HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法上の建築隣人訴訟（１）　ー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」ー
Author(s)	大西, 有二
Citation	北大法学論集, 41(1), 1-50
Issue Date	1990-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16747
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(1)_p1-50.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

公法上の建築隣人訴訟（一）

――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」――

大西有二

目次

はじめに
第一章　隣人訴訟の前史
　第一節　プロイセン法制度の概観
　第二節　プロイセン上級行政裁判所の判例概観
第二章　隣人訴訟の承認
　第一節　戦後法制の概観（以上本号）
第三章　隣人訴訟の発展
第四章　隣人訴訟の展開
おわりに

はじめに

一　本稿の目的

国民に負担となる行政行為の名宛人がこれを争えることは、古くから認められてきた。しかし、行政行為が名宛人以外の第三者にとって不利益となる場合には問題が生ずる。取消訴訟の出訴・勝訴に「権利侵害」[1]が要求される法制度のもとで、第三者はこの行政行為を争えるのか、第三者に「権利侵害」があるといえるのか、「権利侵害」の前提にある第三者の「権利」とはどのようなものか、さらに、いうところの「権利侵害」とはどのような事態を意味するのか。これらがここでの基本的な問題である。[2]こうした問題は一般に、第三者訴訟と呼ばれる問題群のなかで論じられている。環境訴訟、消費者訴訟[3]のほか、競業者訴訟[4]、隣人訴訟[5]がその代表的な例である。

本稿は、古くから判例に登場してきた、建築許可を隣人が争う、公法上の建築隣人訴訟を素材に、この問題を解き明かそうとするものである。その際、本稿は取消訴訟における「権利」・「権利侵害」に関する議論の乏しいわが国の現状にかんがみ、[6]圧倒的に豊富な素材を提供している西ドイツ法を検討する。これにより、建築隣人訴訟における第三者隣人の「権利」・「権利侵害」に関して、判例上、現に存在しているひとつの理解の全体像をとらえようというのである。

二　本稿の特色と構成

1　本稿の特色は、これまでの研究が、ドイツの学説を中心に抽象的な議論を繰り返してきたのに対し、[7]判例を中心に実証的に検討している点にある。また、建築法制度[8]と行政裁判法制度[9]の検討も行なう。制度の検討には二つの目的がある。ひとつは、西ドイツでは原告適格の承認に緩やかな態度がとられており、この結果、「権利」・「権利侵害」、そして

「違法」のすべてが本案で処理され、厚みのある議論が展開されていることを示すためである。これにより、できれば「権利」などの問題をどこで判断するかは、たんに「ひきだし」の違いにすぎない問題である、とはいえないことを示したい。

他のひとつは、「権利」の存否を判定する判例上の基準として確立している「関係者の範囲の《画定可能説》」が、建築許可の隣人への告知を出訴期間の進行開始に要求している訴訟法の仕組みにもとづいていることなど[10]、判例と法制度との密接な相互関係を明らかにするためである[11]。

さて、本稿は数回にわたって連載される予定であるため、予め、本稿の大要を示しておくことにしたい。

2 本稿はつぎの四章から成る。かつてプロイセン上級行政裁判所が一貫して公法上の建築隣人訴訟を却下していたことに照らして、検討の出発点をここに求める。戦後一転してそれを承認するに至った過程に問題が集約されて登場しているはずだからである。

まず、第一章（隣人訴訟の前史）では、プロイセンにおける法制度の変遷と判例を紹介・検討する。判例が隣人訴訟を不適法却下していた理由が検討される。また、わが国学説による紹介と異なり、判例は行政訴訟の目的を早くから臣民（国民）の権利保護に求めていたこと、原告適格の承認には「権利侵害」の主張で足りるとした判例・学説が存在していたことなど、が指摘される。

第二章（隣人訴訟の承認）では、隣人訴訟が、第二次世界大戦後、承認されるに至ったいきさつを紹介・検討する。特に、隣人訴訟に対して、当初学説・立法者は消極的・否定的な態度をとり、したがってこれの承認は裁判所による法創造であったことを指摘する。

このようにして承認された建築隣人訴訟において、さきに示した課題、すなわち隣人訴訟における隣人の「権利」・「権利侵害」とはどのようなものか、が以下で検討される。

第三章（隣人訴訟の発展）では、まず、現行法を中心に、関連する建築法と行政裁判所法の規定が紹介・検討される。ここでは従来、訴訟要件たる原告適格との関係ばかり[12]が強調されてきた《保護規範説》が、本案でこそ問題になる「権利」論のひとつとして位置づけられるべきことを改めて指摘する。また、原則として、原告適格の承認には一定の理由づけを伴った「権利侵害」の主

張で足り、「権利侵害」とは「権利への違法な打撃である」と理解されていることを示す。この理解はわが国でいう「権利侵害」とは異なるため、本章以後、「権利侵害」とはいわず、「権利毀損」と表現する。この「権利毀損」の具体的内容が以下で明らかにされるのである。

つぎに、保護規範にもとづく隣人訴訟が紹介・検討され、隣人保護規範性を判断する基準として、「土地所有者間での利得と損失との《交換関係説》」と「関係者の範囲の《画定可能説》」とがあることなどを示す。そして、基本権にもとづく隣人訴訟が紹介・検討される。基本権訴訟はわが国では正面からは認められていない興味深いものである。[13] ここでは、本案勝訴要件や、基本権訴訟の理論上・実際上の諸問題が検討される。

第四章（隣人訴訟の展開）では、《配慮原則》にもとづく隣人訴訟が検討される。[14] 隣人保護規範たることを否定される建築法規定であって、基本権訴訟が成立するほどの状況ではなくとも、「関係者の範囲が画定されるときには」隣人保護を認めるのが、ここで検討される《配慮原則》である。ここでは他の類型の「権利」論、すなわち《保護規範説》、《基本権説》と《配慮原則説》とを比較し、《配慮原則》の意義、その具体的内容、主観化要件要素などが特に検討される。

本稿によって、西ドイツにおける公法上の建築隣人訴訟に登場した三つの「権利」論、すなわち《保護規範説》、《基本権説》、そして《配慮原則説》の展開過程と、それぞれの具体的内容、またそれぞれの類型における本案勝訴事由（「権利毀損」）の具体的内容が判例に即して明らかにされる。

原則として、「権利毀損」の主張で突破できるといってよい原告適格と、三つの「権利」論とにより、すべての建築法違反が司法審査に服しうることになっている。これが西ドイツ建築隣人訴訟の現状である。[15]

（1）のちに、第三章第一節第二款で紹介するように、わが国でいう「権利侵害」概念は“Rechtsverletzung”というドイツ語に正確に対応するものではない（参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（一九八三年）一〇頁以下注（13）、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（二）」国家学会雑誌九八巻五＝六号（一九八五年）五〇頁以下、六三頁注（二二）。本稿も、第三章第一節第二款以降、小早川・同前書にならって、原則として、“Rechtsverletzung”を「権利毀損」と訳す。

（2）その他、取消事由制限の問題がある。この問題に関する西ドイツの判例・学説状況の一端については、参照、大西有二「取消違法事由の制限に関する一考察――西ドイツ計画法と保護規範説の適用をめぐって――」北大法学論集四〇巻五＝六号上巻（一九九〇年）六二一頁以下。

（3）参照、古城誠「消費者訴訟の原告適格」北大法学論集四〇巻五＝六号上巻（一九九〇年）二七一頁以下、など。

（4）参照、佐藤英世「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」阪大法学一三八号（一九八六年）八九頁以下、同「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、古城誠「競業者訴訟の原告適格――原告適格の紛争選別機能――」『雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題・下巻』（一九九〇年）二〇七頁以下、など。

（5）参照、遠藤博也「複数当事者の行政行為(1)――行政過程論の試み――」北大法学論集二〇巻一号（一九六九年）一頁以下、四頁以下、三吉修「西ドイツ建築法における公法上の隣人訴訟の歴史的展開」和歌山大学経済理論一八一号（一九八一年）四六頁以下、荒秀「建築・開発行政訴訟における訴えの利益――判例の流れを中心として――」法曹時報三七巻一号（一九八五年）一頁以下、など。また、原田尚彦『訴えの利益』（一九七三年）二四五頁以下、石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論（上）（中）（下）」自治研究五七巻一一号八六頁以下、一二号一一七頁以下、五八巻一号一〇二頁以下、（一九八一年～一九八二年）、小早川・前掲書注（1）一四一頁以下、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（三）」国家学会雑誌九八巻一一＝一二号（一九八五年）八四頁以下、九七頁以下、などにも（西）ドイツにおける多くの建築隣人訴訟判例が紹介されている。

（6）とくに行政法上の「権利論」は、裁量論、事前手続論などに比べて、乏しいように思う。公権論無用論まであるのが現状である。伝統的な内容をもった公権論はともかく、行政法上の権利に関する議論は不可欠であろう。また、「違法論」は、近時、国家賠償法における、いわゆる「違法性相対化論」の登場によって活発になってきたものの（参照、藤田宙靖『新版・行政法Ⅰ（総論）』（一九八五年）三七三頁以下、西埜章『国家賠償責任と違法性』（一九八七年）、遠藤博也『実定行政法』（一九八九年）一一〇頁以下、二〇五頁以下、二七二頁以下、木村実「行政法における違法――イギリスにおける越権 ultra vires を中心として」『雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題・中巻』（一九九〇年）二一七頁以下、園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟再論」同前書三一五頁以下、三二四頁以下、など）、民事・刑事法に比べれば、なお見劣りするように思う。さらに、

「侵害」概念の検討もほとんどなされていない（参照、常岡孝好「原子炉等規制法に基づく原子炉設置許可処分につき、原子炉施設周辺住民はその取消しを求める原告適格を有する――右許可処分につき取消すべき違法性はないとした事例（伊方原発訴訟）」自治研究六二巻七号（一九八六年）一三一頁以下、一四一頁以下。なお、参照、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（二）」国家学会雑誌九八巻五＝六号（一九八五年）五〇頁以下、六二頁以下注（一）。

（7）（西）ドイツ法における「権利論」・「原告適格論」の理論（史）的研究は、わが国においてすでにかなりの蓄積がある。包括的研究として、たとえば、参照、原田尚彦『訴えの利益』（一九七二年）二四五頁以下、小早川・前掲書注（1）、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（一）（二）（三）（四・完）」法学新報八四巻一・二・三号一五一頁以下、四・五・六号一一三頁以下、七・八・九号八三頁以下、八五巻一・二・三号一一五頁以下（一九七七年～一九七八年）、同「ドイツ公権理論の限界（一）（二・完）――公法実証主義時代を中心とした批判的考察――」法学新報八六巻四・五・六号一一三頁以下、七・八・九号一三五頁以下（一九七九年～一九八〇年）、など。また、判例分析をも混じえた研究として、たとえば、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（一）（二）（三）（四・完）」国家学会雑誌九七巻一一・一二号一頁以下、九八巻五・六号五〇頁以下、九八巻一一・一二号八四頁以下、九九巻七・八号一頁以下（一九八四年～一九八六年）がある。

（8）西ドイツの建設法制度の分析・紹介として、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制（一）（二）（三）（四）（五）（六・完）――建築自由に関する予備的考察」自治研究五九巻一〇号九二頁以下、一一号一〇五頁以下、一二号九二頁以下、六〇巻一号一一〇頁以下、二号一二八頁以下、三号一一九頁以下（一九八三年～一九八四年）が最も詳細である。

（9）（西）ドイツ行政裁判法制度（史）の分析・紹介として、代表的なものに、南博方『行政裁判制度』（一九六〇年）、宮崎良夫「プロイセンにおける官府裁判（Kammerjustiz）」社会科学研究二四巻五＝六号（一九七三年）一頁以下、同「『法治国』の理念と現実（一）（二）――プロイセン官僚制法治主義の特質――」社会科学研究二五巻二号五二頁以下、二六巻一号一頁以下（一九七四年）（以上、『法治国理念と官僚制』（一九八六年）所収）、同『行政訴訟の法理論』（一九八四年）所収の西ドイツ関連論文、などがある。

（10）出訴期間の進行にとって、名宛人以外の第三者の場合であっても、告知が条件となっていることに関しては、石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論（下）」自治研究五八巻一号（一九八二年）一〇二頁以下、一〇四頁以下、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、一八頁以下参照。なお、フ

ランス法については、参照、交告尚史「行政処分の通知と出訴期間――フランス法を素材として――」神戸商大四〇巻一号（一九八八年）一五頁以下。

(11)「権利」、「原告適格」に関するこれまでの研究は、抽象的な、法規範の保護目的を過度に強調してきたきらいがある（たとえば、小早川・前掲書注（1）一二九頁以下の判例検討をみよ）。こうした傾向は、もとより（西）ドイツの研究者の態度にも起因しているように思われる。なお、本稿は、制度を生み出した者、つまり立法者の思想や判例に対する態度にも関心を寄せたが、まったく不十分なままに終わった。

(12) 従来の学説において、《保護規範説》は権利論ではない、とされていたわけではない。ただ、もっぱら訴訟要件たる原告適格に関して論じられていた、と考えられるのである。たとえば、参照、雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」『法学協会百周年記念論文集・第一巻』（一九八三年）六三三頁以下、六四四頁（『行政争訟の理論』（一九八六年）所収）（〈第三者の訴が許容されるためには、関係法規がその者の個人的利益をも保護する目的をもっていることが必要である、というのが、保護法規理論（＝保護規範説）の説くところである〉）、「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリスト九二五号（一九八八年）六頁（わが国の行政事件訴訟における第三者の原告適格を論じる中でなされた、高木光氏の発言（〈〈訴訟要件の問題たる原告適格の存否判断基準として〉ドイツでも、法律上保護されたという形、あるいは根拠法規の趣旨で判断する（＝保護規範説）というのが、実務上は確立している〉）など。なお、雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題――主観的訴の利益の拡大とその限界に関する一般理論への試論――」『田中二郎先生古希記念・公法の理論・中』（一九七六年）一二五九頁以下（同前書所収）は、「行政行為によってどのような影響を蒙った者が、裁判的保護をうける資格があるか」を論じるものであり、かつ、〈訴の利益の問題は、種々の問題を含んでいるけれども、本稿においては、原告適格、即ち取消訴訟において取消を求められている行政行為と原告の利益との関係の問題を中心に扱う。この訴の利益の問題を訴訟法上は本案前の問題とするか、本案の問題とするかという問題もあるが、これも本稿の目的からすれば重要なことではない。〉（一二六一頁以下）としているものの、やはり「保護目的理論」（＝保護規範説）を、もっぱら西ドイツ行政裁判所法四二条二項のもとで、「原告適格の問題」として紹介・検討している（一三一〇頁以下）。また、小早川・前掲書注（1）一二六頁注（355）は、原告適格なる用語を訴訟要件と本案の両方について用いている旨を特に注記しており、保護規範説を訴訟要件たる原告適格の理論としてだけ論じているわけではないことを明確にしている。なお、この分野における先駆的業績たる、原田・前掲書注(5)

二四八頁注（1）において、「ドイツの通説は、原告適格（Aktivlegitimation）と訴訟追行権（Klagebefugnis）の両概念を区分し、後者は権利侵害を一貫して主張する者に認め、これを訴訟要件とするに対し、原告適格は権利侵害を現実に蒙った者に認め、これを訴の理由（勝訴要件）に属するとする。」（傍点原文）と語られていた。

(13) 基本権訴訟を論ずる数少ない邦語文献として、棟居快行「『基本権訴訟』の可否をめぐって」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（一九八五年）一四三頁以下がある。画期的な業績である。

(14) 《配慮原則》にもとづく隣人訴訟については、すでに石崎誠也「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』(一)(二)」法政理論（新潟大学）一九巻一号五四頁以下、二〇巻二号一二三頁以下（一九八六年～一九八七年）、同「隣人保護的配慮原則に関する西ドイツ連邦行政裁判所判例の展開」法政理論二二巻四号（一九九〇年）五九頁以下、の紹介・検討がある。

(15) 一九九〇年一〇月、東西ドイツは統一を遂げ、それゆえ、本稿の用いる「西ドイツ」という表現は正確ではない。しかし、本稿の対象は、統一前の西ドイツだけであるため、「ドイツ」という表現は用いなかった。

第一章　隣人訴訟の前史

第一節　プロイセン法制の概観

プロイセン上級行政裁判所が公法上の建築隣人訴訟を一貫して却下していたことは、周知の事実に属する。ここではその理由を検討する前に、同裁判所が前提にしなければならなかった建築法制（第一款）と行政裁判法制（第二款）の概略、変遷をみておくことにする。法制度の内容、その変化が判例に影響したかもしれないからである。

第一款　建築法制の概観

プロイセンにおいては、建築限界線たる建築線の確定（Festsetzung von Fluchtlinien）と、一八七一年以降増大した道路建設費用に関するゲマインデの負担緩和を主な目的とした、一八七五年の都市等における道路等の建設・変更に関する法律[1]のような都市計画法の原型ともいうべき法律もあったが[2]、一九一九年のプロイセン統一建築命令[3]まで、建築許可（Bauerlaubnis）の賦与を規律する統一的・一般的建築警察法はなく[4]、いわゆる建築自由（Baufreiheit）の原則を定める、一七九四年のプロイセン一般ラント法一篇八章六五条と、約三〇〇にものぼる、多様な地域ごとの建築警察命令（Baupolizeiverordnung）があるにすぎなかった[5]。

プロイセン一般ラント法は、建築自由の原則を無制限に認めていたわけではなく、すべての建築案（Bauvorhaben）について、予め許可を受けるべきこと（Anzeigepflicht；Genehmigungspflicht）[6]を定めていたほか（一篇八章六七条）[7]、当該建築が公共の安全を害したり、道路や公の広場などの形状を損なうような場合には、これを拒否する権限を官憲（Obrigkeit）に与えるなど（同篇同章六六条、七一条）、原則的規律も用意していた[8]。詳細は地域ごとの警察命令によることとされ（同篇同章八二条）、先述のごとく多様な規律がなされていた[9]。

ところで、道路・広場等の形状を悪化させる建築を警察命令で規律する試みは、類似の命令が争われた、一八八二年の有名なクロイツベルク判決によって阻止されてしまった[10]。プロイセン上級行政裁判所は、当時の法観念にしたがって、警察の責務を消極的な危険排除に限定したのであった[11]。

そして、みぎ判決を受けて制定された、一九〇二年の優良景観の形状悪化阻止法[12]、一九〇七年の村落および優良景観

の形状悪化阻止法[13]、さらに、一九一八年の住宅法[14]などを経て、今日の西ドイツ建築法制の輪郭を示す多数の建築関連法律が登場するのは、第一次世界大戦後、一九二〇年代のことであり[15]、現在の西ドイツ建築法制が完成するのは、第二次世界大戦後、一九六〇年制定の連邦建設法によってであった[16]。

(1) Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften v. 2. 7. 1875 (Grotefend's Gesetzsammlung, 1868-1875, Bd. 3, S. 991 ff.). 本法一条四項によると、建築線には道路に関するもの (Straßenfluchtlinien) と、建築に関するもの (Baufluchtlinien) とがあり、通常、前者は後者をも意味し、後者は建築の許容範囲を規律した。本法により、建築線の確定権限が国家官庁からゲマインデに移譲され、ゲマインデがいわゆる計画高権 (Planungshoheit) の担い手になった、といわれている (参照、成田頼明「西ドイツ連邦建設法とその改正問題(上)」ジュリスト五七四号 (一九七四年) 五三頁、村上博「ドイツ連邦共和国における計画法理論研究序説」名古屋大学法政論集八一号 (一九七九年) 一一二頁以下、一二二頁。その他、本法の意義等につき、vgl. W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg, Bundesbaugesetz, Rd. 3 zu Einleitung (stand 1977)；ハルトムート・ディーテリッヒ／ユルゲン・コッホ (阿部成治訳)『西ドイツの都市計画制度』(一九八一年) 一六頁以下、二一二頁以下参照)。こうしたプロイセンの制度とわが国の市街地建築物法 (大正八年四月五日法律第三七号) の定める建築線制度との関係およびその内容について、参照、荒秀・関哲夫編『建築基準法の諸問題』(一九八四年) 一〇七頁以下、一一八頁 (小宮氏発言)、石田頼房『日本近代都市計画の百年』(一九八七年) 一三七頁以下。その他、プロイセン建築法制一般について、vgl. G. Schlez,, Die Entwicklung des Baurechts und die Eigentumsordnung",VerwArch. 1974, S. 360 ff. (377 ff.)；高橋寿一「農地転用論 (一) ――西ドイツにおける農業的土地利用と都市的土地利用――」社会科学研究三九巻五号 (一九八八年) 一頁以下、四五頁以下、村上弘「西ドイツの都市計画と政治行政構造――伝統と近年の発展――」立命館法学一八八・一八九・一九〇号 (一九八六年) 一一五頁以下、一一七頁以下。

(2) Vgl. K. H. Friauf,, Bau-, Boden-und Raumordnungsrecht", in : I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungs-

recht, 5. Aufl., 1979, S. 450 ; 石田・前掲書注（1）一三七頁。

(3) Sog. Einheitsbauordnung. 一九六〇年以前に交付された"Bauordnung"の多くは、これに従っていた（vgl. F. H. Timmermann, Der baurechtliche Nachbarschutz, 1969, S. 57 mit Fn. 4)。

(4) Vgl. Friauf, aaO(Fn. 2), S. 446 ; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), S. 7（枠番号＝Rd.の8が脱落しているため、頁数で引用した）

(5) Vgl. U. Stump, Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1980, S. 230 mit Fn. 14 ; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO (Fn. 1), Rd. 2. なお、一九三一年の警察行政法（Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz）制定まで、建築警察命令の授権根拠は、プロイセン一般ラント法二篇一七章一〇条の警察概括条項であった（vgl. Friauf, aaO(Fn. 2), S. 445)。

(6) Vgl. Friauf, aaO(Fn. 2), S. 443（Anzeigepflicht）; Stump, aaO(Fn. 5), S. 230（Genehmigungspflicht).

(7) プロイセン一般ラント法の条文はH. Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 を参照した。

(8) 参照、藤田宙靖「国土整備計画法制――都市的土地利用と農村的土地利用との調整を中心として」渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究・下』（一九八三年）四一三頁以下、四三四頁注（20)。

(9) Vgl. Stump, aaO(Fn. 5) S. 230.

(10) Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 6.クロイツベルク判決（PrOVG, Urt. v. 14. 6. 1882, GE 9, 353）の内容と意義につき、vgl. J. Roff,„ 100 Jahre„ Kreuzberg-Urteil" des PrOVG", NVwZ 1982, S. 363 f. ; 芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題（一）」法学論叢九六巻二号（一九七四年）一頁以下。

(11) Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 2 mit Fn. 2.

(12) Gesetz gegen die Verunstaltung landschaftlich. hervorragenden Gegenden v. 2. 6. 1902 (GS S. 159).

(13) Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaten und landschaftliche hervorragenden Gegenden v. 15. 7. 1907 (GS S. 260). Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 6 ; vgl. auch V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1970, S. 14.

(14) Wohnungsgesetz v. 28. 3. 1918 (GS S. 23). 本法は、一八七五年の都市等における道路等の建設・変更に関する法律を

改正するものである（vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 7）。本法は、健全な住居のために必要な規制を可能にした点で画期的な内容をもっていた。本法の特色・意義につき、詳しくは、ディーテリッヒ／コッホ（阿部訳）・前掲書注（1）二一四頁以下参照。

(15) Vgl. Friauf, aaO(Fn. 2), S. 444.

(16) Vgl. Friauf, aaO(Fn. 2), S. 445.

第二款　行政裁判法制の概観

1　概観

(1)　プロイセンにおける近代的行政裁判制度の端緒となったのは、一八七二年の郡条令[1]であった[2]。郡条令は、「プロイセン地方制度の起点であると同時に行政裁判制度の基礎を与えるものであった[3]。」すなわち、郡条令は、従来、国家の行政官庁である県政庁(Bezirkregierung)の権限とされていたものの多くを郡に委譲し[4]、郡を地方制度の要とするとともに、行政争訟制度をも規律したのである[5]。以下、郡条令の内容から重要なものを概観する。

第一に、郡は、郡長（Landrath）、郡会（Kreistag＝Kreisversammlung）、郡参事会（Kreisausschuß）から成り、郡長を長とする郡参事会に権限が集中していた[6]。また、都市（Stadt）のみから成る郡を除き、郡の下には都市ベチルク(Stadtbezirk)とアムツベチルク(Amtsbezirk)があり、後者の下には、さらに、ラントゲマインデ(Landgemeinde)とグーツベチルク(Gutsbezirk)があった（参照、郡条令三一条、七四条以下、八四条以下、一三〇条以下、一三五条

以下）。

また、建築警察に関する事項は、アムツベチルクの長たるアムツ長（Amtsvorsteher）が権限を有していた（郡条令五九条一号）。

第二に、郡条令が規律する行政争訟制度の内容は、大きく、次の三種類に分類・整理できよう。すなわち、①アムツ長の処分（Verfügung）に対する郡参事会への訴願（Beschwerde）の概括主義による原則的承認（郡条令六七条一項。但し、七九条ないし八三条、一三五条の定めるところを除く）、②郡長、アムツ長らが、その警察権（Polizeigewalt）を行使するにあたり、法律上の強制手段（gesetzlicher Zwangsmittel）[7]の利用を許された命令（Anordnung）に対する郡参事会への出訴（Berufung）（アムツ長らの命令に対する場合）、あるいは、行政裁判所（Verwaltungsgericht）への出訴（Berufung）（郡長の命令に対する場合）の概括主義による承認（郡条令七九条一項、八〇条一項、二項）[8]、そして、③郡参事会の諸決定（Entscheidungen）に対する行政裁判所への出訴（Berufung）の承認（郡条令一五五条）、である。[9]最後の③にいう承認は、郡参事会の権限に、郡業務の執行、郡官吏の任命・指導・監督など一般的な権限のほか（郡条令一三四条）、さまざまな特別の行政事項も含まれていたため（郡条令一三五条）、理論上は列記主義による承認と理解されよう。[10]

また、アムツ長が建築警察事項に関してなした処分・命令に対する訴願を裁決することも郡参事会の権限であった（郡条令一三五条六項）[11]。

(2) 以上の郡条令につづく、一八七五年七月三日の行政裁判所構成法[12]によって、行政裁判権に関する最上級審として、プロイセン上級行政裁判所が設置された[13]。本法は、行政裁判所の組織、手続、費用、判決の執行（Vorlstreckung）に関する規律から成り、争訟手続を除き、郡条令を受け継いでいた（行政裁判所構成法八条、九〇条二号）。しかし、郡行政

裁判所（郡参事会）[14]、県行政裁判所（Bezirkverwaltungsgericht）、上級行政裁判所（Oberverwaltungsgericht）のそれぞれの管轄（sachliche Zuständigkeit）については、他の法律による規律に委ねていた（行政裁判所構成法三条）[15]。

みぎをうけて、一八七六年七月二六日に制定されたのが権限法[16]である。[17]この権限法により、各行政庁の管轄が規律されたほか[18]、行政裁判所の管轄に関する規律も整理された。[19]すなわち、①明文の定めある場合を除き、郡警察官庁などの警察処分（polizeiliche Verfügung）に対する郡長らへの訴願、および、訴願に関する郡長らの裁決に対する上級行政裁判所、もしくは、郡参事会、県行政裁判所への出訴（Klage）の概括主義による規律（権限法三〇条一項、三項、三一条一項）[20]、②その他、各種行政事項に関する特別規定における行政争訟手続の列記主義による規律（権限法四〇条以下。行政庁の管轄規律を含む）、である。[21]このように、列記主義が並存したことから、①の概括主義は警察処分に関する部分的概括主義ともいえよう。

なお、みぎの訴えは、係争裁決が違法であること、構成要件事実が存在しないこと、にのみ依拠できる、とされるにとどまり、「権利侵害」の要件はなお示されていなかった（権限法三〇条三項一号、二号、三一条二項）。

つづく一八八〇年の組織法[22]は、行政組織に関する一般規定を設けたほか（組織法一章、二章）、行政庁の管轄規律、行政争訟事項に関する権限法の規律をほぼそのまま引き継いだ（組織法六条、四一条以下、六三条以下、九一条参照）[23]。

ただし、訴えは、係争裁決が違法であることにより原告の権利を侵害している（den Kläger in seinen Rechten verletze）こと、構成要件事実が存在しないこと、にのみ依拠できる、とされ、「権利侵害」の要件が明文で要求されるに至ったことが注目される（組織法六三条三項一号、二号、六四条二項）[24]。

(3)　みぎ組織法における行政組織の一般規定、行政争訟の規律と行政庁の管轄規律とは、それぞれ、一八八三年の一般ラント行政法[25]と、新しい権限法[26]とによって発展的に継受された。一八八三年以降、行政関連法律が新たに制定される場

合、そこで許容される権利救済手段(Rechtsmittel)は、一般ラント行政法七条二項が、行政裁判所構成法三条と同じく、行政裁判所の管轄（sachliche Zuständigkeit）を特別法による規律に委ねる方式をとったため、警察処分にかかるものを除き（部分的概括主義）、列記主義によって規律されたと理解される。[27]

(4) 最後に、一般ラント行政法は、一九三一年のプロイセン警察行政法[28]によって廃止された。

2 まとめ

(1) 制度改革と判例

以上の概観から、郡警察官庁などの警察処分に対する権利救済の概括主義と、その他の場合の列記主義という、プロイセン行政争訟法の基本構造は、すでに郡条令においてその輪郭を示しており、一八七六年の権限法によって整理・完成された、と評することができよう。

また、みぎ権限法以後、行政争訟制度の基本構造に抜本的改革は加えられていないのであるから、後述するように、いわゆる処分性（行政訴訟の対象如何の問題）につき、郡条令が独特の理解を前提にしていたことを除き、行政争訟制度の変遷が判例に影響を与えたことはなかった、と考えられる。一九三一年の警察行政法がそれまでのプロイセン上級行政裁判所の判例に大きく依存していたといわれるように[29]、むしろ、判例が制度改革に影響を与えたように思われる。

(2) 列記主義と概括主義

さて、プロイセン行政争訟制度において、郡警察官庁などの警察処分を除き、いわゆる列記主義が採用された理由として、郡長、県政庁などの既存の行政庁、および、行政裁判所、そして訴願に関する裁決庁（Beschwerdebehörde）の鼎立状態をはじめとして、主に、行政庁などの相互の権限関係が複雑すぎたことが指摘されている。[30]加えて、自己の観

念にしたがった、広汎な行政裁判統制を実現しうるほどには強力でなかった自由主義者（Liberalen）と、行政裁判制度の導入を阻止するだけの勢力をもはや持ち得なかった保守主義者（Konservativen）との、行政裁判制度をめぐる妥協、といった事情も言及されている。[31]

他方、郡警察官庁などの警察処分に対する権利救済が、いわゆる概括主義を採用していたことに関して、次のことが指摘されている。すなわち、警察の責務を消極的な危険排除に制限したといわれる、一八八二年六月一四日の有名なクロイツベルク判決[32]以前においては、一七九四年のプロイセン一般ラント法二篇一七章一〇条[33]の包括的な授権規定にもとづき、国民生活の全分野に及ぶと理解された警察権に対応した、包括的な権利救済の必要がグナイスト（R. v. Gneist）によって主張されていたことである。[34]

（1）Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen v. 13. 12. 1872 (Grotefend's Gesetzsammlung, 1868-1875, Bd. 3, S. 632 ff.).

（2）プロイセンにおける行政裁判法制の成立につき、一般的に、南博方『行政裁判制度』（一九六〇年）二八頁以下参照。最近の詳細な研究として、U. Stump, Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1980 がある。以下の記述は主としてこれを参考にしている。また、宮崎良夫「行政訴訟と裁判官」『公法の課題』（一九八五年）五五七頁以下、五七八頁以下も参照のこと。

（3）南・前掲書注（2）二八頁。

（4）Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 138 ; R. von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., 1879, S. 297. この結果、郡（郡参事会（Kreisausschuß））の権限となったものは、郡条令一三五条に列挙されている。救貧、道路警察業務がその代表例であるが、郡条令一三五条の条文に明らかなように、郡が有することになった権限の内容は区々に分かれ複雑であった（vgl. von Gneist, aaO）。

郡条令の第一次政府草案（一八六九年）を検討の中心にしつつ、郡参事会の権限とされた事項にも言及するのは、北住炯一「ドイツ第二帝制・プロイセンにおける近代地方自治制＝クライス制の歴史的位置」愛知学院大学論叢法学研究二四巻一＝二号（一九八〇年）二五頁以下、七一頁以下、である。

(5) 北住・前掲注（4）二五頁以下は、プロイセン近代地方自治制度において、郡条令が有する意義、その歴史的位置づけ、グナイスト理論との関係などにつき、多面的検討を加えている。

(6) 郡制度、各機関の業務内容につき、分かりやすく図示してくれているのは、藤本建夫「ヒューネ法と地祖・家屋税委譲論(二)」甲南経済学論集一九巻三号（一九七八年）二八頁以下、四一頁表2、である。

(7) 郡条令における強制手段につき、詳しくは、広岡隆『行政上の強制執行の研究』（一九六一年）二九頁以下参照。

(8) 警察処分一般についてではなく、法律上の強制手段の利用を認められた命令に対してだけ出訴が許された理由については、本稿第一章第二節二の2の(1)参照。

(9) 本文の分類（①②③）は、郡条令を参照しつつ、Stump, aaO(Fn. 2), S. 134をも参考にして筆者自身が行なったものである。

(10) Stump, aaO(Fn. 2), S. 134も本文の分類③を列記主義によるものと理解している。

(11) したがって、郡条令の文言上は、建築警察事項に関するアムツ長の処分、命令のいずれに対しても、郡参事会への訴願、出訴を経て、行政裁判所に出訴することができるはずであった。しかし、上級行政裁判所は訴権（Klagerecht）のないことを理由に隣人からの訴えを却下したのである。この点については、本稿第一章第二節一の1参照。

(12) Gesetz, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsstreitverfahren v. 3. 7. 1875 (Grotefend's Gesetzsammlung, aaO(Fn. 1), S. 994 ff.).

(13) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 29; 南・前掲書注（2）二八頁以下など。

(14) 郡行政裁判所と郡参事会とは同じものである。参照、行政裁判所構成法九条。

(15) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 29.

(16) Gesetz, betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbehörden im Geltungsbereich der Provinzialordnung v. 26. 6. 1876 (GS S. 297).

(17) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 29 f.
(18) 参照、権限法四〇条以下。
(19) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 134.
(20) さらに、強制手段の戒告（Anordnung）などに対する訴願、出訴も認められた（権限法三四条）。また、訴願の提起には、処分庁による即時執行宣言を留保しつつ、停止効（aufschiebende Wirkung）が与えられていた（権限法二七条）。そして、警察処分は、特に、訴願、訴訟によって攻撃されていても、処分庁の裁量により、公益への損失を理由として実施（Ausführung）されうることとされていた（権限法三六条）。
(21) ここでいう列記主義に関して、例えば、一方、非警察事項に関するアムツ庁の処分に対する訴願につき、郡参事会が裁決することとされていた（権限法五九条）が、みぎ裁決に対する権利救済の定めはない。他方、郡会選挙の選挙人名簿作成、議員定数配分表（Aufstellung der Verzeichnisse der Wahlberechtigten und Vertheilungsplanes für die Kreistagswahlen）をめぐる紛争に関する県行政裁判所の判決に対しては、当事者もしくは知事（Regierungspräsident）は、上級行政裁判所へ上告（Revision）することができた（権限法六三条、郡条令一一〇条以下、行政裁判所構成法六三条以下参照）。
(22) Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung v. 26. 6. 1880 (GS S. 291).
(23) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 135, 207.
(24) 組織法に至って行政訴訟に権利侵害の要件が初めて付加されたことに言及するのは、原田尚彦『訴えの利益』（一九七三年）二六五頁注(3)、である。なお、本章第二節一の注（8）参照。
(25) Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. 7. 1883 (GS S. 195).
(26) Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs-und Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. 8. 1883 (GS S. 237).
(27) 南・前掲書注（2）三二頁、および、一九二九年六月二〇日プロイセン上級行政裁判所第四部判決（PrVBl. 50(1929), S. 796）は、一般ラント行政法七条（二項）をもって、権利救済に関するプロイセン法制の列記主義の根拠とみている。
(28) Preußische Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 1931 (GS S. 77).
(29) Vgl. B. Drews/G. Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl., 1954, VII (Vorwort).
(30) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 43 ff., 160 ff..

(31) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 163.
(32) PrOVGE 9, 353. 本判決の内容、問題点について、本節第一款注（10）引用文献参照。
(33) 条文の内容は次の通りである。「公共の静穏、安全及び秩序の維持及び公衆もしくはその個々の構成員を脅かす危険の防除のために必要な措置をとることが警察の責務である。」（芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題（一）」法学論叢九六巻二号（一九七四年）一頁以下、六頁注（4）の訳をそのまま用いた。なお、田上穣治『法律による行政の原理』（一九四二年）二一八頁の訳も参照のこと）
(34) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 165 f.; von Gneist, aaO(Fn. 4), S. 299.

第二節　プロイセン上級行政裁判所の判例概観

プロイセン上級行政裁判所は、一貫して、建築許可（Bauerlaubnis）[1]を隣人が争う、公法上の建築隣人訴訟を却下していた[2]。隣人訴訟が却下されていた具体的理由を探るため、以下では、一八七七年四月三〇日判決[3]と、一八八七年二月一一日第二部判決[4]とを詳しく紹介することにする。というのも隣人訴訟が否定された理由は両判決に尽くされており、両判決によってその後の公法上の建築隣人訴訟の命運が決ってしまったからである[5]。

(1) 建築許可は“Baukonsens”とも呼ばれた。最近は“Baugenehmigung”と呼ぶのが通例であろう。用語例等につき、vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl., 1895, S. 287 ff. mit Fn. 1; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931 Neudruck 1948, S. 256 f.; K. H. Friauf, Bau-, Boden-und Raumordnungsrecht”, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1979, S. 497 ff.

(2) Vgl. D. Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, 1979, S. 31 mit Fn. 1 ; H. Sendler,, Der Nachbarschutz im Städtbaurecht Teil 1-Nachbarschutz im Planbereich", BauR 1970, S. 4 ff.(4).
(3) PrOVGE 2, 351.
(4) PrOVGE 14, 378.
(5) プロイセンのみならず、ザクセンなど、多くの上級行政裁判所の判例をひきつつ検討を加えるものに次の文献がある。M. Sellmann,,Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl. 1963, S. 273 ff. ; H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 34 ff. 参照。原田尚彦『訴えの利益』（一九七三年）二六九頁以下、二七九頁以下、三吉修「西ドイツ建築法における公法上の隣人訴訟の歴史的展開」和歌山大学経済理論一八一号（一九八一年）四六頁以下、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（三）」国家学会雑誌九八巻一一＝一二号（一九八五年）八四頁以下、九七頁以下（広く第三者訴訟一般にも言及する）。

一　判決の概要

1　一八七七年判決は[1]、先に許可を得て増築していたZの当該増築部分に設けられた窓によって、将来、自分の増築が阻止されると考えた隣人原告が、みぎ窓の閉鎖命令などを求めて争った事案に関するものである[2]。

本判決は、まず、郡長・アムツ長らの警察権の行使たる命令に対する出訴を認める郡条令七九条以下の適用を否定した[3]。その理由は、建築許可が強制手続（Zwangsverfahren）の直ちに結合する命令（Anordnung）ではないこと、許可は建築主の任意の利用に委ねられており、義務を課すものではないこと、許可は全くの第三者に対しいかなる関係でも命令ではないこと、である。

次に、建築警察に関する処分に対し、広く行政訴訟の提起を許す郡条令一三五条六項なども原告に訴権(Klagerecht)を与えない、とした[4]。その理由を判決は、大要、次のように述べた。

「行政訴訟手続は、その構造と責務に照らし、他のすべての裁判所の訴訟手続と同じく、その侵害が同時に権利侵害(Verletzung subjektiver Rechte)をも含むような利益を保護するために用意されており、この制約は一八七五年の行政裁判所構成法一条にいう、〝争いある行政事項に関する裁判権(Gerichtsbarkeit in streitigen Verwaltungssachen)〟という概念から生ずる。それゆえ、原告にみぎ権利があるかが問題となるがこれは否定される。なぜなら、すべての警察規定と同じく建築警察規定もまずは公共の福祉のためにあり、このことは、土地所有権者がその建築を警察規定により阻止されるとき、彼がその権利にもとづいて行政訴訟を提起するのを排除しないけれども、第三者は建築許可が一定の基準に則ってなされることを求める権利を持っていないからである。このことは、たとえば、第三者が適用を希望する建築警察規定が公益のほか、ある程度まで、隣人固有の利益をも保護するために制定されている場合であってもかわりがない[5]。」（引用符原文）

本判決に関し、さしあたり、次の二点を指摘することができよう。まず第一に、プロイセン上級行政裁判所は、行政訴訟に「権利」・「権利侵害」の存在を要求していたことがわかる、といえよう[6]。実定法上、行政訴訟に「権利」・「権利侵害」の存在が要求されるに至ったのは、一八八〇年の組織法においてであったから[7]、プロイセン上級行政裁判所は、行政訴訟の目的、したがってまた自己の責務を、当初から、臣民（国民）の権利保護に見い出していた、といえるように思う[8]。上級行政裁判所は、こうした自己理解の根拠を「裁判権」概念に求めたのであった[9]。

第二に、本判決は、「訴権」の前提に「権利」を要求するが、この「権利」として判決が述べるものは、「建築許可が一定の基準に則ってなされることを求める権利」である。原告が窓の閉鎖命令を求めていることと合わせ考えると、裁判所はみぎの「権利」をいわゆる義務づけ（警察介入）請求権ととらえているのではないかと思われる。また、恐らくは土地所有者であろう原告の所有権行使の一態様である増築が、窓の存在によって、将来阻止されるかもしれない、と

いう事情は少なくとも判決の文言上は考慮されていない。

2　一八八七年判決は[10]、隣人境界線からの間隔が五・五メートル以下の場合、住宅は開口部のない防火壁にしなければならないところで、みぎ間隔が二・二メートルしかないHの窓つき住宅に与えられた建築許可を隣人原告が争った、という事案に関するものである[11]。

自己の所有する住宅の防火性・価値がみぎ許可により重大に損なわれた、という原告の主張に対し、本判決は、本件建築はHの建築権行使の中で生じ、原告が損害を破るとしてもそれは所有権利用における二私人間の紛争であり、その解決は民事裁判所でなされるものであるとし、その理由を、Hの行為は被告警察官庁が命じたのではなく、それゆえ、原告の権利領域への警察侵害（polizeilichen Eingriffe in die Rechtssphäre des Klägers）のない点に求めている[12]。

次に、被告は原告を保護するため、Hに窓設置を禁じ防火壁とするように命ずる義務を負う、という原告の主張に対し、本判決は、一般ラント行政法一二七条以下の救済手段はそういう目的のために用意されているのではないし、警察活動は公益維持に制限され、警察行為を求める権利は現行法には縁がない（fremd）としてこれを退けている[13][14]。

本判決の意義は、なによりもまず、建築隣人訴訟の解決を民事裁判所に委ねた点に求められよう。その理由は、結局、隣人に損害が生じるとしても、その原因は建築主の建築行為であって、警察官庁はみぎ行為を命じていない、ということであろう。

次に、本判決は、警察行為を求める権利が臣民（国民）にはない旨を一八七七年判決を引用しつつ宣言しており、この結果、いわゆる義務づけ訴訟の認められないことが確定した、といえよう[15]。

（1）PrOVGE 2, 351.
（2）原告の請求の趣旨を文字通りに理解すると、本件は警察行為の発給を求めるいわゆる義務づけ訴訟であろう。事実、次にみる一八八七年判決は、本判決を義務づけ訴訟を却下した例として引用しているのである（vgl. PrOVGE 14, 378(382)）。
（3）PrOVGE 2, 353.
（4）PrOVGE 2, 353.
（5）PrOVGE 2, 353 f. 参照、原田尚彦『訴えの利益』（一九七三年）二六九頁、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（三）」国家学会雑誌九八巻一一＝一二号（一九八五年）一〇〇頁。
（6）「権利」・「権利侵害」に関する当時の学説につき、参照、原田・前掲書注（5）二六〇頁以下。
（7）参照、本稿第一章第一節第二款の1の(2)。
（8）参照、雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」『法学協会百周年記念論文集・第一巻』（一九八三年）六三三頁以下、六四二頁（『行政争訟の理論』（一九八六年）所収）（〈ドイツ行政訴訟の制度理解として、行政の適法性の保障に重点をおく客観訴訟的理解も有力に主張され、実定行政裁判制度としてもプロイセンの行政裁判制度はそのような構成をとっていたと言われる〉）。少なくとも、制度運用者たる裁判官の行政訴訟制度理解が、「客観訴訟的」でなかったことは確かであるように思う。なお、組織法制定のための審議資料が手元にないため、まったくの推測にすぎないけれども、それぞれの時期からみて、一八七七年判決が一八八〇年の組織法に影響したのではないか、と思われる。Vgl. O. Bühler, Die subjectiven öffentlichen Rechten und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 293 f.; P. Schoen,, Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren", VerwArch. 1919, S. 85 ff. (90 f. mit Fn. 14).
（9）Vgl. W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 68 ; vgl. auch H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 157 mit Fn. 159.
（10）PrOVGE 14, 378.
（11）PrOVGE 14, 379 f.
（12）PrOVGE 14, 381.

(13) PrOVGE 14, 381 f.
(14) 本判決は、いわゆる便宜裁量にも言及している（PrOVGE 14, 382）。
(15) 本件の状況からして、警察行為を求める権利とはいわゆる警察介入請求権のことであろう。これが義務づけ訴訟で実現されることに異論はないように思われる。参照、原田尚彦『環境法』（一九八一年）二五二頁以下。

二　まとめと若干の検討

1　まとめ

一で紹介した二つの判決の理由から、公法上の建築隣人訴訟が否定されるに際し、行政訴訟の対象がない、民事裁判所で解決できる、「訴権」の前提となる「権利」が隣人にはない、といった諸事情が判例上考慮されていたことがわかるといってよいであろう(1)。

もっとも、みぎ各事情のなかには同一事情に対する観点の違いにすぎない、といえるものもあろう。たとえば、臣民（国民）の「権利」との関係で行政訴訟の対象如何を規定するとすると、建築隣人訴訟の解決は民事裁判所でなされるとする一八八七年判決が、その根拠を隣人への警察侵害のない点に求めたのは、見方を変えると、行政訴訟の対象がないというのと同じだ、ともいえよう。しかし、観点の違いとはいえない場合もあろう。たとえば、警察侵害のないことと、「訴権」の前提と考えられた「権利」が隣人には存しないということとは、別個の判断に服する事柄であろう。すなわち、隣人に「権利」はあるが警察侵害はない、という場合も考えられるからである。

以下では、先の諸事情を一応分けて、それぞれに若干の検討を加えようと思う。

2 若干の検討

(1)

まず、行政訴訟の対象如何の問題につき、郡条令とその後の展開とをまとめて論じることにする。

一八七二年の郡条令制定当時、警察処分（polizeiliche Verfügung）がその力（Druck）を発揮し始めるのは、行政庁が当該処分内容の実現を強制するときだと考えられたため、一八七七年判決が述べるように、権利救済手段が与えられるのは、警察処分一般ではなく、強制手段の戒告（Androhung von Zwangsmitteln）が結合した処分だけだ、という解釈が実務上採られることになった[2]。

けれども、一八七六年の権限法に関するプロイセン下院委員会において、強制手段の戒告がなくとも関係者に重大な影響を与える処分の存在することから、すべての警察処分に対して抗告（Anfechtung）できる必要のあることが指摘された[3]。こうして、郡条令においてとらえていた特殊制限的な処分概念は、警察処分一般に対する抗告可能性を承認するに至ったみぎ権限法の成立によって放棄され、ここに、警察処分に対する権利救済の概括主義と、その他の行政事項における列記主義との並存という、プロイセン行政争訟制度の基本構造が完成したのである。そして、警察処分に関する権利救済の概括主義は、一八八〇年組織法、一八八三年の一般ラント行政法に受け継がれたのであった[4]。

しかし、みぎにみた一連の制度改革によっても、何が行政訴訟の対象たる警察処分か、という問題は解消されておらず、法律上の定義、手がかりを欠いたまま、その解明のすべてがプロイセン上級行政裁判所の判例に託されたのである[5][6]。そして、判例が警察処分概念に与えた定義は、「私人の権利への警察侵害（polizeilichen Eingriff in die Rechte einer Privatperson）」、つまり、命令（Gebot）（給付あるいは行為の要求）、禁止（不作為命令）、もしくは、必要とされる警察

許可（認可）の拒否、を含む」命令（Anordnung）だけが警察処分である、というものであった。[7] 建築主、第三者隣人に対するなんらの命令も含まない建築許可などの、いわゆる警察許可の賦与は警察処分ではない、とされたのである。[8]

たとえば、通常の建築規定からの逸脱を許す免除（Baudispens）を隣人が争った事案につき、一九二九年六月二〇日第四部判決は次のように述べている。

「免除の賦与に、免除に則った建築の実施を受忍しなければならないとするような、第三者に対する警察処分は存在するか、という問いは否定されねばならない。」警察官庁は、「免除により第三者に直接命令したり、禁止したりしているのではなく、第三者に対する警察処分を発したわけではない。免除の賦与は、およそ、何らの影響も第三者に与えない。[9]」

判例が確立したみぎの警察処分概念は、立法者によって受け入れられ、一九三一年のプロイセン警察行政法四〇条一項に、以下のように実定法化されるに至った。[10]

「警察処分は、特定の人々もしくは特定範囲の人々に向けられ、かつ、命令（Gebot）、禁止、もしくは法定の警察許可、証明（Bescheinigung）の拒否、制限もしくは取消・撤回（Zurücknahme）[11]を含む、警察官庁の命令（Anordnung）である。」

(2)　次に、建築隣人紛争の解決を民事裁判所に委ねる理由として、一八八七年判決は、建築主の行為は警察官庁（建築許可）が命じたわけではなく、したがって、隣人への警察侵害のないことを挙げている。[12] これは、別言すると、建築許可は一般ラント行政法一二七条以下の権利救済手段が適用される警察処分ではないことを意味する。さらに、隣人に損害が生ずるとしても、それは建築主の行為に起因するということでもあり、それゆえ、建築紛争は私人間の紛争として、その解決は民事裁判所でなされる、ということになるのであろう。

こうした理由づけは、(3)でみる「訴権」を基礎づける「権利」が原告隣人にあるか、という問題に煩わされることなく訴えを却下する理由として、第三者訴訟全般に登場しうるものであるように思われる。事実、名宛人・第三者に対し、直接には、何も命じないと理解される、いわゆる警察許可が争われた事案において繰り返されたのであった。[13]

たとえば、ある建設会社に与えられた水面埋め立て許可（Genehmigung zur Auffüllung des Sees）を、湖岸に存するある株式会社（Aktiengesellschaft）が、当該埋め立てによって堤防用地がなくなることを理由に争った事案で、一九一六年二月一五日第四部判決は、まず、判例上、名宛人以外の者であっても警察処分によりその権利を直接侵害されている場合にはその者に訴権が与えられているとしつつ[14]、大要、次のように述べている。

「しかし、警察官庁によって事業者に与えられた許可には、通例、第三者の権利侵害は認められない。なぜなら、警察は事業者の行為を義務づけることにより、みずから第三者の権利領域を侵害するのではなく、第三者には事業者の行為が向けられているからである。ここでは、事業者が第三者の権利を侵害するかもしれないのであり、第三者は法律上与えられた手段を用いて事業者に対抗できよう[15]。」

また、建築警察命令からの免除（Baudispens）が争われた事案においても、一九二九年六月二〇日第四部判決は、さきに紹介したように、第三者たる隣人に対し、警察官庁は免除によって何も命じたり禁じたりしておらず、したがって、免除は警察処分ではないこと等を述べてから、次のようにいう。

「名宛人が免除を利用することにより、第三者に影響が生じたとしても、名宛人の措置が問題となるのであって警察のそれではない[16]。」

(3) 一八七七年判決は、「権利」・「権利侵害」を「訴権」の前提としつつ、当該事件の原告隣人には「権利」がないとしている。最後に、この説示を問題にしよう。

①まず、いうところの「権利」の具体的内容が問われる。

一八七七年判決は隣人に「権利」がないとする際、建築警察規定がまずは公共の福祉のためにあることを指摘するほか、規定の目的についても言及している。このことから、本判決は「権利」と実定法規とが密接な関係にあることを前提にしている、と推定できよう。また、土地所有権にもとづく建築主の訴訟は許されるとする反面、隣人の土地所有権

に及ぶかもしれない制約については触れるところがなく、本判決が検討する隣人の「権利」は、「建築許可が一定の基準に則ってなされることを求める権利」だけであって、これは、一八八七年判決が本判決を引きつつ言うように、「警察行為を求める権利」と理解されたものである。「権利」について本判決から推測できるのは以上で尽きよう。

結局、設立後間もない行政裁判所の、しかも、たったひとつの判決から多くを期待するのは無理であり、プロイセン上級行政裁判所が「訴権」の前提とした「権利」・「権利侵害」の具体的内容に関しては、その後の判例を分析・検討する必要があることになる。

しかしながら、一八七七年と一八八七年のふたつの判決の後、プロイセンにおいて公法上の建築隣人訴訟が却下されたのは、原告隣人の主張を警察行為を求めるもの、すなわち、警察介入請求と理解し、これを実現する義務づけ訴訟は現行法上許されないとするか[17]、あるいは、警察侵害のないこと、すなわち、行政訴訟の対象たる警察処分のないことを理由としてであった[18]。つまり隣人の警察介入請求権以外の「権利」の存否自体が正面から問われる可能性のあったのは、この種の紛争に関する初めての一八七七年判決だけだったのであり、本判決が隣人の請求をもって警察介入請求と理解し、これを否定して以後、公法上の建築隣人訴訟をめぐるプロイセンの判例においては、原告隣人の「権利」の存否判断基準が問題となる余地はなく、この状態のまま第二次世界大戦後に至ったのである[19]。それゆえ、プロイセン上級行政裁判所が警察介入請求権以外の「権利」まで含めて隣人公権を否定していた、と断言するにはなお慎重さが必要であるように思う。

②つぎに、「権利」・「権利侵害」の現実の存在が、行政訴訟の提起・訴訟要件に必要とされていたか、が問題になる。一八八〇年組織法六三条三項（六四条二項）以後、明文で要求された「権利侵害」の意義にかかわる問題である。

この点について、学説上、「たとえば、返還訴訟について、所有権者だけが適格を有する(legitimiert)。原告が所有権

者か否かは、しかし本案判決（Urtheil in der Sache）によって初めて決定される…。訴え提起について適格を有するのは…所有権者たることを主張するものである。同様に、一般ラント行政法一二七条にもとづいて、訴え提起の適格を有するのは、警察処分によって自己の権利を侵害されたと主張する者である。」とする者がある。[20] 例示の当否はともかく、権利侵害の主張で足りる、としていると理解できることが重要である。また、郡条令・一八七六年権限法にかかわる事案においてではあるが、原告が名宛人でない第三者であることを理由に、訴えを不許容（nicht für zulässig）とした原審を批判しつつ、「権利侵害の主張だけが、訴えの要件である（Lediglich die Behauptung der Rechtsverletzung ist die Voraussetzung der Klage）」（傍点引用者）とした、一八七八年二月九日判決がある。[21]

いずれも「権利侵害」の現実の存在を訴訟要件としては要求していない、と考えることができる。しかし、他方、訴え提起に「権利」が現実に存在している必要があるか、という問題に対して、正面から答えるものでもない。けれども、訴えの要件として、「権利侵害」の主張で足りる、としている（と理解できる）ところからすると、明らかに存在し得ない類の「権利」（例えば、当時にあっては、警察介入請求権）を主張するのでないかぎり、「権利」の現実の存在を要求するものではないように思われる。「権利」・「権利侵害」の現実の存在は本案問題とされているのではないかと思う。

（1）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ていた理由として、権利救済手段における列記主義だけを挙げるものがある（R. Bartlsperger,„Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts", VerwArch. 1969, S. 35 ff. (54)）が疑問である。もちろん、列記主義の存在がここで無関係だ、というわけではない。警察処分ではない、とされた建築許可は、まさしく当時の列記主義の下では行政訴訟に乗り得なかったからである（一八七六年権限法以降の行政争訟制度の内容に関しては、本稿一章一節二款参照）。しかし、なぜ建築許可などの警察許可が警察処分ではないと考えられたかの検討が必要なはずで、これを抜きに列記主義だけを持ち出すのは当時の判例・制度状況の説明として不十分であろう、と考える。正しく、

その他諸般の事情にも触れつつプロイセン上級行政裁判所の判例を紹介するものに次のものがある。U. G. Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 29 f.; G. Kemnade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, 1965, S. 9 mit Fn. 1 und 2.

(2) Vgl. U. Stump, Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1980, S. 185. 本文で述べた、郡条令における処分観を示す判例として筆者が参照できたのは、PrOVG, Endurteil v. 11. 11. 1876, GE 1, 415(417 f.) である。

(3) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 185 mit Fn. 32.

(4) 警察処分に関する概括主義の展開などにつき、詳しくは、vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 177 ff.

(5) Vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 215 f.; 田上穣治「『フリードリヒス『警察行政法』(紹介)」国家学会雑誌四七巻二号（一九三三年）一五一頁以下、一五四頁、同『法律による行政』（一九四二年）二三一頁。

(6) ただし、「処分」の定義は不要と考えられたのかもしれない。なぜなら、警察処分に関する権利救済概括主義の導入は、警察官庁が警察概括条項によりその活動権限を当然のものとして主張するところで、これもまた概括的に臣民（国民）に法的保護を与えることを目的としていたからである（vgl. Stump, aaO(Fn. 2), S. 216)。

(7) PrOVG, Urt. v. 26. 4. 1923, GE 78, 257(260); PrOVG, Endteil v. 4. 1. 1889, GE 34, 429(430 f.).

(8) 参照、田上穣治『警察法（新版）』（一九八三年）一一頁、同『法律による行政』（一九四二年）二三一頁。

(9) PrVBl. 50(1929), S. 796. 同趣旨の判決として、PrOVG, E. v. 31. 10. 1929, PrVBl. 51(1930), S. 342がある。

(10) Vgl. B. Drews/G. Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl., 1954, S. 103; 田上穣治『警察法（新版）』（一九八三年）一一頁注（七）、同『法律による行政』（一九四二年）二三一頁、同「フリードリヒス『警察行政法』(紹介)」国家学会雑誌四七巻二号（一九三三年）一五四頁。

(11) 訳語の問題であるが、警察許可などの"Zurücknahme"が許される要件を定める警察行政法四二条一項各号の中で、a・b号は、原初的違法を理由とするものであるため、いわゆる職権取消を意味し、c・d号は、事後的な事情の変化を理由とするところから、いわゆる撤回を指すように思われる。したがって、"Zurücknahme"を取消・撤回と訳した。

(12) 保護された法的地位への侵害のないことを理由に、建築許可などを争う隣人訴訟を認めなかったのがプロイセン上級行政裁判所であったとするものに、R. Bernhardt, „Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte", JZ 1963, S. 302

ff. (303) がある。

(13) Vgl. PrOVG, Endurteil v. 30. 3. 1887, GE 15, 416(423) ; PrOVG, Endurteil v. 17. 12. 1900, GE 38, 376(379) ; PrOVG, Urt. v. 10. 5. 1912, GE 61, 175(177 f.) (本判決につき、参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年) 一七〇頁).

(14) PrOVGE 70, 377(378). なお、原告の主張を見る限り、本件訴えは民衆訴訟 (Popularklage) を意味しよう。実際、判決も後半で「民衆訴訟は現行法に無縁である」と述べている (PrOVGE 70, 380)。

(15) PrOVGE 70, 379.

(16) PrVBl. 50 (1929), S. 796.

(17) Vgl. PrOVG, Erkentniß v. 4. 10. 1889, PrVBl. 11(1890), S. 411 ; PrOVG, Erkentniß v. 27. 6. 1894, PrVBl. 15(1895), S. 509 f. ; vgl. auch PrOVG, Urt. v. 26. 4. 1923, GE 78, 257(260).

(18) Vgl. PrOVG, E. v. 20. 6. 1929, PrVBl. 50(1929), S. 796 ; PrOVG, e. v. 31. 10. 1929, PrVBl. 51(1930), S. 342 ; PrOVG, E. v. 17. 10. 1935, PrVBl. 57(1936), S. 166 ; vgl. auch PrOVG, Urt. v. 26. 4. 1923, GE 78, 257(259 f.).

(19) かのビューラー公権論 (O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914) の出現もプロイセンの判例には影響を与えなかった。参照、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造 (三)」国家学会雑誌九八巻一一＝一二号 (一九八五年) 一〇〇頁以下。

(20) E. Loening,„ Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile", VerwArch. 1899, S. 1 ff.(68 f. Fn. 11) (省略引用者).

(21) PrOVGE 3, 217(222) ; vgl. auch P. Schoen,„Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren", VerwArch. 1919, S. 85 ff.(92 mit Fn. 17) ; vgl. auch G.-C. von Unruh,„Verwaltungsgerichtsbarkeit", in : K. G. A. Jeserich/H. Pohl/G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgescichte 5, 1987, S. 1178 ff.(1189).

第二章　隣人訴訟の承認

本章では、第二次世界大戦後、西ドイツの行政裁判所が公法上の建築隣人訴訟を承認するに至ったいきさつについて検討を加えることにする。プロイセンの判例に反して、戦後、公法上の建築隣人訴訟が認められてゆく過程に、問題が集約されて登場しているはずだからである。

第一節　戦後法制の概観

第一款　連邦建設法の誕生(1)

1　敗北に終わった第二次世界大戦ののち、荒廃した都市と農村の復興、とりわけ住宅の建設が戦後ドイツの最優先課題であった。というのも、当時の住宅需要は、破壊されたもの、流入してきた引き揚げ者のためのもの等、合計約五〇〇万ないし五五〇万戸という膨大な数にのぼったからである。(2)こうした状況の下で、ラントが住宅建設という困難な課題に取り組むことになった。終戦直後には連邦機関が存在していなかったのである。(3)

まず、一九四七年に、ドイツ・ゲマインデの復興に関する法律（復興建設法）草案が、(4)各ラントの立法指針となるように公表された。(5)この復興建設法は都市建設における土地利用を包括的で拘束力のある計画によって規律しようとするものであり、計画策定を自治事務として各ゲマインデ（市町村）に託していた。(6)都市計画権限がゲマインデに統合されたのである。(7)

2 さて、一九四九年の基本法成立、連邦議会選挙の実施、そして、連邦政府（首相、アデナウアー）[8]の誕生とともに、復興建設法の統一が具体的に企図されるに至った[9]。その際、連邦とラントとの立法管轄が問題となった。そこで、連邦とラントは一致して、連邦憲法裁判所法九七条[10]にもとづき、連邦憲法裁判所の法鑑定を求めることにした。そして、一九五二年一〇月六日、連邦政府が申立書を提出し、一九五四年六月一六日に、建設法を交付する連邦の権限に関する連邦憲法裁判所の法鑑定書（Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß eines Baugesetz）[11]が与えられたのである[12]。

みぎ鑑定書によれば、連邦には、都市建設計画（städtebauliche Planung）、境界整理・土地の分合を含む建築用地の区画整理（Baulandumlegung einschließlich der Grenzregelung und der Zusammenlegung von Grundstücken）、土地取引（Bodenverkehr）、地区基盤整備（Erschließung）、土地評価（Bodenbewertung）の規律権限が認められたほか、従来用いられた意味における建築警察法領域においても、当該事項が今日の計画法を構成するかぎり、連邦に立法管轄権が認められた[13]。後者の中には、建築地域の指定（Ausweisung von Baugebiet）、建築利用の密度（Maß der baulichen Ausnutzbarkeit）などに関する規定が含まれた[14]。

本鑑定書によって、集団規定を中心とした計画法的内容を有する規律権限が連邦に与えられた結果、その他の単体規定を中心とした建築技術規定、つまり建築法の立法権限がラントに与えられることになった[15]。

3 こうした経過の後、一九五八年二月七日、閣議決定を経た連邦建設法草案は、基本法七六条二項にもとづき、まず、連邦参議院に送付されたが、参議院は、建設管理計画（Bauleitplanung）が地域共同体の事務（Angelegenheit der örtliche Gemeinscaft）であり、それゆえ自治行政事務である、とする本草案に対し、憲法上の疑義を述べた[16]。これに対し、連邦政府は、建築法という素材の特性を正しく考慮するためには、本草案のような、自治行政に具体的影響を与え、行政組織と手続きを規律する諸決定の導入が必要なことを強調した[17]。また、当時、連邦住宅建設大臣だったリュケ（Lücke）は、ゲマインデに高い憲法上の価値を認め、建

設管理計画を託すに足る、と信じていた。[18]

4　そして、一九五八年四月一六日、連邦参議院の修正提案と連邦政府の意見を付された本草案が連邦議会に送付された。本草案は各権限委員会に託されて後、所定の読会と審議を経て、SPDの棄権を伴いながらも、最終表決（Schlußabstimmug）において賛成多数で可決された。こうして成立した連邦建設法は、基本法八四条一項、一〇五条三項にもとづき、参議院の同意を必要とするため、参議院に再送付され、参議院は二一対二〇という僅差で本法律に同意を与えたのであった。本法律は、一九六〇年六月二三日の大統領による認証を経て、同年六月二九日に公布されている。[19][20][21]

現行連邦建設法の内容については、次章で紹介、検討することにする。

（1）以下の記述は、おもに、W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg, Bundesbaugesetz, Rdn. 32 ff. zu Einleitung (stand 1977)（以下、引用に当たりzu Einleitung (stand 1977) を省略する）に依拠している。この部分を執筆したヴィリー・ツィンカーン（Willy Zinkahn）は、連邦建設法立案当時の連邦住宅建設大臣パウル・リュケ（Paul Lücke）の部下として、みぎ立案作業の中心にいた人物である（vgl. H. -J. von der Heide,, Zur Entstehung des Bundesbaugesetzes", in : H. Westermann/C. F. Menger/W. Bielenberg/W. Hoppe/E. Schmidt-Aßmann/C.-H. David (Hrsg.), Raumplanung und Eigentumsordnung : Festschrift für W. Ernst zum 70. Geburtstag, 1980, S. 185 ff.(191 f.))。なお、その他の関連文献については、そのつど、指示・参照している。

（2）Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 32; その他、北畠照躬「西ドイツ」『特集・都市再開発と住宅』ジュリスト四一四号（一九六九年）二五七頁以下、二五七頁、ヘルムート・W・イェンキス「西ドイツの住宅供給政策」都市研究懇話会・篠塚昭次・早川和男・宮本憲一編『都市の再生・日本とヨーロッパの住宅問題』（一九八三年）二〇一頁以下、出水宏一『戦後ドイツ経済史』（一九七八年）七頁以下、一四四頁以下など参照。

（3）第二次世界大戦後における連合国の占領地区割当、管理理事会の設置、ラントの再編成などについては、さしあたりフリッ

ツ・ハルトゥング（成瀬治・坂井栄八郎訳）『ドイツ国制史』（一九八〇年）四九二頁以下参照。

（4）Entwurf eines Gesetzes über der Aufbau der deutschen Gemeinden (Aufbaugesetz).

（5）Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 33 ; vgl. auch von der Heide, aaO(Fn. 1), S. 186.

（6）Vgl. K. Pathe,, Die westdeutschen Aufbaugesetz", DV 1950, S. 33 ff.(34 f.).

（7）参照、村上博「ドイツ連邦共和国における計画法論研究序説」名古屋大学法政論集八一号（一九七九年）一一二頁以下、一三二頁。

（8）アデナウアー（Konrad Adenauer）については、大獄秀夫『アデナウアーと吉田茂』（一九八六年）が、興味深い分析を加えている。

（9）連邦は、一九五〇年三月二八日に連邦議会で可決された第一次住宅建設法により、住宅建設の促進に取り組むことになった（vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd, 37; 日本土地法学会『都市計画法・固定資産税制の再検討』（一九七五年）八五頁以下における成田頼明氏の発言）。第一次住宅建設法については、vgl. Fischer-Dieskau,, Zum ersten Wohnungsbaugesetz des Bundes", DVBl. 1950, S. 486 f. ; イェンキス・前掲書注（2）二〇二頁以下、出水・前掲書注（2）一四五頁以下。

（10）本条文は、一九五六年七月二一日の法律（BGBl. I S. 662）によって廃止されている。

（11）BVerfGE 3, 407.

（12）Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 41 ; von der Heide, aaO(Fn. 1), S. 186 f. ; K. H. Friauf,,Bau-, Boden-und Raumordnungsrecht", in : I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1979, S. 449 f.

（13）Vgl. BVerfGE 3, 432.

（14）Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 41 ; W. Ernst/W. Hoppe, Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., 1981, Rdn. 112 ff.; 山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用（一）」自治研究五九巻一〇号（一九八三年）九二頁以下、一〇二頁注（5）。

（15）参照、稲本洋之助・戒能通厚・田山輝明・原田純孝編著『ヨーロッパの土地法制』（一九八三年）三八九頁。なお、訳語の問題であるが、本稿では、原則として"Bundesbaugesetz"を連邦建設法、"Bauordnung(-srecht)"を建築法と訳している。

(16) Vgl. von der Heide, aaO(Fn. 1), S. 192.
(17) Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO(Fn. 1), Rd. 49 ; von der Heide, aaO(Fn. 1), S. 192 f.
(18) Vgl. von der Heide, aaO (Fn. 1), S. 191.
(19) 西ドイツにおける立法過程の基本構造については、参照、コンラート・ヘッセ(阿部照哉ほか訳)『西ドイツ憲法綱要』(一九八三年)二五九頁以下。
(20) 現行建築法体系のとる連邦を中心にした権限分配に関し、建設計画法と建築秩序法(Bauplanungs- und Bauordnungsrecht)という分配基準は適用するのが困難であること、一九六〇年以前はラント法がこの分野を規律しつつ戦後復興を果たしたことなどを指摘して、ラントへのいっそうの権限委譲を主張するものがある。Vgl. R. Wiechert,, Gesetzgebungskompetenz für das Bau- und Bodenrecht", ZRP 1985, S. 239 ff.(241 ff.).
(21) 一九六〇年連邦建設法三五条の立法史について、参照、高橋寿一「農地転用論(一)——西ドイツにおける農業的土地利用と都市的土地利用——」社会科学研究三九巻五号(一九八八年)一頁以下、六九頁以下。

第二款　行政裁判法制の概観

一　第二次世界大戦後の廃虚のなかで、最も早く行政裁判制度の復活を図ったのはベルリンであった。ベルリンは、ドイツ全土と同じく、アメリカ、イギリス、フランス、ソビエト連邦の四カ国によって分割統治されていたけれども、一九四五年一一月一九日、まずアメリカ占領地区で、つづいて同年一二月一九日、イギリス占領地区でそれぞれ軍政府(Militärregierung)の命令(Anordnung, Verordnung)により行政裁判所が再建された。[1] 遅れて、フランス占領地区でも、一九五一年一月四日の法律によって行政裁判所が活動を再開することになった。[2] アメリカ、イギリス、フランス

の占領地区、すなわち西ベルリンの行政裁判制度は、一九五一年一月八日（同年三月一日発効）の行政裁判所法によって統一された。[3] なお、ソビエト連邦占領地区に行政裁判所はなかった。[4] ベルリン以外の地域では、一九四六年一〇月一〇日の管理理事会法律三六号が行政裁判所の再開を命じていた。[5]

以下、本稿ではソビエト占領地区[6]を除くその他の地区における行政裁判法制の展開を簡単に跡づけ、この時期の法制度の特色について若干の検討を加えようと思う。[7] なお、詳しくは第三章に譲るけれども、現行行政裁判所法についても、必要な限りで、ここでも簡単に触れておくことにしたい。

（1）Vgl. H. Schneider,„ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin", AöR 1948, S. 239 ff.(240).

（2）Vgl. Baring,„ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin", DVBl. 1951, S. 265 ff.(265).

（3）参照′ 南博方『行政裁判制度』（一九六〇年）一五八頁注（3）′ C. -F. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 12 ff.

（4）Vgl. Baring, aaO(Fn. 2), S. 265.

（5）Vgl. Baring, aaO(Fn. 2), S. 265; C. -F. Menger, aaO (Fn. 3), S. 3 ; O. Bachof, Die verwaltungsgerichtiche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 1 ; E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., 1980, Rd. 2 zu Einleitung.

（6）ソビエト連邦占領地区に関する文献として′ 次のものがある。E. Meyer,„ Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ostzone", DVBl. 1950, S. 561 ff. ; H. Loening,„ Der Kampf um den Rechtsstaat in Thüringen", AöR 1949, S. 56 ff. ; G. Püttner,„ Zur Entwicklung des Verwaltungsrechts in der DDR", in : G. Zieger (Hrsg.) , Recht, Wirtschaft, Politik in geteilten Deutschland : Festschrift für S. Mampel zum 70. Geburtstag am 13. September 1983, 1983, S. 143 ff.

（7）近年′ C. H. Ule,„ Über die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg", VerwArch.

1987, S. 125 ff. など、第二次世界大戦後の行政裁判法制に関する文献が多数登場しつつあるが、残念ながら、なお十分に参照できていない。

二

アメリカ占領地区では、ヴァルター・イェリネックを中心とする立法委員会が、一九四五年九月一八日から早くも活動を開始し、翌年三月二〇日、いわゆるハイデルベルク草案を完成させた。そして、同年八月六日、アメリカ占領地区内の各ラント、すなわちバイエルン、ヘッセン、ヴュルテンベルク・バーデンは、シュツットガルトのラント会議（南ドイツラント会議）において、みぎハイデルベルク草案を採択したのであった。これ以後、各ラントは、本草案に原則として従いつつ、行政裁判所法を制定してゆくのである。したがって、アメリカ占領地区における行政裁判所法（Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit（以下、VGGと略する））は共通の内容を有し、また、権利救済におけるいわゆる概括主義を採用するものであった[1]。

イギリス占領地区では、管理理事会法律六号が交付されてから、ヘルベルト・ルシュヴァイ（Herbert Ruschewyh）[2]を中心とする公法諮問委員会（Beratenden Ausschusses für öffentliches Recht）が、ハイデルベルク草案を範として行政裁判所法を作成しようとした。ところが、審議が経過するにつれて行政裁判を三審制とし、イギリス占領地区独自に最高行政裁判所を設置する、という提案がなされるに至った。しかし、これは軍政府の疑問とするところとなり、まず一九四八年四月一日発効の軍政府命令一四一号（Verordnung Nr. 141（以下、VO一四一と略する））が出され、つづいて同年九月一五日発効の軍政府命令一六五号（以下、VO一六五と略する）が出される事態となった[3]。VO一六五は、VO一四一を引き継ぎ、いわゆる概括主義を導入していたので、行政行為（Verwaltungsakt）に対する抗告訴訟が一般的に許されることとなったほか（二二条一項）、申請された行政行為の実施（Vornahme）を求める訴訟も明文で許

されるものとされた(二四条一項)。その他、VO一六五の規律内容は原則としてVGGと一致するものであったし、行政裁判所が公行政上の責務を担当する行政官庁とは区別されることになった(4)。

フランス占領地区では、当初こそ以前の法律が復活するなどの混乱があり統一されていなかったけれども、ほぼ一九五〇年以降は基本的にVGGの規律に対応したものになっていった(5)。

(1) Vgl. E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., 1980, Rdn. 4 f. zu Einleitung (以下、引用にあたりzu Einleitungを省略する).

(2) ルシュヴァイについては、宮崎良夫「ドイツ連邦共和国の行政裁判制度改革――ナチス体制からボン基本法にかけて――」『戦後改革4・司法改革』(一九七五年) 四〇四頁以下、四〇七頁参照。

(3) Vgl. Eyermann/Fröhler, aaO(Fn. 1), Rd. 11.

(4) 以上、イギリス占領地区について、vgl. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 2. Aufl., 1951, S. 426 f.

(5) Vgl. H. De Clerck,, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz", DVBl. 1950, S. 295 ff.; Forsthoff, aaO (Fn. 4), S. 427; Eyermann/Fröhler, aaO(Fn. 1), Rd. 13.

三

アメリカ、イギリス、フランスの各占領地区における行政裁判所法に共通する特色として、次の二点を挙げることができよう。すなわち、第一に、行政裁判所と行政官庁との組織上の分離、第二に、権利救済におけるいわゆる概括主義の採用である(1)。ここではボン基本法一九条四項とみぎ概括主義との関係をあわせて検討することにしよう。

1　まず、前者に関して、たとえばプロイセンでは、上級行政裁判所を除いて、いわゆる積極行政と行政裁判所とは組織上重複していたし、法廷構成員の一部は行政官であったから、裁判官としての身分保障を受けられない法廷構成員も、法律上は、いたわけである。[2] これに対し、(アメリカ占領地区の)VGGは、行政裁判権が法律にのみ服する独立の裁判所によって行使されることを定めるほか(一条一項)、高等行政裁判所(Verwaltungsgerichtshof)の裁判官たる専任構成員についてではあるが、彼が行政実務に従事できない旨を明文で規律するに至った(三条三項)。さらに、裁判官である以上、専任構成員のみならず、兼任構成員に対しても、通常裁判所(ordentliche Gerichtsbarkeit)の裁判官に適用される規定が準用されることとされた(三条二項)。同様の規律は、(イギリス占領地区の)VO一六五・一条一項、二五条二項、一七条一項にもみられた。[3] このように、(西)ドイツの行政裁判所が、通常裁判所と同様の組織構造と裁判官の身分保障を、法律上も手にいれたのは、ようやく戦後になってからのことなのである。[4]

2　次に、概括主義の採用について検討を加えることにしよう。

(1)　アメリカ、イギリス、フランスの各占領地区を通して、行政裁判所法は、抗告訴訟(Anfechtungssachen)とその他の公法上の訴訟(andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts)を区別していた。[5] 申請された行政行為(Verwaltungsakt)の実施を求める訴訟が認められたことを除いて(VGG三五条二項、VO一六五・二四条一項)、抗告訴訟は行政行為の存在を前提としており、将来なされる行政行為の不作為を求める差止め訴訟などは、現行法の知らないところとされた。[6] また、その他の公法上の訴訟は、他の地区の模範となったVGGにおいて当事者訴訟(Parteistreitigkeiten)と呼ばれ(二二条一項)、対等な法主体の紛争に制限されたうえ(八五条一項)、法関係の存否の確認を求める訴えも当事者訴訟によることとされたため(二四条一項)[7]、あたかも、行政訴訟が抗告訴訟と当事者訴訟という特定の訴訟類型に

拘束されており、しかも当事者が対等な関係にない場合には、行政行為の有無が行政訴訟の許否を決するかのごとき様相を呈することとなった[8]。したがって、この時期に導入された概括主義の実際は、行政訴訟の許否を特定事項に制限したり、個別法のさだめに任せるいわゆる列記主義こそ排除していたものの、特定の行為（行政行為）と特定の訴訟類型（抗告訴訟・当事者訴訟）を前提としたうえでの概括主義であった、といえるように思われる[9]。

(2)　ところで、一九四九年に成立したボン基本法一九条四項は、公権力による権利侵害すべてに対する出訴の途を保障した[10]。この憲法上の概括主義と、みぎにみた戦後の各占領地区における行政裁判所法上の概括主義との関係はどのように理解されたのだろうか。当時の学説を手がかりにして検討を試みる。まず、ベッターマン（K. A. Bettermann）の論文に対するバッホフ（O. Bachof）の批判をみることにしよう。

ベッターマンは、一九四九年の雑誌論文の中で、基本法一九条四項によって、争訟裁判権（streitige Gerichtsbarkeit）が問題となる限り、それまで特別な法律にもとづいて通常裁判所の管轄が認められていた損失補償事件などの公法上の訴訟（öffentl. -rechtl. Streitigkeiten）も含め、通常裁判所の管轄権が行政事件においても基礎づけられるに至った、と述べた[11]。これに対し、一九五一年、バッホフは、大要、次のような批判を加えた。すなわち、「本条項の目的は、ラントの立法者によって行政裁判権の廃止、もしくは制限がなされたとしても、とにかく公権力の侵害（Eingriffe der öffentlichen Gewalt）に対して、出訴の途を留保しておくことにある[12]。」「ベッターマンは、基本法一九条四項の概括条項の範囲を誤解している。本項は、公権力による権利侵害（Rechtsverletzungen）を理由とする訴訟、つまり抗告訴訟に制限されている。しかし、アメリカ、イギリス各占領地区における行政裁判所の権限には、いわゆる当事者訴訟も含まれており、この〔当事者訴訟に関する〕権限を基本法一九条四項によって根拠づけることはできない[13]。」というのである。

また、デューリッヒ（G. Dürig）は、一九五八年に、行政行為に対する抗告訴訟および職務行為の不作為に対する義務づけ訴訟は認められるとしつつ[14]、公権力概念（Begriff der öffentlichen Gewalt）から導かれることとして、大要、次のように述べた。すなわち、「基本法一九条四項は、いわゆる服従関係（Unterordnungsverhältnis）にのみ適用され、当事者訴訟、

つまり対等な法主体間の公法上の訴訟には適用がない。」[15]

以上のように、バッホフらにあって、基本法一九条四項にいう概括条項の保障するところは、取消訴訟、義務づけ訴訟など、行政行為との関連でとらえられた抗告訴訟に限られると考えられ、したがって各占領地区の行政裁判所法上の概括主義の方が、基本法上の概括主義の保障するところよりも広い、と考えられていたのである。[16]それゆえ、基本法自らが、抗告訴訟に限られない、権利救済における概括主義を採用しているとは考えられなかったのではないか、と思われる。

(3)　さて、一九六〇年一月二一日に制定され、同年四月一日に発行した現行行政裁判所法(Verwaltungsgerichtsordnung (以下、VwGOと略する))は、それまでの各ラント行政裁判所法がとった(もしくは、とっていると理解された)抗告訴訟・当事者訴訟(その他の公法上の訴訟)という二分法を放棄し、民事訴訟法に対応して、給付・確認・形成の訴えを認め(四二条、四三条)[17]、「連邦法の明文規定により、他の裁判所に指定されていない限り、憲法上の性質を有しないすべての公法上の訴訟において、行政訴訟が認められる。」(四〇条一項一文)と規定するに至った。この点につき、立法理由書は次のように述べている。すなわち、「行政訴訟はすべての公法上の訴訟に対して開かれる。これにより、一方、公権力の措置によってその権利を侵害(verletzt)された者すべてが行政裁判所に出訴できることになり、基本法一九条四項が考慮されたことになる。しかし、みぎを超えて公権力の措置があろうとなかろうと、公権力が直接当該紛争に関係していようといまいと、すべての公法上の訴訟に対して行政訴訟が認められる。いわゆる当事者訴訟に対しても、新しい行政裁判所法の規律に応じて、行政訴訟が一般的に開かれる。[18]」というのである。ここでも、VwGOの概括主義の法が基本法の概括主義よりも広いと考えられていたのであった。[19]

驚くべきは立法者の自己理解によれば、かれらは基本法以上の権利保護を保障しようとしていたことである。

(4) ここで何よりも重要なことは、VwGO以降、行政行為の存否が種々の判断・評価の基準ではなくなり、取消訴訟・義務づけ訴訟などの成立にとって行政行為の存在が前提となるだけであって、行政行為がなくても、当該訴訟が「公法上の訴訟」である限り、給付・確認・形成の訴えの中からいずれか適切な訴訟類型が選択される、と考えられるに至ったことである。[20] みぎにいわゆる「公法上の訴訟」とは、問題となっている「法関係（Rechtsverhältnis）」の性質にもとづいて判断され、関係者間の「上下関係（Über- und Unterordnungsverhältnis）」ばかりか、「対等関係（Gleichordnungsverhältnis）」からも導き出される、と理解されている。[21]

(1) Vgl. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl., 1951, S. 428 ff. なお、南博方『行政裁判制度』（一九六〇年）一五五頁以下、秋山義昭「西ドイツ行政裁判所法に於ける一般概括主義と行政裁判所の管轄(一)」北大法学論集一八巻三号（一九六八年）一六三頁以下、一七九頁以下は、本文で挙げた特色のほか、行政裁判所・行政裁判官の独立の保障も挙げている。本稿はこれを本文にいう第一の特色の説明の中で簡単に取り上げるにとどめた。これは本稿がいわゆる概括主義の採用に関心を集中したためである。

(2) 参照、南・前掲書注（1）三〇頁以下。

(3) フランス占領地区の状況につき、vgl. H. De Clerck,„Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz",DVBl. 1950, S. 295 ff.(295).

(4) プロイセンにおいて、裁判官の独立が欠けていた、という、本文のような理解に対して、疑問を述べる者がいる。すなわち、一・二審で活躍した名誉職裁判官は、その職業上の実力によって、訓令から自由であったし、プロイセン上級行政裁判所の裁判官もまた自由であった、というのである（vgl. G.-C. von Unruh,„Verwaltungsgerichtsbarkeit", in : K. G. A. Jeserich/H. Pohl/G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsgeschichte 5, 1984, S. 1178 ff. (1189) ; ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat, 1984, S. 33 f.)。 ナチの時代に、他の裁判権以上に、行政裁判所が自由主義的な態度をとることができたことも、この疑問に根拠を与えているように思われる（vgl. M. Stolleis,„Verwaltungs-

rechtswissenschaft und Verwaltungslehre in Nationalsozialismus", in : K. G. A. Jeserich/H. Pohl/G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsgeschichte 4, 1985, S. 707 ff. (714)（当時のプロイセン上級行政裁判所長官ドレフス（B. Drews）の役割も強調している。ドレフスについては、参照、人見剛「ワイマール期ドイツ行政裁判制度論」東京都立大学法学会雑誌二八巻一号（一九八七年）二三七頁以下、二五六頁以下注（1））。

（5）Vgl. C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., 1983, S. 32 ; 園部逸夫「ドイツの行政訴訟制度」公法研究一五号（一九五六年）一三一頁以下、一三七頁。その他、須貝脩一「西独逸行政裁判制度の発展」法学論叢五九巻四号（一九五三年）一頁以下、四〇頁参照。

（6）Vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 1951, DVBl. 1951, S. 86 f.(87).

（7）イギリス占領地区においては、「その他の公法上の訴訟」に関する特別な定めはなかった。この点に関し、ふた通りの理解が存在している。第一に、南・前掲書注（1）一九四頁は、VO一六五・五二条が公法上の法関係の存否もしくは内容の確認を明文で認めていたことから、イギリス占領地区においても、「当然に当事者訴訟が認められるものと解釈されている。」とする。第二に、ウレは、VO一六五・二二条一項が、VGGのような抗告訴訟・当事者訴訟という二分法をとらず、「その他の公法上の訴訟」を当事者訴訟に制限することもなかったことを指摘しつつ、みぎ規定をもって、「憲法上の訴訟を除くすべての公法上の訴訟に対して、行政訴訟を開いている」ものと理解している。さらに、この立場が現行のVwGO四〇条に受け継がれている、としている（vgl. Ule, aaO(Fn. 5), S. 33)。一九五〇年における理解としては、恐らく、第一の理解が一般的であったと思われる（vgl. C. -F. Menger, System des verwaltungegerichtlichen Rechtsschutz, 1954, S. 217 ff.)。ウレは参考文献を一括引用するのみであるため、その見解の根拠などを追証するのは容易なことではない。以上につき、さらに参照、雄川一郎『行政争訟法』（一九六六年）五七頁注（五）、（六）、秋山・前掲注（1）一八一頁注（6）。

（8）Vgl. Ule, aaO(Fn. 5), S. 32 f. ; O. Bachof,, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", VVDStRL 30, 1972, S. 193 ff.(231); W. Löwer,, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts", JuS 1980, S. 805 ff.(805); 秋山・前掲注（1）一八〇頁、畠山武道「許認可の際の同意の性質（一）」民商法雑誌六九巻一号（一九七三年）六〇頁以下、六五頁。

（9）以上につき、参照、人見剛「西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』

（一九八七年）一頁以下、六頁以下。その他、概括主義の定め方がアメリカ・イギリス占領地区とフランス占領地区とで異なっていたことが指摘されている。すなわち、前者にあっては、第一審裁判所たる行政裁判所の事物管轄規定の中に概括条項が含まれていたのに対し、後者においては、行政訴訟の提起に関する規定と行政裁判所・上級行政裁判所の事物管轄に関する規定とが区別されていたのであり、前者のような両規定の混合からは混乱が生じていた、という（vgl. Ule, aaO(Fn. 5), S. 32）。現行のＶｗＧＯ四〇条、四六条は両者を区別して規定しており、これは現行法立案当初からのものであったようである（vgl. P. van Husen, „Die Vorarbeiten für eine bundesrechtliche Verwaltungsgerichtsordnung", DVBl. 1950, S. 546 ff.(549)）。

(10) ボン基本法一九条四項は次のように規定している。「何人も、公権力によってその権利を侵害された（in seinen Rechten verletzten）ときは、出訴の途が与えられる。他の［機関の］管轄が認められない限り、通常裁判所への出訴が認められる。」（訳文は宮沢俊義編『世界憲法集・第三版』（一九八〇年）一六八頁（山田晟訳）による）

(11) Bettermann„ Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungs-akt", MDR 1949, S. 394 ff.(398f.).

(12) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2., unveränderte Aufl., 1968, S. 13（本書の初版は、一九五一年に出版された）.

(13) AaO(Fn. 12), S. 13 f.

(14) Dürig, in : T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz Kommentar, Rd. 21 zu Art. 19 Abs. IV (stand 1958).

(15) AaO(Fn. 14), Rd. 22.

(16) 同旨、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（一九八三年）六三頁。参照、南・前掲書注（1）一九三頁以下、畠山・前掲注（8）六六頁注（6）、園部・前掲注（5）一三四頁。Vgl. auch Dürig, aaO(Fn. 14), Rd. 7 b.

(17) Vgl. K. Redeker/H.-J. von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1981, Rd. 6 zu § 40, Rd. 1 zu § 42；秋山・前掲注（1）一八四頁以下。

(18) BT-Dr. 3/55 (S. 30 zu § 38).

(19) しかしながら、今日、ＶｗＧＯと基本法の関係につき、本文でこれまで述べてきた理解とまったく逆の理解が一般的となっ

ている。つまり、VwGO四〇条の概括条項は基本法一九条四項を具体化したものだ、というのである。たとえば、コンスタンツ大学教授ブローム（W. Brohm）は、「基本法一九条四項とその行政裁判上の具体化たるVwGO四〇条一項は、法治国の勝利だと賛美されている。」としている（ders.,, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit", DVBl. 1986, S. 321 ff.(321 f.)）。こうした理解は、一九六三年に既に存在していた。たとえば、行政裁判所裁判官ゼルマン（M. Sellmann）は、公法上の建築隣人訴訟をめぐる論文の中で、「先の戦争後、行政裁判の特に目につく特徴は、基本法一九条四項によって憲法上保障された概括条項の行政裁判権への一般的導入である。」としていたのであった（ders.,, Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl. 1963, S. 273 ff.(276)）。

みぎのような理解によると、本文で次に述べるようなVwGOの持つ画期的な意義が不鮮明にされるように思う。ブローム、ゼルマンの見解が論証ぬきのものである点はおくとして、一九五〇年代末からVwGO制定をはさんで一九六〇年初めにかけての時期に、行政裁判所法と基本法との関係に関する観念が学説など一般において変化したのではないか、と推察される。二人は、ボン基本法とVwGOが、それぞれ一九四九年と一九六〇年に制定されている、という時期的な先後関係だけを考慮し、当然のように、後者は前者を具体化したものだ、とみなしているように思われる。そうであれば、この二人は、VwGOという基本的な法律の、根幹にかかわる立法理由を知らないことになろう。

(20) Vgl. Redeker/von Oertzen, aaO(Fn. 17), Rd. 7 zu § 40.
(21) Vgl. Redeker/von Oertzen, aaO(Fn. 17), Rd. 6 zu § 40.

四　最後に抗告訴訟の対象と当事者適格などに関する規律を簡単にみておくことにしよう。

1　まず、VGG二二条一項は、「行政裁判所は、行政庁の処分（Verfügung）、その他の行政行為の抗告（抗告訴訟）につき決定する。」と規定するが、処分・行政行為の定義規定は設けていない。これに対して、VO一六五・二二条一項は、

「ラント行政裁判所は、行政行為の抗告、および憲法訴訟を除くその他の公法上の訴訟を決定する。」と規定すると同時に、同二五条一項一文は、「本命令にいう行政行為とは、公法の領域において、具体の事案を規律するために、行政庁によってなされるすべての処分（Verfügung）、命令（Anordnung）、決定（Entscheidung）、その他の措置（Maßnahme）をいう。」という定義規定も置いている。[1] この規定と同様の内容を持った規定が、ベルリン行政裁判所法一三条一項などにもみられた。[2] そして、一九五二年九月二三日に設置された連邦行政裁判所は、[3] 一九五五年一〇月二一日判決において、[4] みぎにみた行政行為の定義内容を他の地方へも拡大適用したのであった。[5][6]

そして、一九七六年制定、[7] 翌年施行の現行連邦行政手続法三五条もまた、ほぼ同様の行政行為の定義規定を設けている。

「行政行為とは、行政庁が公法上の領域において具体の事案を規律するためになし、外部に対して直接の法的効果をもつすべての処分（Verfügung）、決定（Entscheidung）またはその他の公権的措置（hoheitliche Maßnahme）をいう。[8]」

2 次に、VGG一三条一文は、「法律に別段の定めなき限り、自己に帰属する権利を主張するか、あるいは、自己に不当に課された義務を争う者（wer ein ihm zustehendes Recht geltend macht oder eine ihm angesonnene Verbindlichkeit bestreitet）だけが訴えることができる。」とし、VO一六五・一三条一項一文は、「行政行為の抗告は、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いる（der Verwaltungsakt den Kläger in seinen Rechten beeinträchtige, weil er rechtswidrig sei）ことにのみ依拠できる。」としている。[9] ここでは、訴訟要件たる原告適格と本案問題たる実体的原告適格とが未分化だ、という点に注意しなければならない。

さて、みぎの規律は、プロイセン上級行政裁判所の一八七七年四月三〇日判決に始まり、[10] 一八八〇年の組織法六三条

三項一号で明文化され[11]、一八三年のプロイセン一般ラント行政法一二七条三項一号を経て[12]、一九三一年のプロイセン警察行政法五〇条一項[13]に受け継がれたところを、基本的に承継したもの、と評することができよう[14]。そして、一九六〇年制定の現行ＶｗＧＯは、訴訟要件たる原告適格の問題（四二条二項）と本案の問題（一一三条一項）とを分けて規律するにいたっている[15]。

（1）畠山武道「許認可の際の同意の性質（一）」民商法雑誌六九巻一号（一九七三年）六〇頁以下、六九頁以下は、ここで言われる行政行為の概念は、従来、「官憲的」「高権的」なる標識で学説上理解されていたところと同様の概念である、とする（従来の学説上の行政行為概念につき、詳しくは、南博方『行政裁判制度』（一九六〇年）二〇一頁以下、須貝脩一「西独逸行政裁判制度の発展」法学論叢五九巻四号（一九五三年）一頁以下、五三頁以下参照。その他、vgl. F. Hufnagl, Die Verwaltungsge-richtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, 1950, S. 110）。

ただし、バッホフ（Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, 2., unveränderte Aufl., 1968, S. 35, 36）は、ＶＧＧにあってはともかく、ＶＯにおいては、「官憲的」「高権的」なる用語の欠落を理由に、非官憲的な措置をも行政行為と解釈することが可能である、としていた（参照、畠山・同前七〇頁以下。なお、同前七四頁注（17）もみよ）。

（2）Vgl. C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., 1983, S. 163. このことは、後に検討する（本稿第二章第二節第二款）ベルリン上級行政裁判所判決の理解にとって重要である。

（3）Vgl. E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordung, 8. Aufl., 1980, Rd. 18 zu Einleitung.

（4）BVerwGE 2, 273 (274).

（5）Vgl. Ule, aaO(Fn. 2), S. 163；畠山・前掲注（1）七三頁。

（6）連邦行政裁判所は、一九五六年五月三日判決（GE 3, 258(262)）において、行政行為概念は行政法学の目的創造物であり、行政裁判の領域における行政行為概念の目的決定にとって、国民の権利保護の必要性が重要であるとして、従来の行政行為

概念からの離脱を試みた。判例・学説は、もっぱら、「訴訟法的」観点から行政行為概念の拡大を図ったのである。こうした動向の背景には、以下のようなデューリッヒ（G. Dürig）流の考え方があったと思われる。すなわち、基本法一九条四項は、伝統的「行政行為」概念に結び付くものではなく、「公権力による」権利侵害の存在に向けられたものである。それゆえに、権利保護の問題は、例えば、「行政行為」か「統治行為」かなどの伝統的区別によっては解明され得ないのである。権利保護の許否を決定するのは、公権力の措置の概念的理解ではなく、第一に、公権力が行為したという事実である。公権力の措置が個人に向けられたおのおのの場合において、法侵害があるか、それにより権利が影響を受けたか、そして、原告固有の権利が問題なのかが審査されねばならない。これらの包括的審査の可能性を裁判所に開くために、公権力主体のすべての個別的措置が「行政行為」と性質決定されねばならない、というものである（vgl. ders., in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz Kommentar, Rdn. 9 ff. zu Art. 19 Abs. IV (stand 1958)）。以上、参照、畠山・前掲注（1）七五頁以下。

（7）BGBl. I S. 1253.

（8）行政手続法の立法者は、VO一六五・二五条をもって、〝信頼のおける模範（bewährte Vorbilder）〟だ、としている（BT-Dr. 7/910 (S. 57)）。行政手続法が模範としたものの中に、注（6）で紹介したような「訴訟法的行政行為観」も含まれているか否か、は不明である。この点について、レーヴァー（W. Löwer）は、従来の「訴訟法的」な行政行為の理解は、VwGO制定前、行政行為の存否が行政訴訟の許否を決していたことを理由とする実践的配慮に由来するとし、VwGO四〇条という概括条項の導入によって、この種の実践的配慮は不要になったとする。加えて、一九七六年の行政手続法三五条が行政行為の定義規定を置いた以上、行政行為概念をめぐる解釈者の自由もまた制限されるに至ったという。そして、今や行政行為の「実体法的」意義を解明すべきだ、としている（ders.,, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts", JuS 1980, S. 805 ff.(805)）。

ところで、人見剛「西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（一九八七年）一頁以下、七頁以下は、行政手続法にいう行政行為の定義の淵源が、オットー・マイヤーの行政行為概念にあるのは「明らかであろう」とする。この点を含め、プロイセン上級行政裁判所判例上の「警察処分」概念、マイヤーら伝統的学説による行政行為の定義、VO一六五・二五条の定義、戦後の判例による「訴訟法的行政行為」概念、そして連邦行政手続法三五条の定義、それぞれの相互関係、およびそれらの実際の解釈・機能状況は、筆者にはなお十分には定かでない。

(9) 参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（一九八三年）二二頁、および二三頁注（42）。

(10) 本稿第一章第二節二参照。

(11) 本稿第一章第一節第二款参照。

(12) 同条は、警察官庁の警察処分に対する県知事（Regierungspräsident）などへの訴願を認め（一項）、県知事などのなした訴願裁決（Bescheid）に対しても、上級行政裁判所へ出訴することを許していた（二項）。同条三項によれば、みぎの訴えは、係争裁決が原告の権利を侵害していること（一号）、警察処分に必要な構成要件事実（tatsächlichen Voraussetzungen）が欠けていること（二号）、にのみ依拠できる、とされていた。

(13) 「訴えは、係争〔訴願〕裁決が現行法に違反しているため、それが原告の権利を侵害している（der angefochtene Bescheid den Kläger in seinen Rechten beeinträchtige, weil der Bescheid das geltende Recht verletze）ことにのみ依拠できる。」

(14) 以上、一八八〇年組織法から、一九三一年警察行政法に至る立法史につき、簡単な概観は先に行なった。参照、本稿第一章第一節第二款。

(15) このことは、立法理由書の次の文言にも示されている。「〔ＶｗＧＯ草案〕四一条〔現行ＶＷＧＯ四二条に相当〕の文言は、意識的に、ラントの行政裁判所法における従来の規律から、それが形式的訴権（Klagerecht）に制限することによって、離脱している。」（BT-Dr. 3/55 (S. 32)）

なお、みぎの文言から、訴権（Klagerecht）が形式的なそれ（訴訟要件たる原告適格）と、実質的なそれ（本案問題たる実体的原告適格）とに分けられている場合のあることが読み取れる。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLI No. 1

SUMMARY OF CONTENTS

Die öffentlichrechtlichen Nachbarklage (1)

——"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
2. Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
1. Bewegung der Anerkennung

(in diesem Heft ; Fortsetzung im nächsten Heft)

*Dozend an der Hokkaido Information Universität, Dr.jur.