六五年の事案では、「隣人を保護する公法上の枠」が語られ、 おそらく地域の建築法であろうと思われる。ベルリン上級 明示の言及はないけれども、 おそらく側面後退距離に関

V)

ずれの規定か不明である。

法一一条の負担に関する規定であり、この一一条の諸原則が一四条の解釈適用において考慮されるものとされた。

(2)の事案では混合住居地域が、それぞれの紛争場面であった。この点、❹一九六五年の事案は不明である。 交換関係》が語られつつ、住居地域であること、まさしくそのことがここに居住する原告隣人の権利を基礎づけるもの とされていた。 以上の事実から公法上の建築隣人訴訟が承認された背景には、次第に整備されてきた都市計画法制の影響があるので つぎに、ベルリン上級行政裁判所の事案では、用途外利用を禁じられた住居地域が紛争の舞台であり、 《保護規範説》なる判断枠組みの不明確さが、 また、●一九五四年の事案では開放型建築様式が、❷一九六○年の事案では住居地域が、 すでにここに示されているように思われ ❸一九六一 ιJ わゆる《

しよう。 みぎに関連して、ここで各事案において問題になっている原告隣人の権利利益はなにか、 まず第一に、ベルリン上級行政裁判所の事案で問題になったのは、 住居地域内の土地を営業などの目的外用途 を具体的にみておくことに

年の から妨害されずに利用する利益であり、 〈帯鋸〉判決では、著しい騒音などにさらされないという、住居地域に居住する原告の利益が、❸一九六一年判決 それは 《交換関係》によって基礎づけられたものであった。 また、 2一九六〇

では、

る利益が、それぞれ侵害されているとして争われているのだ、と考えてよいであろう。 朝五時までの夜の静穏が、 最後に、◆一九六五年の事案では、 側面後退距離を確保することから原告隣人に生ず

論 かと思われる。 (3) る建築許可の機能が挙げられている。もっとも、この最後の点を強調するときには、取消訴訟優先説になるのではない 害に対する裁判保障のほか、建築主による建築許可の利用前には行政訴訟の途しかないことと、執行異議の訴えにおけ では民訴・行訴、 さらに、 建築主に対する民事訴訟のほか、建築行政庁に対する行政訴訟も許される理由として、❸一九六一年判決 両訴訟の法根拠の違いが指摘され、❹一九六五年判決では、基本法一九条四項の公権力による権利侵

6 (4) 最後に、 連邦行政裁判所の一連の判決は、どこに「警察侵害」・「権利侵害」を見いだしたのか、と問うことにした

思われる。 為を許した点に、 れたという判例の結果とから、 の枠を取り除く許可から生ずる権利侵害」という部分だけのように思う。この説示と、公法上の建築隣人訴訟が許容さ 本稿のみるところ、この問いを解く手がかりとなるのはわずかに、❹一九六五年判決にいう「隣人を保護する公法上 すなわち建築許可それ自体に、建築行政庁による「警察侵害」・「権利侵害」を見いだしているように 連邦行政裁判所は、 かりに現実には建築主が隣人を侵害するとしても、 建築主に建築行

#### \*

訟における「権利」・「権利侵害」、そして「違法事由」の問題に移行してゆくことになる。これらの問題に対して、 イツの判例・学説はどのように取り組んできたのか、これを本稿第三章以下で分析・検討することにしよう。 以上のようにして、ひとたび公法上の建築隣人訴訟が承認されたからには、 以後の判例・学説の課題は、 建築隣人訴 西ド

- (1) BVerwGE 1, 83=NJW 1954, S. 1214.
- (2)開放型建築様式については、参照、ディーテリッヒ/コッホ 八頁以下。 (阿部成治訳)『西ドイツの都市計画制度』(一九八一年)七
- (∞) BVerwGE 1, 83 (83).
- (4) Vgl. W. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959, S. 94 f. mit Fn. 31
- (5) BVerwGE 1, 83 (83 f.).
- (Ф) BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960, GE 11, 95=DVBl. 1961, S. 125 ff. mit Anm. v. Bachof.
- (7) BVerwGE 11, 95 (95).
- (8)本判決によって、従来広く肯定されてはいたが、疑いがなかったわけではない問題、すなわち建築法上の隣人保護的規定 im Baurecht", DVBl. 1963, S. 273 ff. (278). 定された、といわれている。Vgl. M. Sellmann, "Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbarklage は、影響を被る隣人に行政訴訟を提起する権利を与える (berechtigen) ことができるかという問いが、最終的に肯定的に決
- (9)「無瑕疵裁量行使請求権にとって、他の事情とともに、妨害あるいは危険の程度もしくは重大さが基準たる意味を有する。 る。この特別な要件のもとで、行政庁に対する無瑕疵裁量決定請求権が特定行政活動を求める請求権と、実践上の結果にお いて同置できるようになる。」(BVerwGE 11, 95 (97)) みぎの程度の著しいとき、不介入決定は、事情により、端的に裁量瑕疵とみなされうる。実際、唯一の無瑕疵裁量決定すな わち介入決定だけが考えられ、裁量の自由はたかだか介入方法になお残るにすぎない、というまでに収縮することがありう

ドイツ」雄川一郎ほか編『現代行政法大系1』(一九八三年)二四五頁以下、二六八頁以下。 イツにおける営業警察の展開(三・完)」社会科学研究二○巻二号(一九六八年)四九頁以下、一二二頁以下、宮崎良夫「西 本判決が述べる警察介入請求権の原則論については、参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年)五四頁以下、八二頁、 『環境権と裁判』(一九七七年)一九九頁以下、同『行政責任と国民の権利』(一九七九年)六四頁以下、保木本一郎「ド

- (10)VwGO一一三条四項二文にもとづき、行政庁がその裁量により決定できるところで、みぎ裁量行使に瑕疵あるとき、裁 1972, Rd. 86; K. Redeker / H. - J. von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1981, Rd. 22 zu §113 und Rd. 判所は裁判所の見解にしたがって再決定するか、あるいは瑕疵のない決定をなすように行政庁を義務づける判決をなすこと ができる。これを「指令判決」と呼んでいる。Vgl. B. Bender / R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil-und Verwaltungsrecht, 北法41(2.98)608
- (11)BVerwGE 11, 95 (98 ff.). 以上のように、本判決の結論は原審への差戻しであるが、原田・前掲各書注(9)は、本判決 3 zu §42; R. Steinberg, "Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts", NJW 1984, S. 457 ff. (463) の結論を請求認容としているように思われる。本稿筆者の読み間違いを恐れる。
- (空) BVerwGE 11, 331 = DVBl. 1961. 1961, S. 408 ff. mit Anm. v. Menger; vgl. auch ders., VerwArch. 1961, S. 92 ff. (102 ff.); K. A. Bettremann, "Gewerberechtliche Nachbarklage?", NJW 1961, S. 1097 ff.
- (13) BVerwGE 11, 331(332). 民事訴訟と行政訴訟の並存が許される、との点につき、ベッターマンは自明とする(Bettermann, aaO (Fn. 12), S. 1097)。メンガーは、行政行為の適法性が行政訴訟では問題となるのに対し、民事訴訟では行政行為の結 果(Folgen)が問題となることに両訴訟の並存の許される理由を求めている(Menger., aaO (Fn. 12), DVBl. 1961, S. 410;
- (4)VO一六五・二三条については、参照、本稿第二章第一節第二款四の2。

ders., VerwArch. 1960, S. 262 ff. (264 f.))°

(16)BVerwGE 11, 331 (332). この点、ベッターマンは、主張の合理性は本案の問題である、と批判している(Bettermann, aaO (Fn. 12), S. 1098)。メンガーもまた、合理性なる用語が民事訴訟法では異なる意義で用いられていることを指摘する

(15) "Schlüßigkeit"を、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義(補訂版)』(一九八〇年)四三頁は、「有理性」と訳している。

- が、他に適当な表現も見あたらない以上やむを得ない、としている(Menger, aaO (Fn. 12), DVBl. 1961, S. 410)。
- (17) この点、ベッターマンは次のように批判する。すなわち、本判決の枠組みでは、出訴可能な権利を単なる反射権から(die klagefähigen Rechte von den bloßen Reflexrechten)、また、直接的権利侵害を単なる反射的影響から (die unmittelbare る規範(Rechtsnorm)に違反したときである、と(Bettermann, aaO (Fn, 12), S. 1098)。また、メンガーは、多くの行政 察]許可(Erlaubnis)に対する[隣人からの]取消請求が許されるのは、行政庁が許可の賦与により原告の保護を目的とす Rechtsbeeinträchtigung und Rechtsverletzung von der bloß reflexweisen Berührung)区別するのに不十分であり、[警

(Fn. 12), DVBl. 1961, S. 410)° 適格の存否判断については本判決の枠組みに賛成し、本件のごとき原告の主張だけで判定される、としている(Menger, aaO 裁判所が原告適格 (Klagebefugnis) の存否を判断するにあたり、本案の問題にまで立ち入っていることを指摘しつつ、

- (18)BVerwGE 11, 331 (332). メンガーは、「法的に保護された生活範囲が打撃を被っている」こと、という連邦行政裁判所 について、詳しくは、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(一九八三年)九九頁以下参照 verletzt sein)、としている(Menger, aaO (Fn. 12), DVBl. 1961, S. 410)。メンガーのいう「公法上の妨害排除請求権 分ではなく、原告の法的地位が違法に侵害されていなければならない(die Rechtsstellung des Klägers muß rechtswidrig negatoria)であり、本判決が示唆する何らかの打撃(ein irgendwie geartetes Betroffensein)ではみぎ請求にとって十 の判断枠組みに、その不明確さを理由として反対している。メンガーによれば、取消訴訟は公法上の妨害排除訴訟
- (<del>9</del>) BVerwGE 11, 331 (333).
- (\approx) BVerwGE 11, 331 (333)
  (\approx) BVerwGE 11, 331 (333)
- (22)ベッターマンは、原告の被害は営業主による許可利用から初めて生ずること、許可利用から生ずる被害は取消 ている。すなわち、①法一一条が保護するかもしれないすべての住民が取消(請求)権を有するとすると、それは民衆訴訟 を意味しないか。②法一一条を保護法律とすると、隣人は負担の不作為などに対して義務づけ訴訟も可能となろうが、これ まる、という一般論を述べてから、本判決が飲食店法一一条をもって隣人保護法律としたことに対し、以下の疑問を提出し (Anfechtungsrecht)を基礎づけず、取消(請求)権の存否は行政庁が原告の保護を目的とする規範に違反したか否かで決

プロイセン警察行政法一四条一項の内容は次の通りである。すなわち、「警察官庁は現行法の枠内で、公共の安全もしくは秩 よれば、警察(Polizei) は個人からも危険を排除しなければならないが、その危険は公共の安全、秩序を脅かすものである とするのは関係官庁だけである。手続関与規定のないことを理由に取消 (請求) 権を否定するのが判例である (BVerwGE 6, は他方で法一一条の保護の対象である飲食店の顧客にとって不都合となろう。③事後的負担に関し、法一九条が聴聞すべき 167=NJW 1958, S. 725)。④法|一条は警察概括条項の営業法上の表出形態にすぎない。プロイセン警察行政法| (Bettermann, aaO (Fn. 12), S. 1098 f.) (④の点に関して、 vgl. auch Brohm, aaO (Fn. 4), S. 95 mit Anm. 32)°

序を脅かす危険を公衆あるいは個人から排除するため必要な措置を義務にかなった裁量にもとづいてなさなければならな

(3)代表的な反対説については、本文で次に紹介する。また、筆者が参照できた消極説には次のものがある。①Pietzkonka, " ses", DVB1. 1963, S. 609 ff. 以上のなかで、②を除く、すべての者が免除(Dispens)に対してだけ公法上の建築隣人訴訟 nung", NJW 1958, S. 769 ff. 

K. Kniestedt, "Nachbarklage und nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis", DöV ている(⑤, S. 610 f.)。なお、消極説は、以下の関連箇所で逐次引用する。 についてだけ隣人訴訟を認めるが、公法上の隣人訴訟を承認する流れについて、もはや後戻りすることはできない、と述べ を害し、硬直化(Erstarrung)を招くと考えるため、公法上の建築隣人訴訟全般に消極的である(◎, S. 519)。⑤は、免除 束する効力があること(⑤, S. 609)であったり、様々である。②は、建築隣人訴訟の承認が建築法の柔軟性(Elastizität) し、先の建築物を配慮しなければならないという制約を受けること(囧, S. 1182 f.)であったり、免除には通常裁判所を拘 を認めている。もっとも、その理由は、側面後退距離からの免除において、隣人は将来の自分の所有権の行使たる建築に際 1962, S. 89 ff. @W. Rüfner, "Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispen Der Nachbar im Baurecht", NJW 1959, S. 1181 ff. © F. Weyreuther, "Die Beiladung des Nachbarn im

DöV 1968, S. 547 ff. (547 mit Fn. 4))° 月二九日判決(MDR 1964, S. 446 f.)は、みぎ判決を一度は確認したものの、一九六六年八月一一日決定(MDR 1966, S. 1034 f.)により、同裁判所も公法上の建築隣人訴訟を肯定するに至った (vgl. Hans Peters, "Der Dritte im Baurecht", (DVB1. 1959, S. 822 ff.) の反対理由の大要は、本文でのちに紹介する。なお、ハンブルク上級行政裁判所一九六三年八 ハンブルク上級行政裁判所もまた、公法上の建築隣人訴訟に真っ向から反対した。同裁判所一九五九年四月九日判決

訟は民衆訴訟を意味すること(S. 46 f.)、建築主ばかりか隣人にも法的不安定が生ずること(S. 47 ff.)、が指摘されてい schutz, 1969, S. 41 ff. である。そこでは、隣人訴訟は柔軟性を要する建築法の本質にそぐわないこと(S. 41 ff.)、隣人訴 一九六○年代までの公法上の建築隣人訴訟反対説の概観をなすのは、F. H. Timmermann, Der baurechtliche Nachbar-

- (전) Vgl. V. Götz/H. H. Klein/C. Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit," NJW 1984, S. 8 ff. (13 f.). H. J. Papier, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979, S. 20; Brohm, " richterlicher Kontrolle, 1985, S. 199 (Diskussion); vgl. auch H. Faber, aaO, S. 240 (Diskussion); Götz, aaO, S. 254 今日、公法上の建築隣人訴訟などいわゆる第三者訴訟全般を通して私人間の紛争である、とするものに次のものがある。
- さらに、ベルリン大学教授シュベルトフェガー(G. Schwerdtfeger, "Grundrechtlicher Drittschutz im
- staatliche Bau-und Anlagengenehmigungen?", NVwZ 1983, S. 523 ff.; Steinberg, aaO (Fn. 10), S. 462. NVwZ 1982, S. 5 ff. (7)) は、公法上の建築隣人訴訟に反対するわけではないものの、「第三者の財産を侵害する (eingreift) 行政の侵害を排除するのではなく、建築主の侵害からの保護を行政に求めるものと理解すべきだ、と主張している。こうし のは、国家では『なく』、『建築主』である。」(二重鈎括孤原文イタリック)とし、隣人訴訟における原告隣人の請求権を、 た見解を批判する者がある。Vgl. J. Schwabe, "Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen
- (经) Redeker, "Nachbarklage-öffentlich oder zivilrechtlich?", NJW 1959, S. 749 ff.; Sellmann, aaO (Fn. 8). なお、 ンマーマン(Timmermann, aaO (Fn. 23), S. 42)は、ゼルマンをもって結論として公法上の建築隣人訴訟を認めるものと しているが、本文で以下述べるように疑問である。
- (26)Sellmann, aaO (Fn. 8), S. 281 f. この点、レーデカー(aaO (Fn. 25), S. 750 (2a, b))は、本文のように述べているわ けではないものの、取消訴訟、実施請求訴訟(義務づけ訴訟)のそれぞれにおいて生じることが予想される諸問題を検討して 頁以下参照 石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為論』(中)」自治研究五七巻一二号(一九八一年)一一七頁以下、一一八 いることから、ゼルマンと共通すると考えた。なお、現行VwGOの仮の権利救済(停止効、仮命令)制度につき、詳しくは、
- (%) Redeker, aaO (Fn. 25), S. 750 (2 b); Sellmann, aaO (Fn. 8), S. 283
- (28)連邦内務省におけるVwGO準備担当官であったケーラーのVwGOコンメンタール (Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, §60 Anm. V, 2 ; §80 Anm. AII7)を引用しつつ、VwGOが、建築許可など、いわゆる第三者効つき行政 行為(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)を十分に考慮していなかった、と指摘するものに、Redeker, "Entwicklungen

論

八頁以下参照。

Doppelwirkung, 1967, III Hauptteil である。これを含め仮の権利救済をめぐる議論の詳細は、石崎・前掲注(26) | 一 und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung", in : N. Achterberg/W. Krawietz/D. Wyduckel (Hrsg.) がある。さらに参照、佐藤英世「西ドイツ官吏法における競争者訴訟一」奈良法学会雑誌二巻一号(一九八九年)一頁以下、 Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 861 ff. (865) 一八頁。また、こうした訴訟法上の諸問題の解決策を提案したのが、H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit 北法41(2:102)612

府草案が作成され、一九八二年に連邦議会に提出されている。本草案では、特に、仮の権利救済制度をめぐる紛争を立法的 戸学院法学一四巻二号(一九八三年)一頁以下参照 に解決する努力がなされている。本草案につき、詳しくは、乙部哲郎「西ドイツ『行政訴訟法』草案の作成とその概要」神 なお、現在、西ドイツでは、行政・財政・社会の各裁判所法を統一する行政訴訟法(Verwaltungsprozeßordnung)

- (\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\mathref{\m
- (ℜ) Redeker, aaO (Fn. 25), S. 751; vgl. auch Kniestedt, aaO (Fn. 23), S. 89.
- (31)その他、レーデカーにだけみられる見解として、「最も重要なのは、隣人訴訟には勝ち目がほとんどないことである。 f.; vgl. auch Weyreuther, aaO (Fn. 23), S. 519; OVG Hamb., Urt. v. 9. 4. 1959, DVBI. 1959, S. 822 ff. (823)) なわ れるのは、「隣人訴訟は、公益のため、建築法の処理に要請される柔軟性を硬直化させる。」(Sellmann, aaO (Fn. 8), S. 284 なく建築主を攻撃している。隣人訴訟はたんなる所有権妨害排除訴訟(Eigentumsabwehrklage)の一例にすぎず、通常裁判 所で解決されるべき典型的な民事事件である。」(Redeker, aaO (Fn. 25), S. 751)などがあり、他方、ゼルマンにだけみら (Redeker, aaO (Fn. 25), S. 750 f. (2 c) ; vgl. auch Kniestedt, aaO (Fn. 23), S. 90, 91)、「隣人は実際には行政庁では
- (32)Vgl. Redeker, aaO (Fn. 25), S. 751 mit Fn. 19(「公益のため交付された公法上の命命・禁止規範は隣人にも役立ち、規 ぎず、行政庁に対する公権(subjektiv öffentliche Rechte gegenüber der Baubehörde))が影響を被っているのではな 範からの免除は場合により隣人を侵害 (beeinträchtigt) するかもしれないが、それはたんなる反射が問題となっているにす

- (窓) 次に紹介するゼルマンと同じく、連邦建設法草案が隣入に公権を認めるのを拒否していたとするのは、 R. Bartlsperger, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts", VerwArch. 1969, S. 35 ff. (41)である。
- (表) Sellmann, aaO (Fn. 8), S. 284. 市田となるや村地極楽な、BT-Dr. 3/336(S. 108)じゅや。
- (\(\mathcal{E}\)) Sellmann, aaO (Fn. 8), S. 284 f.
- (%) OVG Hamb, aaO (Fn. 31).
- (S) AaO (Fn. 31), S. 823 f. (引用にあたり、大幅に要約してある)。
- (窓) Vgl. Redeker, aaO (Fn. 25), S. 750 f. (2 c); vgl. auch Kniestedt, aaO (Fn. 23), S. 90, 91 (やみ′ 物選′ 猛炭(云)).
- (A) Vgl. Hans Peters, "Der Dritte im Baurecht", DöV 1965, S. 744 ff. (745).
- (4) 連邦行政裁判所の判例を含め、こうした見解をまとめたものに、Bartlsperger, aaO (Fn. 33), S. 47 がある。
- 六四頁以下、一六七頁(『国土開発と環境保全』(一九八九年)所収)、小早川・前掲書注(22)、一五二頁注(43)。 二八二頁、三四二頁、阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律問題」」判例評論三一四号(判例時報一一四二号(一九八五年))一(4)「実体法上の列記主義」については、参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年)四八頁注(22)、一二八頁、一三六頁、
- (\(\frac{1}{2}\)) BVerwGE 22. 129.
- (♥) BVerwGE 22, 129 (130).
- (\(\frac{1}{4}\)) BVerwGE 22, 129 (130).
- (\$\preceq\$) BVerwGE 22, 129 (130).
- (\$\preceq\$) BVerwGE 22, 129 (130 f.).
- (か) 既行とPO七六七条にいう執行群除訴訟(Vollstreckungsabwehrklage)のことである。
- (\(\preceq\)) BVerwGE 22. 129 (131 f.).
- (\$\Pi\$) BVerwGE 22, 129 (132 f.).
- (S) BVerwGE 22, 129 (137 f.).
- (記) 通常の公法上の隣人訴訟の訴訟形式が取消訴訟であることを確認したと考えられる判決として、BVerwG, Urt. v. 17. 10. 1975, GE 49, 244 (249) がある。

- (G) Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 4. 1967, GE 27, 29 (31); BVerwG, Urt. v. 6. 10. 1967, GE 28, 33 (33) 現在、取消訴訟以外にも、無許可建築物などへの警察介入を求める義務づけ訴訟(BVerwGE 11, 95)や、切迫した建築
- 170 ff.; Bender / Dohle, aaO (Fn. 10), Rdn. 81 ff., 90 f.) 博也『計画行政法』(一九七六年)二七○頁以下参照))も認められるに至っている(vgl. Timmermann, aaO (Fn. 23), S 許可に対する予防的差止め訴訟(BVerwG, Urt. v. 16. 4. 1971, DVBl. 1971, S. 746 ff. (本判決につき、詳しくは、 北法41(2:104)614
- (54)したがって、さきに紹介したヘッセン高等行政裁判所一九五〇年五月二四日判決(本稿第一章第二節第一款の1)とは見 解を異にするものと思われる。
- (5) プロイセン上級行政裁判所の判例については、本稿第一章第二節参照
- (5) BVerwGE 22, 129 (131).
- (5) Vgl. K. Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl. 1984, Rd. 84
- (8) この点は、当時、公法上の建築隣人訴訟を許容した裁判例において原告が境界線を接する隣人であったこととあわせて、 im Wandel", in: Achterberg/Krawiez/Wyduckel (Hrsg.), aaO (Fn. 28), S. 881 ff. (887) がある。 退距離 (Bauwich) に関する訴訟であったことを指摘するものに、O. Schlichter, "Planungsrechtlicher Betroffenenschutz すでに一九五九年に指摘されている(vgl. Pietzkonka, aaO (Fn. 23), S. 1181)。なお、当初、公法上の隣人訴訟が側面後
- (5)Vgl. Hans Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970, S. 241. シュルテは、まず、建築物が許可の内容を逸脱 ら生ずる隣人の不作為請求権にかかわりがないことを強調した、一九六四年一二月一七日連邦行政裁判所判決 (NJW 1965, £))を引用しているのである。シュルテの見解に対し、公法上の許可の賦与は隣人と建築主との間の私法関係およびこれか がった建築に関しては、まず許可の取消を求めなければならないとし、その際、❹一九六五年判決(BVerwGE 22, 129 (132 したり、必要な許可を得ていない場合には、隣人は建築主に対する民事訴訟だけを許される、とする。そして、許可にした 551 (552))に依拠しつつ反対するものがある。Vgl. Bender/Dohle, aaO (Fn. 10), Rd. 21.
- (金) Vgl. R. Steinberg, "Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts", NJW 1984, S. 457 ff. (461 mit Fn. 61 (「レのり のまま残されている。」)). とは、連邦行政裁判所一九六五年一〇月五日判決(BVerwGE 22, 129 (130 f.))という原則的判決において完全に未解決

# 第三章 隣人訴訟の発展

求められる。まず、 事由」が、どのような内容を有するものと理解されたかを分析・検討することにしよう。素材はここでもおもに判例に 本章では、 判例によって承認されるに至った、 判例発展の前提たる法制度の概観から始めよう。 公法上の建築隣人訴訟において、「権利」・「権利侵害」、そして「違法

第一節 法制度の概観

第一款 現行建築法制の概観

setz) と合わせて一本化されるという、大幅な改正をうけ、連邦建設法典(Bundesbaugesetzbuch) と改称されるに至っ 年法、一九七六年改正法にも言及する。なお、一九八六年に、連邦建設法は都市建設促進法(Städtbauförderungsge-連邦建設法(Bundesbaugesetz. 以下、たんに法ということがある) を検討の中心に据えるが、 今後の本稿の叙述に関連する西ドイツ建築法制の概観をここで得ることにする。本款では、一九七九年改正にかかる 必要に応じて、一九六〇

たけれども、建築隣人訴訟にかかわる部分はほとんど修正を受けていない。一九七九年改正法を中心に置くのはそのた

(Bebauungsplan)(以下、たんにBプランということがある)の策定手続と内容の概略を紹介する(一)。ラント建築 以下ではまず、ラントの建築法とならんで建築行為を直接規律する連邦建設法の中心に位置する、 地区詳 [細計画

適用される。この建築許可庁は、原則として、郡もしくは郡に属さない市(kreisfreien Stadt)である。 つぎに、本稿にとって最も重要な、建築案(Bauvorhaben)の許可要件に関する基本三区分をみる(二)。

法と連邦建設法の両者は、建築許可庁 (Bauaufsichtsbehörde) が実施する、

(1)西ドイツ建築法制度に関しては、すでに、数多くの優れた紹介、検討がなされている。本稿がおもに参照にしたのは以下 ERNEUERN"を訳出したもの(同書まえがき三頁以下参照)は、脱稿後(一九九〇年五月連休中)に接したため、十分に参 市保存 西ドイツ建設法典の概説』(一九九〇年)第一章(西ドイツ建設省作成にかかる市民広報"PLANEN BAUEN ヒ/コッホ (阿部成治訳)『西ドイツの都市計画制度』(一九八一年)、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(二) ツにおける都市計画の制度と運用⑴~⑹」土地住宅問題二〇号一六頁以下~二五号三七頁以下 (一九七六年)、ディーテリッ のものである。日本建築センター『西ドイツの都市計画制度と運用』(一九七七年)、日笠端・日端康雄・中村直樹「西ドイ (三)」自治研究五九巻一○号九二頁以下、同巻一一号一○五頁以下(一九八三年)。北畠照躬『都市計画・都市再開発・都

gsrecht, 2. Aufl., 1981, Rdn. 1 ff. im Raum - und Stadtplanungsrecht, 1979; W. Ernst / W. Hoppe, Das öffentliche Bau - und Bodenrecht, Raumplanun-なお、西ドイツの国土利用計画法制の全体については、参照、山下・前掲論文(一)九九頁以下、 W. Brohm, Entwicklung

(\approx) v. 6. 7. 1979 (BGBl. I S. 949)

照できなかった。

- (∞) v. 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 341)
- (4) v. 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2256)
- (5) v. 27. 7. 1971 (BGBl. I S. 1125)
- (6) 一九八六年連邦建設法典(Gesetz über das Baugesetzbuch vom 8. Schlichter/R. Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 1988)などのコンメンタールのほか、参照、 12. 1986, BGBl. I S. 2191) については、O. 西

個々具体の建築許可手続において一体的に

「一般では、 NVwZ 1987, S. 545 ff.; Krautzberger, "Das neue Baugesetzbuch—Das besondere Städtebaurecht", NVwZ 1987, S. 647 ff.; F.-J. Peine, "Das neue Baugesetzbuch", JZ 1987, S. 322 ff. usw.

- (ト) もちろん、多くの詳細な改正が施されているけれども、たとえば法三四条一項と「ほとんど合同 (nahezu dekungsgleich)」と評価されている。 建築案の許可要件に施された改正点とあわせて、vgl. A. Schink, "Die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 29 bis 36 Baugesetzbuch", DVBl. 1987, S. 545 ff. (548).
- 九頁注(5)。(8)参照、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(二)」自治研究五九巻一一号(一九八三年)一〇五頁以下、一〇(8)参照、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(二)」自治研究五九巻一一号(一九八三年)一〇五頁以下、一〇
- (の) vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 1), Rdn. 899 ff.; vgl. auch §§77, 80 BayBO (vgl. J. Mang / A. Simon, Bayerische Bauordnung (i. d. F. v. 21. 8. 1969). やお、物底、岩画・海螺軸俎(ゆ) 川川阿公片。

#### **製区罪籍計画(ロプレン)**

ここでは、連邦建設法の中心に位置する、地区詳細計画(Bプラン)を、計画策定手続と計画内容とに分けて紹介し

## 1 Bプランの策定手続

論 画原案が作成される。議会のみぎ決議は関係公共機関に伝えられ、ゲマインデとの間で種々の調整がなされる。 ゲマインデ(市町村)がBプランを必要とする場合、議会がその旨の決議をする。これをうけてゲマインデ内部で計 他方、

計画原案について、住民公聴会が開催されるなどして、住民の意見が聴取される。

間である。縦覧に供された計画案に対し、関係公共機関、住民は、疑問や助言を提出することができる。これらの疑問 できあがった計画案は、議会で議決され、公告、縦覧に供される。公告、縦覧の法定期間はそれぞれ一週間と一ヶ月

助言を考慮した最終計画案が議会により条例として議決される。 最後に、ゲマインデは、みぎ条例につき上級官庁に対し認可の申請をなし、上級官庁は三ヶ月以内に決定することに

なっている。認可を受けた計画(条例)が、公告、縦覧に供される。

以上の計画策定に要する平均期間は、約三六ヶ月といわれている。

いることである。判例学説にしばしば登場する、隣人相互間における《交換関係論》には、法観念の世界にとどまらず、い、、、、 

### 2 Bプランの内容

制度上の裏づけもあるのである。

条一項)。それらは、次の三種類に大別することができよう。 ついて、 Bプラン適用区域がBプラン自体の中に明示される。Bプランにおいて、何を指定 (Festsetzung) できるかに 建築利用の用途と密度、建築方式、敷地内の建築許容範囲と禁止範囲など、二六項目が列挙されている(法九

②建築に利用されない土地のその他の利用の指定(一〇号~一九号、二一~二四号、二六号。 ①建築敷地の建築利用の指定 (一号~九号)

③植樹の指定 (二五号)

qualifizierten Bebauungsplan)とがある。完全Bプランとは、Bプラン自体もしくはその他の建築法規定と組み合わ 全な(vollwertig)」 Bプランであるとされる。 の指定のいずれかを含まないBプランを指し、この点でのみ完全Bプランと異なるにすぎず、簡易Bプランもまた、「十 の密度、建築敷地内の建築許容範囲、そして、地区内交通用地の四種類である。他方、簡易Bプランとは、 されることにより、次の指定 (Festsetzung) を含むことになるようなBプランをいう。つまり、建築的利用の用途、そ つぎに、Bプランには、完全Bプラン(qualifizierten Bebauungsplan)と簡易Bプラン(einfachen od., nicht みぎ四種類

(1)参照、ディーテリッヒ/コッホ(阿部成治訳)『西ドイツの都市計画制限』(一九八一年)三〇頁以下、春日井道彦『比較 2. Aufl., 1981, Rdn. 313 ff.; K. Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl., 1984, Rdn. 263 ff. 九七六年)三六頁以下、三八頁以下、 W. Ernst / W. Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht でみる西ドイツの都市と計画』(一九八一年)一一四頁、日本建築センター『西ドイツの都市計画制度と運用』(一九七七年) 一一二頁以下、日笠端・日端康雄・中村直喜「西ドイツにおける都市計画の制度と運用(その四)」土地住宅問題二三号(一

(3)この期限は三ヶ月に限り延長することができるが、期限内に理由を示して拒否されなかった場合には、認可がなされたも (2)この住民の早期の参加は、一九七六年改正法により採用された制度であり、これによって管理運営上の困難が生ずるので つき、さしあたり、成田頼明「連邦建設法の改正問題」日本建築センター・前掲書注(1)四二頁以下、五一頁以下参照)。 G. Schmidt-Eichstaedt, "Das Bundesbaugesetz in der Praxis", DVBl. 1984, S. 588 (592). 一九七六年改正以前の様子に はないか、という多方面からの不安は、現在のところ、例外的事業についてのみあてはまるとされている(vgl. R. Schäfer / 北法41(2•109)619

件で認可されているという(vgl. Schäfer/Schmidt-Eichstaedt, aaO (Fn. 2), S. 593)。 のとみなされる。認可には条件を付すこともできる(以上、法一一条、法六条二項ないし四項)。約七〇%のBプランは無条

北法41(2:110)620

(4)連邦建設法にもとづいて公布された条例 (Satzung) に対しては、一九七六年のVwGO改正 (参照、VwGO四七条一項 1), Rdn. 432 f.; Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 1), Rd. 429) Hoppe, aaO (Fn. 1), Rd. 431a)。また、建築法事件における取消・義務づけ訴訟の中で、行政行為の適法性判断の前提と 将来において損失を被むると考えられる者である(VwGO四七条二項一文)(vgl. Gelzer, aaO (Fn. 1), Rd. 415 ; Ernst / 規範(Rechtsvorschrift)自体、もしくはその適用により、直接的損失(unmittelbare Nachteil)を被むるか、予測しうる 巻』(一九九〇年)四三七頁以下(一九八七年改正法について紹介検討を加えている))。規範統制の申立てを提出できるのは、 イツ行政裁判所法の規範審査制度の展開 ―― 地区詳細計画の訴訟統制 ―― 」『雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題中 制訴訟が許されている(vgl. Gelzer, aaO (Fn. 1), Rd. 413 ; Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 1), Rdn. 428 ff. ; 藤原静雄 して、Bプランが審査される、いわゆる附随的統制(Inzidentkontroll)は日常的に行なわれている(vgl. Gelzer, aaO (Fn 号。一九七六年連邦建設法改正に伴う改正である。Vgl. BGBl. IS. 2437)以来、連邦全体を通して、一般的に、規範統

れた無効なBプラン」であるという。さらに、参照、春日井・前掲書注(1)一一四頁、一二二頁)。 となったゲマインデにおけるBプランの平均三○パーセントが、またいくつかの都市では八○パーセントのBプランが「隠 らしている、という調査報告がある(vgl. Schäfer/Schmidt-Eichstaedt, aaO (Fn. 2), S. 594 f. これによると、 ラン(verdeckt ungültiger Bebauungspläne)」が存在しており、ゲマインデにおける計画・建築行政を不安定な状態にさ ち一九のみが取り消されたにとどまる。数の点では、判例の影響は少ないともいえるが、相当の割合で、「隠れた無効なBプ 一九七七~八二年の間に新しく作られたBプランは五七〇にのぼるが、裁判所で攻撃されたものは二九にすぎず、そのう

- (5) Vgl. Schäfer / Schmidt-Eichstaedt, aaO (Fn. 2), S. 592.
- (6)区域の形状は多様であるが、春日井・前掲書注(1)一二四頁図83のフランクフルト市の場合をみると、Bプラン適用区 域の大きさは、百メートル四方程度のものから、二キロメートル四方程度のものまであるようである。
- (~) Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 1), Rd. 266.
- (8)二○号は、風致の保護・保全および発展のための用地に関するものであり、それゆえ、建築に利用される場合もあれば、

- そうでない場合もあるように思う。二〇号が前注(7)の文献において分類対象になっていない理由はここにあるのであろ
- (9)訳語の問題であるが、山下「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(二)」 自治研究五九巻一一号(一九八三年)一〇五 訳している。また、"einfachen Bebauungsplan" については、北畠・上掲書二五頁、五三頁が「簡易建設計画」と訳すほ かは、「簡易Bプラン」という訳語が一般的なように思われる。 北畠照躬『都市計画・都市再開発・都市保存 西ドイツ建設法典の概説』(一九九〇年)五三頁は、「有資格の建設計画」と る。本稿もこれにならう。なお、ディーテリッヒ/コッホ(阿部訳)・前掲書注(1)五八頁は、「法定Bプラン」と訳し、 施設の立地と都市計画(その一)」香川法学六巻一号(一九八六年)七三頁以下、七五頁では、「完全Bプラン」と訳してい 頁以下、一一二頁は、"qualifizierten Bebauungsplan" に「正式のBプラン」という訳をあてていたが、同「大規模産業
- (10)参照、ディーテリッヒ/コッホ(阿部訳)・前掲書注(1)五八頁、 (A) Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1964, GE 19, 164 (167); Ernst/Hoppe, aaO (Fn. 1), Rd. 338 Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 1), Rd. 356

# 一 建築許可要件の基本三区分

にあってはともかくとしても、各要件において、一般的に広範な行政裁量が残されていることを特に示すことにしたい。 さて、連邦建設法は一九六〇年法以来、一貫して、次の三区分を採用してきた。すなわち、 次節以下の叙述に最も関連するのは建築許可の要件に関する規律である。ここでは、Bプランの指定 (Festsetzung)

③法三五条が適用される開発制限地区(外部地区(Außenbereich)) ②法三四条が適用される連担建築地区(未計画内部地区(nicht beplanten Innenbereich)) ①法三〇条以下が適用される完全Bプラン適用地区(計画内部地区(beplanten Innenbereich))

れている。

論 のである。①、②は積極的にその区域を決められるのに対し、③は消極的に①、②でないところ、というふうに決めら プランの適用があるか否かにより、みぎ①と②・③が分けられ、次に、連担建築地区内か否かで、②と③が分けられる 以上の三地区を区分する基準は、 完全Bプランの適用があるか、連担建築地区内か、のふたつである。まず、完全B

ラン適用地区など、それぞれの地区の特色を示す呼称を用いることにしたい。また、多様なラント建築法の規律は省略 本稿では、みぎの三地区の呼称として、最近、西ドイツで普通に用いられているカッコ内のものを用いず、完全Bプ もっぱら、連邦建設法上のみぎ三区分につき検討を加えることにする。

### 1 完全Bプラン適用地区

申請にかかる建築案がこの地区にあるとき、 ①建築案が完全Bプランの指定(Festsetzung)に反していないこと 建築許可の要件は一九六〇年法以来、 次のふたつである。

②地区基盤整備が確保されていること

## 2 連担建築地区(Zusammenhang bebaute Ortsteil)

日判決は、 (1) 未建築地があっても、 なにが連担建築地区であるのか、の定義は連邦建設法にはない。 一連の建築物が完結(連続)しているという印象を与える場合に連担建築がある、と 連邦行政裁判所第四部一九六八年一一月六

連担建築地区の範囲をめぐる争いを少なくするため、一九七六年改正により、連担建築地区の範囲を条例で確定する

制度が採用された (法三四条二項)。この制度の適用範囲は、 一九七九年改正によってさらに拡大されるに至っている。

これらの改正は、連担建築地区の範囲を明確化しようとする立法上の努力といえよう。

(2) ŧ ないこと」とは、「土地法上の重要な矛盾を引き起こさない」(keinen bodenrechtlich relevanten Widerspruch hervor でいう「既存建築物」として考慮される建築物の範囲は、建築案の実施が影響を及ぼす範囲であった。そして、「疑問の 「既存建築物と地区基盤整備に照らし、疑問のないこと(unbedenklich)」という簡潔なものであった。また、ここ さて、建築案が連担建築地区にあるとき、建築許可の要件は、一九六〇年法三四条にあっては、 建築が許可されて

ruft)こと、と理解された。

ある。」(傍点引用者、隔字体・引用符原(タ) bar)ならばそれで十分なのである。矛盾か否かは、法一条が建設管理計画のために、原則として、注目すべきもの(beachtlich)、 あろう。建築案の実施が土地法上の重要な矛盾を引き起こさないという意味で、建築案が既存建築物と一致できる(vereinを継続することを要求するものではない。"適状する (anpassen)』とか、"適合する (einfügen)』とかの表現も誤解を招くで められる。本件において、周辺地域の特性として農林業は優勢でないとしても、そのことだけからは鶏舎の不許可は導かれな 追求すべきもの (erstrebenwert)、あるいは、促進するに値するもの (förderüngswürdig) としているところを基準として決 裁判所第四部判決は、大要、次のようにのべて事件を原審に差し戻している。すなわち、 い。基準となるべきは、もっぱら、この鶏舎の種類・機能と周辺の既存建築物との関係が 具 体 的 にいかなるものか、なので 「法三四条は、新建築案が既存建築物と一致する(übereinstimmen)ことや、既存建築物の中に表現された構想(Konzeption) たとえば、鶏舎建築許可を拒否された者がこの拒否処分の取り消しを求めて争った事案で、一九六九年四月二三日連邦行政

が悪化し、 許可要件に関するこうした解釈は、建築案にとって緩やかな基準であると評価され、この結果、連担建築地区の状況 一九七六年の法改正を招いた、と考えられている点が特に重要である。

(3) ところで、みぎ一九七六年改正により、法三四条は著しく詳細になった。さらに、一九七九年改正により、 いっそ

う詳しくなっている。もっとも、 以来変わっておらず、次の四つを許可要件としている。 連担建築地区内における建築案を基本的に規律する法三四条一項は、一九七六年改正

論 ②建築案が、周辺地域の特性に適合していること(in die Eigenart der näheren Umgebung…einfügt) ①建築案が、(もし制定されているなら) 簡易Bプランの指定に反していないこと(ツ)

③地区基盤整備が確保されていること

合要件」という)

下「公益要件」という) ④特に、健全な住宅・労働条件の維持、 地区景観の害されないことなど、その他の公益が建築案に対立しないこと(以

最後の「公益要件」の解釈において、法一条の定める諸目標・諸原則が考慮される。一九六〇年法三四条にいう「疑

問のないこと」の解釈に関する、先述の一九六九年四月二三日判決なども法一条を基準として参照すべきものとしてい た。さらに、「公益要件」において例示されている「健全な住宅・労働条件の維持」という公益が、法一条六項一号で規(密)

以下、本稿では、連邦建設法三四条の中心的構成要素と考えられている「適合要件」と、「公益要件」について検討を

律されている具体的計画指針のひとつであることも、みぎ解釈を支持する、といえよう。(『)

まず、「適合要件」につき、基本的判断を示した連邦行政裁判所第四部一九七八年五月二六日判決を紹介しよう。

続けることにしたい。

官庁による認可の適法な公示がなかったこと等を理由に、Bプランの無効を宣言してから(373 - 378)、大要、次のようにい haus)を建築するべく申請した原告に対し、これを被告行政庁が拒否した事案に関するものである。判決は、Bプランの上級 本判決は、Bプランにおいて休暇用住宅地域(Ferienhausgebiet)に指定されていた場所に、一家族用住宅(Einfamilien-

(以下「適

う。

況との関係に対する要求を、一定程度〝高める〟ことを目的としたことに疑いはない。しかし、何が〝適合〟かは極めて難し きたすものでもない。」(385)「そして、この枠の中にある建築案は、通例、周辺に適合している。」(385) 案で、こうした枠を取り出すことが難しいということは、この可能性を否定しないし、この枠の基準たることについて変更を えば、基準となる周辺の家屋が二、三もしくは四階建であるなら、この点での枠は二ないし四階ということになる。具体の事 い問題である。当法廷は以下のように考える。まず、問題となっている周辺からある枠が取り出される。」(379-384)「たと 第一に、「許可要件が〝疑問のないこと〟から〝適合〟へと変化したことから、立法者が、既存の状況と新しく登場する状

keit) というよりもむしろ調和(Harmonie)を意味する。今まで周辺になかったものは絶対的に排除されるのではない。適 合要件は、緊張を招いたり、緊張を増幅させることによって枠を踏み越えることを妨げるのである。」(傍点引用者)(385-387) には、建築案は周辺に適合していない。逆に、枠を越える建築案も周辺に適合することがありうる。適合とは、同一(Einheitlich-″他への配慮(der gebotenen Rücksichnahme auf sonstige)』、とりわけ、隣接する〝建築物〟への配慮を欠いているとき 第二に、しかし、二つの対立する方向での例外が考えられねばならない。すなわち、「建築案がこの枠を維持していても、 以上のように述べて、結論として、原告の建築案の許容性を導いた。つまり、拒否処分を取り消したのである。

ている。 る方向での例外が存する、ということにある。もっとも、本判決の提示する解釈基準の実践可能性には疑問も寄せられ 本判決の要点は、法三四条の「適合要件」の解釈基準として、建築案の周辺から枠が導き出され、この枠には相反す

ここでは特に、「隣接する建築物への配慮(Rücksichtnahme)」が語られていることに注目したい。 最近の判決によれば、「適合(Einfügen)」の具体的な判断要素として、用途(Art)、密度(Maß)、 建築方法

(5) (Bauweise)、越境建築可能面積(Grundstücksüberbauung)の四つが挙げられている。 次に、「公益要件」に検討を加える。この点につき、最も詳細な検討を加えた、連邦行政裁判所裁判官ヴァイロイター

説

(Weyreuther)の論文に依拠しつつ、この作業を行なうことにしたい。 よっても、このことは確認できよう。また、みぎ表現と合わせて、「公益要件」が、以上の各要件の最後に位置することから、 確保が、それぞれある特定の公益を考慮してのものであることは間違いないところであろう。「その他の公益」という法律文言に 法三四条一項の定める他の要件、すなわち、「適合要件」、(もしあるならば)簡易Bプランとの一致、地区基盤整備の

得された諸利益の均衡が根底からくつがえされることにもなりかねないからである。 律されているものが、「公益要件」の審査対象となることも許されないといえよう。そんなことを許せば、Bプランによって獲 てこれが障害とならないとされながら、再び、「公益要件」において審査対象となるのは不合理であろう。Bプランにおいて規 他の要件に対し劣位(nachrangig)の要件であることを導くこともできよう。 次に、「公益要件」の審査対象が問題となる。たとえば、「適合要件」において審査されるべきものが審査され、建築案にとっ

に存在する公益をも正しく考慮しているときにのみ承認されるからである。たとえば、法三五条において久しく公益であること 〔n〕Umgebung)〟に関する限り、法三四条一項にいう「適合要件」に組み込まれている、といえよう。すなわち、´近隣周辺〟 を認められてきた、。第三者の保護に値する利益への配慮(Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen Dritter)』や、 に関しては、「適合要件」がこの地域にあるほとんどすべての公益を汲み尽くしている、といえるのである。 \*有害な環境汚染を引き起こすこと(schädliche Umwelteinwirkungen hervor〔zu〕rufen、の禁止は、 \*近隣周辺(nähere その他の公益になりうるものは、「適合要件」によって最も多く汲み尽くされている。というのは、適合は建築案の近隣周辺

益ではない。かろうじて、道路法上の増築禁止(straßenrechtlichen Anbauverbote)、海岸築提の禁止(Seeuferbauverbote)、 水利経済・地下水保護の必要(Bedürfnisse der Wasserwirtscaft und des Grundwasserschutzes)がかぞえられるにとど 結局、法三四条一項にいう公益には、ほとんど何も残らないことになる。Fプランの陳述、国土計画の目標もここにいう公

連担建築地区における建築案の許容性を判断するに際し、ほとんど何の役割も演じていないようである。 以上のヴァイロイターの検討から窺えるように、「その他の公益」が建築案に対立しないことという「公益要件」は、 二項)である。

(2)

じて活用されているように思われる。後にみることにしよう。 しかしながら、第四章で紹介・検討する《配慮原則》は、 連担建築地区において、 ほかならぬこの「公益」 概念を通

#### 3 開発制限地区

(1)開発制限地区での建築案の許可要件を規律するのは連邦建設法三五条である。

こうした改正に伴い、条文中の語数は、一六七語→六三八語→七一四語と増大してきている。その主たる原因は、 七六年改正法が、農家のために隠居者住宅を建築する可能性を拡大したこと(一項二号)と、農業構造の変化に対応で 九六〇年法は三項構成であったが、一九七六年改正により七項構成になり、一九七九年改正では六項構成となった。 \_ 九

農業用建築物の軽微な用途変更(四項)、および、その他の建築物の用途変更(五項)の可能性を

れは、ゲマインデの地区基盤整備などの負担を計画的に回避し、無計画なスプロールを阻止することを理由としている。 開発制限地区は、都市計画上、市街化を予定されておらず、したがって、原則的に建築は制限されてい

以下、開発制限地区における建築案の許可要件について検討を加えることにしよう。

それぞれ明文で認知したことにある。

きるようにするため、

(2) なっている。すなわち、「優先的建築案」(privilegiertes Vorhaden)(法三五条一項)と、「その他の建築案」(法三五条 一九六〇年法以来、 開発制限地区での建築案の許容性は、 建築案の性質により、ふたつに分けて判断されることに

定の公共の供給業務(電気、ガス、水、電話など)、および、この地区でしか実施できない建築案などを意味している。 まず、「優先的建築案」 とは、 具体的には、 一項各号に列記されているものであり、 農業隠居者住宅のほか、 農林業、

建築案」は、 法律自体が、いわば計画して、これら優先的建築案を開発制限地区に割り当てていると理解されている。結局、「優先的 開発制限地区での建築を原則として認められているといえるのである。

法三五条一項が定める「優先的建築案」の許可要件は次の三つである。

②十分な地区基盤整備の確保 ①公益が対立しないこと(nicht entgegenstehen)

③「優先的建築案」であること

つぎに、「その他の建築案」とは、文字通り、「優先的建築案」でないものすべてを意味している。(雲)

さらに、簡易Bプランが存在する場合には、これに反しないこと、が加わる。(タリ

確保も要件とされている。簡易Bプランのある場合には、これに反しないことも要件となるのは、「優先的建築案」にお tigt)ことだけであり、同条三項には、公益を打撃する場合が例示されているが、学説・判例上、十分な地区基盤整備の 法三五条二項が定める「その他の建築案」の許可要件は、健築案の実施・利用が公益を打撃しない(nicht beeinträch-

(3) 以下では、「優先的建築案」、「その他の建築案」に共通する要件のうち、特に、 公益に関する要件について、 さらに

けると同じである。

検討を続けることにしよう。

ることに判例・学説上、異論がない。 法一条六項が例示する建設管理計画(Bauleitplan)の諸目標が、法三四条のみならず、法三五条の解釈においても取り込まれ まず、健全な住宅・職場の一般的条件、および、居住者・勤労者の安全、地区の景観・風景の形成、環境保護の利益など、

つぎに、法三五条一項(優先的建築案)にいう「公益が対立しないこと」、同条二項(その他の建築案)にいう「公益を打

現されないことになっているのである。

gen)」にとどまらない影響を被むることを前提としたうえで、公益の妨げ(Störung)になることを意味している。結局、「優 建築物によって侵害(verletzen)されるであろうような利益のみが、建築案に対立する」と理解されている。第二に、「打撃 撃しないこと」、という概念につき検討を加える。まず第一に、「対立(Entgegenstehen)」に関し、「建築案の実現にあたり、 先的建築案」の方が「その他の建築案」よりも公益に対する対抗力が大きいのであり、各法条の文言がこのことを示している (Beeinträchtigung)」というのは、公益が具体的で(konkret)、かつ、「ほんのささいな影響(nur unerhebliche(n) Auswirkun-

問題は、「優先的建築案」と「その他の建築案」とで、この「公益」に関し違いはあるのか、あるとしてどういう違い という点にある。この点につき、既存サイロからの悪臭に周辺住民が悩まされていること、および、Fプランの陳 い。つまり、「優先的建築案」の許可要件たる「公益が対立しないこと」の解釈にあたり、第三項が取り込まれるのである。 そして、公益を打撃する場合を例示する法三五条三項が、同条一項の解釈においても参照されることで学説上異論をみな

述する公益が反対することを理由に、生飼料用サイロの建築許可申請を拒否された原告がこれを争った事案に関する、 九六七年一〇月二五日連邦行政裁判所第四部判決が、極めて明快な議論を展開した。すなわち、

ている。立法者は自ら、優先的建築案を原則として開発制限地区に属するもの、と一般的に計画したのである。 がすでに、その他の建築案の申請人に比べて、優先的建築案の申請者に広くて強力な法的可能性の与えられていることを示し 案は、計画類似のあり方で、開発制限地区に指定されているのに対し、その他の建築案は、逆に、原則としてこの地区では実 るべく考慮されねばならない。公益のかかわり方の、この違いは程度の差というよりもむしろ質的な違いである。優先的建築 この衡量にあたり、ここに両項の違いがあるのだが、法律により承認されている優先化が、優先的建築案に有利なように、然 第二に、第一項、第二項の適用に際し、予定された建築案とそれにかかわる公益との間での衡量が必要とされる。けれども、 第一に、連邦建設法三五条は優先的建築案(一項)とその他の建築案(二項)の許可要件を分けて規律している。

- 纒
- (1) 参照、一九七九年連邦建設法一九条一頃三号。
- ( $\infty$ ) Vgl. W. Ernst / W. Hoppe, Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., 1981, Rdn. 334 ff.; F. Weyreuther, Bauen im Außenbereich, 1979, S. 47 f.; K. Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl., 1984, Rd. 481; BVerwG, Urt. v. 6, 12, 1967, GE 28, 268 (272).
- 自治研究五九巻 | 一号(一九八三年) | ○五頁以下、一一二頁以下。(3)我国の文献においても通常本文の呼称が用いられている。参照、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(二)」
- (4)参照、ディートリッヒ/コッホ(阿部成治訳)『西ドイツの都市計画制限』(一九八一年)一一〇頁。
- (c) BVerwGE 31, 20 (21).
- (Φ) Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rdn. 384 ff.
- (ト) Vgl. BT-Dr. 7/4793 (S. 13, 34). 长海型の厳監卿型や擬観しつつ、 連発機能法典神楽になりる本語をの検討を結める。 2 und Abs. 2 a BBauG zur Abgrenzung des unbeplanten Innenbereiches", DVBl. 1986, S. 1044 ff. ぶある。
- ( $\infty$ ) BVerwG, Urt. v, 22. 9. 1967, GE 27, 341 (344 f.); BVerwG, Urt. v. 23. 4. 1969, GE 32, 31(31).
- (๑) BVerwGE 32, 31 (32 f.).
- ( $\cong$ ) Vgl. L. Baumeister,,, Verwirrende Reform Auslegung und Abwandlung des § 34 BBauG durch Rechtsprechung und Gesetzgebung", in : O. Bachof/L. Heigl/K. Redeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung : Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bnndesverwaltungsgerichts, 1978, S. 23 (24 f.) ; G. Schmidt-Eichstaedt,,, Die Zulässigkeit des Beuens innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile", JZ 1978, S. 12 (14 f.).

- (ロ) 一九七六年改正は、立法者によるそれまでの判例の修正だ、とする者がある。Vgl. Schmidt-Eichstaedt, aaO (Fn. 10), S. 15.
- (\(\sigma\)) Vgl. Baumeister, aaO (Fn. 10), S. 27, 28.
- (C) 参照、山下・指露俎(c) 1111両俎(C)。
- (古) 物壁/ ドマートラシュ \ 口 シャ ( 国 能 品 )・ 温 架 都 世 ( マ ) | 1 | く 阿 / Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 336.
- (空) 柳座、ドマートコシルトロッキ (国語話)・温報軸切 (マ) ] ] <阿、 Gelzer, aaO (Fn. 2), Rdn. 482, 249, 983.
- 7/4793, S. 13, 34 f.) には示されていないが、みぎ判決が法改正にあたって参照されたのではないか、と思われる。であることは、本文でも紹介した一九六九年四月二三日連邦行政裁判所判決も認めていたところである。立法資料 (BT-Dr.(比)「適合(einfügen)」が、一九六○年法三四条にいう「疑問のないこと」よりも強く、建築案と周辺との整合を要求する語
- (\(\sigma\)) Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 378.
- (△) GE 32, 31 (32, 36); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 8. 1961, DVBl. 1962, S. 223=NJW 1962, S. 507 (507); Beschl. v. 13. 8. 1966, DöV 1967, S. 276 f.; P. C. Mayer-Tasch, "Nachbarklagerecht gegen unzulässige Bauvorhaben im unverplanten Innenbereich", BayVBl. 1974, S. 515 ff. (517 mit Fn. 12).
- 理計画の策定にあたって考慮されることとなっている。(12)さらに、法一条大項一〇号において、「地区景観および風景(Gestaltung des Orts und Landschaftsbilds)」も、建設管
- (S) Vgl. E. Schmidt-Aßmann, "Bauen in unbeplanten Bereichen", Jus 1981, S. 731(733); Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 388 (S. 247).
- (2) BVerwGE 55.369. 引用文中のカッコ内の数字は、判例集の函数。
- 四条によって規律される(BVerwGE 55. 369 (378))。 (3) Bプランが無効であり、それゆえ原告の土地が連担建築地区内にあることになったため、建築案の許容性は連邦建設法三
- (S) 本乳状の要約的になる。 Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 388.
- (素) Vgl. Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 733 mit Fn. 21; U. G. Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 62; K. Redeker, Anmerkung, NJW 1978, S. 2567.

- 器 (岩) Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24. 4. 1989, DöV 1989 S. 860; Urt. v. 22. 5. 1987, NVwZ 1987, S. 1078; Urt. 19. 9. 1986, GE 75, 34 (41 ff).
  - (%) Weyreuther, ",... und wenn sonstige öffentliche Belange nicht entgegenstehen"(§34 Abs. 1 BBauG)", BauR 1981, S. 1 ff.
  - (S) AaO (Fn. 26), S. 3.

纁

- (\infty) AaO (Fn. 26), S. 5.
- (\(\xi\)) AaO (Fn. 26), S. 6.
- (S) AaO (Fn. 26), S. 9.
- (云) AaO (Fn. 26), S. 12.
- (窓) AaO (Fn. 26), S. 13. 囲土雑糖・ケント計画の器回懸な、「頬句圏牛」 以外の圏件を通じて、抵回回条にも適用されることを編載せたとする者がある。 Vgl. J. Grootehorst, "Die Wirkung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung gegenüber Bauvorhaben nach § 34 BBauG". DöV 1986, S. 420 ff. (423, 424 ff.).
- (\(\mathbb{B}\)) AaO (Fn. 26), S. 12 f.
- (풍) Vgl. Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 733; A. Schink, "Die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach §§29 bis 36 Baugesetzbuch", DVBl. 1987, S. 545 ff. (548 mit Fn. 44, 45).
- (窓)「適合要件」が周辺地域にあかわり、しかもこの周辺が連担建築地区に限られていることから(vgl. BVerw GE 55, 369 (380); Urt. v. 10. 12. 1982, NJW 1983, S. 2460f.)、開発制限地区にありながらも、建築薬に隣接する建築物への「配慮」は、この「その他の公益」に合まれる。Vgl. K.-P. Dolde, "Der Bebauungsrecht 1984/85", NJW 1986, S. 1021 ff. (1024).
- (%) Vgl. BT-Dr. 7/4793 (S. 13); eingehend Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 360 ff.
- (云) Vgl. BT-Dr. 7/4793 (S. 13 f.); eingehend Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 178 ff.
- よ。さらにまた、vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 392.

- (욹) Vgl. Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 353 ff.
- (\$\text{\$\text{\$\frac{1}{2}}\$ Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 392; BVerwG, Urt. v. 25. 10. 1967, GE 28, 148 (150); Urt. v. 21. 10. 1968, DVBI. 1969, S. 263 (263 f. ); Urt. v. 3. 5. 1974, DöV 1974, S. 566 (567).
- (41)法律上の表現は、"ansreichende Erschließung"であり、個々の建築案によって生じる地区基盤整備の需要を充たすに必要 定義づけが特に試みられるのは、みぎ各法条には存在しなかった、"ausreichend"という文言がここにはあるからである。な な措置、が考えられている(vgl. Ernst/Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 408)。法三○条、三四条におけると異なり、こうした あるとして、みぎの定義づけを批判するものがある。 Vgl. Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 45. お、この語の機能は、地区基盤整備の具体的内容は一定しておらず、状況に応じて多様であることを意識させることにのみ
- (4) Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 337; Gelzer, aaO (Fn. 2), Rdn. 482, 249, 983; Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S 734 f.; W. Ernst / W. Zinkahn / W. Bielenberg, Bundesbaugesetz, Rd. 71 zu § 35.
- (4) Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 407; Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 436 f.
- (4) 法三五条三項に例示されているのは、国土整備・ラント計画の諸目標、Fプランの陳述に反する場合(一号)、有害な環境 に関する「公益が対立しないこと」の解釈にも適用される、と理解されている(vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 394 についてのものであるから、文言上、第二項(その他の建築案)にのみ適用されるようにみえるが、第一項(優先的建築案) 汚染を引き起こすか、それにさらされる場合(二号)など、八号にわたっている。これらの例示は、「公益を打撃する場合」
- ; Weyrether, aaO (Fn. 2), S. 439 f.; vgl. auch Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 735)° (Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 511 ff., 510, 127 ff., 258 ff., 415 ff.)° 九七六年改正により新設されたものである。そして、両号とも、連邦行政裁判所の判例に依拠しているといってよい また、本項各号の内、三号から八号までは、一九六○年法において既に大体規定されていたものであるが、一号、二号は、
- (45) Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 408; Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 430; Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 734 mit
- (46) 注(42) 掲記の文献参照。
- (\(\Sigma\)) Vgl. Ernst / Hoppe, aaO (Fn. 2), Rd. 378; BVerwG, Urt. v. 6. 12. 1967, GE 28, 268 (276 f.).

1964, S. 184 (185)=DöV 1964, S. 382 (383).

- (♣) Vgl. Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 162; Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 735.
- (\$\Pi) Vgl. Weyreuther, aaO (Fn. 2), S. 89; Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 735; BVerwG, Urt. v. 2. 7. 1963, DVBI

北法41(2•124)634

- (50)参照、山下「大規模産業施設の立地と都市計画 (その一) 」香川法学六巻一号 (一九八六年) 七三頁以下、七九頁、 R. Wahl, "Der Nachbarschutz im Baurecht", JuS 1984, S. 577 ff. (582 Fn. 46); Schmidt-Aßmann, aaO (Fn. 21), S. 735.
- (釘) 注(4) 参照。ところで、かつて、Fプランの陳述からは優先的建築案にかかわる公益を引き出すことはできないとされ

ていた(参照、山下・前掲注(3)一二三頁注(9))。しかし、連邦行政裁判所第四部一九八四年一月二〇日判決は、従前

の判例を変更して、Fプランなどにおける建築案の立地点に関する具体的な陳述 (Aussagen) は、これに反する優先的建築

- 5. 1987, DöV 1987, S. 105 ff. =DVBl. 1987, S. 1008 ff.)。そこで変更された判例は、本文で次に紹介するものである。 Wirkung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung in §35 Abs. 3 BauGB", DöV 1987, S. 910 ff. おある。 なお、一九八六年連邦建設法典三五条におけるこの問題を検討したものに、 J. Grooterhorst, "Die Neuregelung der 案にも「対抗」できる、とした(BVerwGE 68, 311 (313 ff.); vgl. auch BVerwGE 68, 319 (323); BVerwG, Urt, v. 22.
- (%) BVerwGE 28, 148 (150).
- (53)BVerwGE 28, 148 (151). なお、本判決に固有の問題は、注(51)でも触れたように、Fプランの陳述と連邦建設法三五 条一項にいう公益との関係であり、本判決によれば、Fプランの陳述からはみぎ公益に関し何も引き出せない、とされた (BVerwGE 28, 148 (152))°

### Die öffentlichrechtlichen Nachbarklage(2) —— "Rechte", "Rechtsverletzung" und "Rechtswidrigkeitsgründe" in der Entscheidungen der BVerwG ——

Yuuji Ohnishi\*

#### Einleitung

- I. Vorgeschichte der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
- II. Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
  - 1) Überblick der Rechtsordnung nach dem Zweite Weltkrieg (Bd. 41-Heft 1)
  - 2) Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
    - a) Bewegung der Anerkennung
    - b) Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
- III. Entwicklung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
  - 1) Überblick der Rechtsordnung
    - a) Überblick der BBauG

(in diesem Heft; Fortsetzung im nächsten Heft)

北法 41(2.535)1045

<sup>\*</sup>Dozend an der HOKKAIDO INFORMATION UNIVERSITÄT, Dr. jur.