



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法上の建築隣人訴訟（3）－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; OHNISHI, Yuuji
Citation	北大法学論集, 41(3), 63-115
Issue Date	1991-01-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16776">https://hdl.handle.net/2115/16776</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(3)_p63-115.pdf



# 公法上の建築隣人訴訟（三）

——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 隣人訴訟の前身

第二章 隣人訴訟の承認

第一節 戦後法制の概観

第二節 隣人訴訟の承認

第一款 承認への胎動（以上、四一巻一号）

第二款 隣人訴訟の承認

第三章 隣人訴訟の発展

第一節 法制度の概観

第一款 現行建築法制の概観（以上、四一巻二号）

第二款 行政訴訟制度の仕組み

第二節 隣人訴訟をめぐる判例の検討

第一款 保健規範節にもとづく判例の検討

（一／二まで、本号）

## 第三章 隣人訴訟の発展

## 第一節 法制度の概観

## 第二款 行政訴訟制度の仕組み

## 1 関連条文

公法上の建築隣人訴訟の訴訟形式は、判例上、もっぱら取消訴訟であるため、これを中心に現行VWG Oの関連制度を紹介することしよう。さて、訴訟要件と本案勝訴要件とを分けて規律していなかった、戦後のラント行政裁判所法制と異なり、現行VWG Oは、取消訴訟の訴訟要件（原告適格）と本案勝訴要件とを分けて規律している。つまり、VWG O四二条二項と一一三条一項一文である。条文をここに引用しよう。

四二条二項 「法律に別段の定めなきかぎり、訴えは、原告が行政行為もしくはその拒否もしくは不作為によりその権利を侵害されていると主張するときのみ許される。」

一一三条一項一文 「行政行為が違法であり、原告がそのことにより権利を侵害されているかぎり、裁判所は行政行為、ある(Fr(etswaig)異議審査請求裁決を取り消す。」

## 2 “Rechtsverletzung”

両規定の具体的な内容に関する学説と判例の状況を概観する前に、本案勝訴要件たる “Rechtsverletzung” 概念について説明する。

西ドイツ行政法において、「Rechtsverletzung」概念は次のように定義されている。すなわち、「権利への違法な打撃が「Rechtsverletzung」である(Nur die rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung ist Rechtsverletzung)」。ここでは違法と権利への打撃とが構成要素となっており、これは、わが国でいう「権利侵害」とは異なっていると思われる。したがって、本稿では以後、「Rechtsverletzung」を「権利毀損」と呼ぶことにする。<sup>(4)</sup>

なお、おおむね、「Betroffensein」は、利益を受けるときにも、損失を被るときにも用いられるのに対し、「Beeinträchtigung」は損失となる場合に用いられるように思う。本稿では、両者を特に区別することなく、ともに「打撃」と訳すことにしたい。

### 3 学説

学説上は、「権利毀損」の現実の存否が本案の問題であるとする点で一致している。<sup>(7)</sup> また、訴訟要件たる原告適格の承認には「権利毀損」の主張で足りる、としているように思う。<sup>(8)</sup> 問題はここでもその具体的内容にある。

- ① V W G O 四二条二項にいう、「権利毀損」の主張という訴訟要件(原告適格)の呼称がかつて様々に分かれていた。つまり、「Rechtsschutzbehauptung」/「Klagerecht」などである。<sup>(9)</sup> 今日では「Klagebefugnis」を用いるのが一般的である。<sup>(10)</sup>
- ② 「権利毀損」の主張がなければ、訴えは却下される。<sup>(11)</sup>
- ③ 原告適格の承認に行政行為の違法の主張が必要か、については争いがある。<sup>(12)</sup>
- ④ 自己の「権利毀損」を主張しなければならず、他人の「権利毀損」を主張する訴えは不許容である。<sup>(13)</sup>
- ⑤ 「権利毀損」の主張の程度

「権利毀損」に関してどの程度の主張でよいのか、について、単なる口頭の・口先だけの主張で足りるとする者もあるが、学説の多くは、原告の「権利毀損」が存在しうると認めるに足りる現実的な (tatsächlich) 主張である、としている。<sup>(15)</sup>

#### ⑥ 保護規範の存否

しかし、最も問題となるのは、おそらく、原告適格の承認にとって、権利、もしくは保護規範の存在が必要か否か、という点であろう。この点を自己の見解としてはっきり必要だ、と述べているのは、筆者の知るかぎり次の二人だけである。まず、一九六五年に、弁護士フロム (G. Fromm) は、権利を有するとの主張で足りるとする判例と、現実にもそういう権利が存在していなければならないとする判例・学説とを紹介し、訴えの許容性に関して中間判決により予め決定する可能性が開けることを理由として後説に優位を与えている。また一九七四年、グラーツ大学教授だったコップ (F. O. Kopp) は、理由づけもなしに、ただ判例を引用するだけで (引用の当否については後に検討する)、原告適格 (Klagebefugnis) が認められるためには保護規範 (Schutznorm) が必要だ、とした。<sup>(17)</sup>

#### 4 判例

ここでは、建築法以外の法分野から若干の判例を紹介・検討する。これにより、建築隣人訴訟関係の判例の位置を明らかにしたいからである (1)(2)。これについて、コップが引用する判例を紹介・検討する。これにより、コップの見解には、少なくとも判例上の根拠の乏しいことを示す (3)。

#### (1) 《可能性説》に立つ判例

ここで紹介する判例の見解は、学説・判例において、《可能性説 (Möglichkeitstheorie)》と呼ばれ、くり返し引用

・参照されているものであり、判例の立場である、とする者もいる。<sup>(18)</sup>

① 一九六三年一〇月三〇日連邦行政裁判所第五部判決(DVBl. 1964, S. 191 f. = DöV 1964, S. 205 = JZ 1964, S. 301)<sup>(19)</sup>

本件の事案は、原告が就労能力五五パーセント低下の重度就労不能証明書の交付を求めたところ、五〇パーセントにとどめられたため、これを争った、というものである。判決は事案を原審に差し戻したが、訴訟要件について、大要次のように言う。

「OVGは、原告が権利毀損を主張しないため、訴えは許されないとする。しかし、これには従えない。VwGO四二条二項によれば、原告が行政行為によるその権利毀損を明らかにするような事実(Sachverhalte)を裁判所の審査に提出するときは、訴えは許されないことにはならない。当該規定によれば、訴えが許されないのはただ、明らかにかつ一義的に、どう考えても原告によって主張されている権利が存在しないか、もしくは原告に帰属し得ないときだけである。原告は各ランクトによって締結された、重度障害者・重度就労不能者のための証明書に関する指針が遵守されていないことを攻撃している。この指針が基本法一九条四項、もしくはVwGO四二条二項、一一三条一項にいう公権を生み出しているかは本件ではそのままにできる。判例によれば、国民は彼のために交付された指針の遵守を、平等原則にもとづいて要求できる。原告は、上述の指針の不遵守による平等原則違反を攻撃しようとしている。そういう申立ては、VwGO四二条二項の要件を完全に満たしている。」(傍点引用者)

② 一九六四年三月二〇日連邦行政裁判所第七部(DVBl. 1964, S. 669 ff. = GE 18, 154)

本件の事案は次のとおり。ヘッセン州政府は独立区画(selbständige Gemarkung)Nを解体し、O部のゲマインデGと合併する決定をした。ゲマインデGとO部は合併に同意していた。独立区画Nの土地所有者が解体決定の取り消しを求めて出訴した。本判決は訴えを認容した第一審判決を支持し、大要次のように述べた。

「訴えの許容性にVwGO四二条二項は対立しない。当裁判所第五部は一九六三年一〇月三〇日判決において、本規定により訴えが許されないのはただ、明らかにかつ一義的に、どう考えても原告によって主張されている権利が存在しないか、もしくは原告に帰属し得ないときだけである、とのべた。これに従う。VwGO四二条二項の要件は次の場合、充ざされてい

る。つまり、ある国民が本件のような境界線変更において、たとえば聴聞や同意という方法で協働することになっており、この協働権の毀損 (Verletzung) を攻撃するとき、もしくは境界変更によって影響を被るゲマインデがこれに対抗するときである。ゲマインデに比肩しうる独立区画の土地所有者も、これと同様に扱われるべきである。というのは、彼らにはゲマインデに課される責務が課されているからである。本件原告が公的な法的地位を持つことに疑いはない。(傍点引用者)

### ③ 一九七三年七月二三日連邦行政裁判所第七部判決 (GE 44, 1)

当初、原告居住のゲマインデには電話局がなかったため、原告は隣のゲマインデの電話局に回線を接続されていた。後日生じた電話需要の増加に対処するため、原告のゲマインデに電話局が設置されることになり、この結果なされた接続変更をめぐって争いが生じた。上級郵便管理局の指示にもとづいて、被告 Y 通信局は、原告らに接続変更計画決定の実施を通知した。原告はこの決定の取り消しを求めて出訴した。判決は大意次のように述べて原告の上告を棄却している。

「変更決定に対する出訴可能性 (Klagemöglichkeit) はない、との Y の見解には従えない。むしろ訴えは許される。」

「VGO 四二条二項にもとづき、訴えが許されるのは、原告が行政行為によってその権利を毀損 (verletzt) されると主張するときである。Y の決定通知は行政行為である。それは具体的事案で、外部効果をもって関係者間の法関係を規律する。それは接続変更を受忍するよう、原告を義務づける。原告はこの規律によってその権利を毀損されると主張する。これにより、原告は VGO 四二条二項という毀損を主張している。訴えが許されないのは、ただ、明らかにかつ一義的に、どう考えても原告によって主張されている権利が存在しないか、もしくは原告に帰属し得ないときだけである。けれども、本件はこうした事案ではない。原告は一九二八年通信制度法八条にもとづき、特定地方局への回線接続を求めることができ、他局への乱暴な変更を受忍する必要はない。この点で、本件は、道路の徴収 (Einzahlung) に際し、「基本法一四条によっても保護される沿道にいる者の道路利用 (Anliegergebrauch) と異なり、基本法二条によってしか保護されない」単なる一般利用 (schlichte Gemeindebrauch) を主張する者が原告となった事案などとは異なっている。これらの事案で、関係者には一義的かつ明らかに権利は帰属しないけれども、本件で原告は通信制度法八条にもとづく権利と、これに結びつく瑕疵のない裁量行使を求める権利を毀損されると主張できる。」(2 f.)

「けれども、訴えには理由がない。」(4)(傍点引用者)

(2) 《可能性説》の一般的性格

以上の判決において、《訴えが許されないのは、ただ、明らかにかつ一義的に、どう考えても原告によって主張されている権利が存在しないか、もしくは原告に帰属し得ないときだけである。》という判断枠組みが採用されている。<sup>21)</sup> 通常、《可能性説》と呼ばれる枠組みである。原告適格の場において、権利(保護規範)の存否の確定を要求していないようにみえる。また、この枠組みは、一見したところ、原告適格の肯定にとってきわめて緩い枠組みであるように思う。実際、いずれの判決においても、原告適格(VWGO四二条二項)が肯定されている。

しかし、この枠組みの具体的な適用は、複雑であり混乱しているようにも思える。判決は原告適格の場面においてもかなり詳しく権利の存否を審査しているからである。

たとえば、②判決は、本案において、「所有権(基本法一四条)毀損」を否定し、また原告の持つ同意権・ゲマインデ同様の公的な法的地位を論じるほかに、さらに加えて、先の引用部分にみられるように、予め原告適格の部分でも、「協働権」とゲマインデに比肩しうる法的地位とについて積極的に述べている。<sup>22)</sup> 判決をもって、「権利の存在を——その主張のみならず——訴訟要件とみなしている」と理解する者さえいるのである。<sup>23)</sup> また、③判決は、原告適格の部分で、「地元電話局への回線接続請求権」と「これに結びつく瑕疵のない裁量行使を求める権利」の存在を指摘し、本案では「同一通信網への存続請求権」を否定している。<sup>24)</sup>

このように、判例は原告適格の肯定判断に緩そうな枠組みを前提にしながらか、すなわち「権利毀損」の主張で足りる、との見解に近そうでありながら、原告適格の場面でも権利の存否をかなり詳しく検討しているのである。<sup>25)</sup>

さてここで、いずれの判決においても、処分名宛人が原告になっていることに注意しなければならない。<sup>26)</sup> 判決の原告も独立区画の解体・合併の当事者であって、合併決定の名宛人とみて間違いあるまい。《可能性説》は名宛人が原告の場合の判断枠組みなのであろうか。<sup>27)</sup> そうだとすると、《可能性説》をもって判例の立場とすることには問題があること

二説になる。いわゆる第三者隣人が原告となる建築隣人訴訟の判例とは比較できないことになる。

ところが近年、第三者訴訟の分類と考えられるいわゆる競争者訴訟においても、《可能性説》をとる判決が登場した。<sup>④</sup>連邦行政裁判所第一部一九八二年三月二三日判決(BVerwGE 65, 167 = DVBl. 1982, S. 692 ff.)がそれである。

本件の事案は、ある衣服小売店(参加人)への閉店時間延長例外許可の取り消しを求めて、近隣商店街の小売店が争った、というものである。なお、参加人小売店のある商店街は、被告市の所有地にあった。さて、原告適格について、判決は大事なようにいう。

「訴訟上の原告適格(Klagebefugnis)への要求は過大であることはできない。判例によれば、V.w.G.O.四、二条、二項によって要求される主観的な困難(subjektive Beschwer)は、次の場合にのみ与えられていない。つまり、申立てを正しいと仮定すると、明らかにかつ一義的に、どう考えても、原告の権利が毀損され得ない場合である。原告は、参加人に与えられた例外許可によって、その法的に保護された競争上の利益を打撃されると主張する。これによれば、原告の権利——とりわけ、基本権——の毀損という可能性は排除されていない。」(692)(傍点引用者)<sup>28)</sup>

文章表現に若干の違いは認められるけれども、本判決の枠組みもまた、《可能性説》とみて間違いあるまい。判決は傍点を賦した部分で、上述の諸判決を引用しているのである。<sup>29)</sup>《可能性説》は、原告適格に関する一般的判断枠組みとしての地位をいっそう占めるに至った、といえよう。<sup>30)</sup>

### (3) コップ引用判例の検討

つぎに、原告適格が認められるためには保護規範が必要だ、と述べるコップが引用していた判例を紹介・検討しよう。<sup>31)</sup>

### ⑤ 連邦行政裁判所第五部一九五五年九月一五日判決(GE 2, 203)<sup>32)</sup>

本件原告は、結核患者救助金の給付を求めている。おそらく扶助団体の支払い拒否決定を争う、取消訴訟か義務づけ訴訟であろう。さて、一九五〇年四月一四日のラインラント・プファルツ行政裁判所法一五条一項によると、原告適格 (Klagebefugnis) は行政庁の命令等により打撃を被った者にだけ与えられることになっていた。

判決はここで打撃概念は係争給付に対し何らの法関係も持っていない原告のような者すべてが出訴できるというほど広くないとし、原告は本件行政行為により打撃を被っていないとした。本判決が原告について給付に対する法関係を否定したのは、まず救助金の目的が患者のためではなく国民の健康のためであること、つぎに申請資格が患者にはなく、ただ保健所係官にのみ認められていたこと、などによる。また、基本権は救助金請求権を直接与えるものではないとも述べているほか、救助金と公的扶助との違いも指摘している。(隔字体原文)

⑥ 連邦行政裁判所第七部一九六三年六月二八日判決 (GE 16, 187)

タクシー増車申請拒否決定の取消訴訟に参加した既存の競業者から、みぎ処分取消判決に対し上告した事件。原審は控訴を退けていた (zurückweisen)。上告棄却。

判決は、連邦憲法裁判所一九六〇年六月八日決定を引用し、本件新規参入阻止の規律は、もっぱら公益目的であるとして、「個々の既存業者の経済的利益が新規参入阻止によって促進されるところで、ただの反射が問題になっているにすぎない。」とし、保険業務範囲の拡大許可をめぐる競業者訴訟に関する先例 (GE 10, 122) を引用して、上告人たる既存業者に原告適格 (Klagebefugnis) は帰属しない、とする。

以上二つの判決は、権利 (法関係) の存否を、判決のいう「原告適格 (Klagebefugnis)」の場面で処理したものと見えよう。しかし、一九六三年、バッホフによれば、行政裁判所の判例は、当初、訴訟要件・本案勝訴要件などを論じにあたり、民事訴訟に関する学説・判例上の諸々の概念(例えば、「Sachlegitimation」/「Schlüssigkeit」)を誤解しながら転用していた、という<sup>(31)</sup>。したがって、みぎの二つの判決がいう「原告適格」が、はたして訴訟要件としてのそれなのか、疑問を述べる余地もありうる<sup>(32)</sup>。

## ⑦連邦行政裁判所第一部一九六七年七月一八日判決（GE 27, 303）

本件原告は、医師国家試験合格以来、精神科医として活動してきた者である。一九六一年に被告医師会が原告に対し一般救急業務への従事を命じた。原告はこの命令を争った。本判決は原判決を破棄し、請求を認容した。

判決は本件命令が個人の権利・自由領域への高権の介入であること、職業上の自治組織として自律的強制権を有する医師会のような立法者の自由は、基本法一二条一項二文にもとづく職業活動の規律において、個々のメンバーに過剰な負担を課し、受忍できない責務を負わせることにまでは及ばないことをまず指摘する。つづけて、基本法二条は国家権力のみならず医師会をも拘束するとし、本条にいう人格の法的保護領域には良心の自由も含まれているという。そして、医師という職業はこの良心の自由が特に重要な職業であり、理由のある良心上の疑問なしには引き受けられない活動に参加することを医師会はメンバーに強制できないとする。

「そこで救急業務への動員が原告に良心上の葛藤をもたらすかが審査される。原告は国家試験合格後二〇年間も精神科医として働いてきたこと、そのため一般的な医学知識には疎遠になったこと、これに対し、救急業務は予測できない多様な患者に対応する。救急業務はできるだけ最高の治療を施さなければならぬ。ここでは生死は初期治療に依存している。

以上から、原告は救急業務にかかわることを純粹に良心上の理由から拒否していることがわかる。これに対して、被告は個々の専門医の良心上の葛藤を配慮するなら、救急業務が実施できなくなることを説明しておらず、また被告はすでに眼科などの医者を一般的救急業務から免除している。」（308f.）

本判決において、少なくとも判例集に示されているかぎり、原告適格と保護規範の存否との関係は不明である。

## ⑧連邦行政裁判所第七部一九六八年八月三〇日判決（GE 30, 191）

原告は栽培農家からぶどうを買収する有限会社である。EC諸国からの輸入に対抗して生産者を保護するため、補助金が給付されることになった。原告は生産者でないことから受給できなかった。原告は参加人たる農協への給付決定の取り消しなどを求めた。原告は訴えを退けた（admissen）。飛躍上告棄却。本判決は許可賦与をめぐる競業者訴訟と、補助金給付を

めぐる訴訟とでは事情が異なるとし、後者では非受給者の生計基盤の國家による破壊可能性があったとした (196f.)。つづけて次のようにいう。

「少なくとも第三者が保護に値する自分の利益が恣意的に無視されたとき主張する時には、彼は取消可能性を持たねばならない (V W G O 四二条二項)。なぜなら、一方のグループの受益は、公の福祉によって要請され、他の者の保護に値する利益が恣意的に無視されていないときにだけ成立するからである (BVerfGE 4, 7)。(195)」「本件において、ぶどう農家との密接な関係と、農協への助成によって農家が原告との取引関係から離れるという原告提示の危険ともつき、原告の保護に値する利益の毀損 (Verletzung) が考えられうる。この点についての原告の主張は、どう考えても明らかに正しくないとはいえない。毀損される権利として (Als verletztes Recht)、基本法二条によって保護される競争自由への侵害 (Eingriff) が問題とならう。なぜなら、人格の発展の自由は憲法に適合した秩序にもとづかない國家權力によって損失的負担を被らな」という基本権的請求権をも含むからである (BVerfGE 9, 83(88))。 (197f.)

判決はけれども理由がないとする。

本判決は、いわゆる競争者訴訟を承認した初めての判決である。<sup>(96)</sup>

なるほど、被毀損権利として考えられる基本法二条の基本権の存在が、判決全体の論理においては、許容性審査において言及されている。コップの見解を支持するようにもみえる。しかし、この言及が「第三者が…主張するときには、彼は取消可能性を持たねばならない (V W G O 四二条二項)」とする脈絡でなされていることと、競争者訴訟において、原告適格を否定した先例があったことに留意すべきであろう。すなわち、原告適格 (V W G O 四二条二項) の承認には、「権利毀損」の主張で足りるとした上で、本件では基本法二条の基本権が、被毀損権利として考えられると述べているにとどまる、と理解することも可能であり、また、先例との関係で、本件のような紛争にあっても、原告適格の承認される理由を特に論じておく必要があった、と考えることもできよう。

⑨ 連邦行政裁判所第四部一九七二年一月七日判決(GE 39, 235)

本件は、運河の水門付近で航行する船舶と種々の取引をしようとした原告が水門付近での営業許容契約の締結を申し込んだところ、被告権限行政庁によって拒否された事案に関するものである。原告は許容の義務づけを求めた。上告棄却。次のようにいう。

「原告によって主張される請求権は原告に帰属しない。なぜなら、公の営造物の利用請求権は一般的に存在しているのではなく、一定条件のもとでのみ、すなわち——本件で考慮されない利用強制の事例を除いて——特別な法規範によって根拠づけられているときにのみ存在する。」(236)連邦水上交通法五条によると誰もが船舶で通行できる。けれども、「原告に直接営業目的での水門施設の利用請求権を与える法規範は存在しない、とりわけ連邦水上交通法にはない。」(237)

その他、原告が考えている類の活動は、営造物の目的に含まれていないこと(237)、無瑕疵裁量請求権は、裁量権限賦与規範が少なくともその個人の利益に役立つように交付されているときのみ与えられる(237 ff.)、などとしている。

判決は権利・請求権の存否を論じている。しかし、その場が訴訟要件・原告適格(VWG O四二条二項)であるのか、不明である。<sup>(38)</sup>

⑩ 連邦行政裁判所第四部一九七二年一〇月二〇日判決(GE 41, 58)

原告は一九五六年以来、水法上の許可(Erlaubnis)を得て、温泉をくみ出している。原告の井戸から一三五〇メートルの地点で参加人がボーリングを開始した。権限行政庁は温泉をくみ出す許可を参加人に与えたのである。原告はこの取り消しを求めた。上告棄却。

判決は、許可の性質を承認(Bewilligung)と比較しつつ説明してから(61)、公法上の隣人訴訟に言及している。そして、水法においても隣人保護は、個別的に保護された私的利益、毀損(Verletzung)の種類、そして直接保護される人々の範囲を十分に明確にし画定するような法規定においてのみ存在するとしている(63)。つづけて原告主張をうけて、許可賦与手続を規律する水法規定が第三者隣人に保護された法的地位を与えていないこと(63)、手続規定の保護作用は規定の保護目的が

聴聞権・協力権の保護自体にあるときに限って認められるとする(86c)。また、承認手続がそうした手続上の保護を与えてい  
るとする手がかりはないとしている(86d)。ただ、許可・承認もしくはその実施によって既存の水利状況が持続的に変化し、隣  
人がそのことにより重大かつ受忍できないように打撃されるとき、基本法一四条一項の隣人保護が登場するとしている(86e)。  
結局、原審が原告の実体的な法的地位への打撃を否定していることを理由に、基本権、個別法にもとづく隣人保護は問題に  
ならないとした(86f.)。

保護規範<sup>99)</sup>の存否を論じる場が、原告適格(VWGO四二条二項)なのか、不明確である。

① 連邦行政裁判所第四部一九七七年二月二五日判決(GE 52, 122)

本判決は、隣人保護規範がないとされながら、いわゆる『配慮原則』にもとづく隣人保護を認めた画期的なものであ  
る。詳細は第四章で紹介・検討する。さて、本件で通常の保護規範は存在しない。したがって、コップがここで引用・  
参照するのは、明らかにおかしなことである。

② 連邦行政裁判所第七部一九七七年七月八日判決(DöV 1978, S.619 ff.)

原告航空業者は、参加人が経営する空港の発着使用料値上げの許可を争った。上告棄却。

判決はまず、本件許可が国家監督権の一手段であり、空港経営者の料金規律の前提を作出する公法上の措置であり、法形  
成的性格を有する形成的行政行為であることを確認する。つづいて、連邦行政裁判所の先例(GE 10, 122(123))を引きつつ、  
原告が権利を毀損(verletzt)されるのは、原告の法的に保護された生活領域が係争行政行為によって打撃を被るときであ  
るとし、この条件は原告が名宛人でないときには、行政行為が依拠する規定のみから引き出されうるとする(BVerwGE 27,  
28(31))。そして、この審査は基本法二条一項を持ち出すことによって無用となることはなく、その理由はいわゆる第三者訴  
訟においては第三者の法的地位への「侵害(Eingriff)」がおよそ存在するかが決定的に重要だからとしている。

また、本件許可の効力については、本件航空交通許容命令四三条の許可は参加人と被告との間の法関係(Rechtsverhältnis)にのみかわり、原告との関係では純粹な事象現象(rein tatsächlicher Vorgang)であるとしている。

保護規範の存否と原告適格(VwGO四二条二項)との関係について、本判決がどう考えているのか、不明である。

\* \* \*

以上紹介した判決のなかで、コップの見解を支持しうると思われるのは、⑤一九五五年判決、⑥一九六三年判決、⑧一九六八年判決である。しかし、⑤判決は、一九六〇年制定にかかるVwGO以前における、ラントの行政裁判所法に関する事例であって、すでに指摘したように、ここでは訴訟要件と本案勝訴要件とは分離されていなかった。それゆえ、⑤判決にいう「原告適格」を訴訟要件としてのそれと理解するのは適当ではないように思う。ほかの二つは、いずれも競業者訴訟に関する事例である。ここにおいては、競争の自由が前提にあるため、たんなる競業者は、他人に与えられた行政決定や補助金交付決定をそもそも争えるのか、が疑問になり得た紛争類型である。全体として、コップの見解には判例上の根拠が乏しいという疑問があるように思う。

#### (4) まとめ

以上の検討によって、西ドイツの判例上、①原告適格の存否を判断する一般的枠組みとして、《可能性説》が採用されていることが明らかになったように思う。また、コップの主張と異なり、以下にみるように、西ドイツの判例において、②保護規範が現実存在しているかの判断は本案の問題である、とされているように思う。<sup>14)</sup>

ここで、みぎの①②を明言する近時の建築法関連判決を紹介する。⑬連邦行政裁判所第四部一九八三年二月九日判決(NJW 1984, S. 1474 f.)である。次のようにいう。

「訴えはけれども許される。なぜなら、原告はVwGO四二条二項にもとづいて、当該建築許可により自己の権利を毀損される、と主張しているからである。これは、明らかにかつ一義的にどう考えてもあり得ない」ように思えない。原告が自己の権利を毀損されるか、とりわけ原告がその侵犯を攻撃している規定が第三者保護機能を持つかは、本件では、ただ訴えの理由づけの問題である。」(1474)(傍点引用者)<sup>(14)</sup>

他方、次の二点で留保が必要であろう。ひとつは、おもに原発訴訟においてであるが、原告適格の承認に必要な説明義務(Darlegungspflichten)の程度が高められる傾向にあることに注意しなければならない。端著となった、<sup>(15)</sup>連邦行政裁判所第七部一九八〇年二月二日判決(BVerwGE 61, 256 = DVBl. 1981, S. 405 ff. = NJW 1981, S. 1393 ff.)を紹介しよう。

事案は、原子力発電所シュターデ(Stade)に与えられた継続的営業を認める第七部分営業許可の取り消しを、発電所から二五キロ離れた地点にいる住民が求めたものである。原告は、たとえ立地点から二五キロ離れていても、原発の影響を被り、その危険に潜在的に脅かされると主張でき、これは明らかにあり得ないことはいえない、と原判決は考え、訴えの許容性を認めていた。本判決は、詳細に論点を論じているが、ここでは原告適格を否定した冒頭の結論部分だけを紹介することにどめたい。大要次のようにいう。

「原判決はVwGO四二条二項に反している。つまり、係争第七部分営業許可によって自己の法的に保護された地位を打撃される、と原告が主張できるとする、十分に理由づけられた申立て(hinreichend substantiiertes Klagevorbringen)がないからである。」(261 f.)

「原告はまず平常運転からの危険を争う。原判決は、原告適格の承認に必要な説明にあまりにわずかな条件しか課していない。つまり、原告の要求を支える規範は何かを問うていないのである。原判決は、二五キロ離れていても原発からの影響を被ると原告が主張するとき、原告は明らかにあり得ないことを主張しているのではない、と考えた。しかし、VwGO四二条二項はたんなる打撃ではなく、自己の権利毀損の主張を前提にしている。権利毀損は、原告の要求を支えるその時々保護規範によってのみ答えられる。原告の本件申立てがVwGO四二条二項を充すのは、原発から生じるすべての電離放射

線から保護されるという権利が原告に帰属するか、もしくは帰属しうる場合だけである。そういう権利は法秩序に照らして明らかに存在しない。」(282)

もうひとつは、みぎの点とも密接に関連するが、《可能性説》において、原告によってその毀損を主張される権利が、《一義的かつ明らかに存在しないか、もしくは原告に帰属しない》とされる場合が、残されていることである。たとえば、《可能性説》をとる判例として紹介した、⑧一九七三年判決は、次のように述べていた。つまり、「本件は、道路の徴収に際し、「基本法一四条によっても保護される沿道にいる者の道路利用と異なり、基本法二条によってしか保護されない」単なる一般利用を主張するものが原告となった事案などとは異なっている。これらの事案で、関係者には一義的かつ明らかに権利は帰属しない」というのである。みぎに紹介したシュターデ原発に関する⑨連邦行政裁判所判決も、「原発から生じるすべての電離放射線から保護されるという権利は法秩序に照らして明らかに存在しない」と述べている。<sup>(5)</sup>

このように、事案に応じ、また時代の法観念に応じて、「明らかに存在しない」とみなされる「権利」の毀損を原告が主張する場合には、原告適格(VWG O四二条二項)は承認されないのである。

さて、本稿では、「権利論」に注目しつつ、保護規範(権利)の存否と原告適格(VWG O四二条二項)との関係に対する判例の態度も、建築隣人訴訟を素材に、次節で詳しく紹介・検討することにしてしよう。

(1) Vgl. W.-R. Schenke, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, NuR 1983, S. 81 ff. (81 mit Fn. 1).

(2) 参照 VWG O七九条一項、二項。

(3) G. Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 8. Aufl., 1986, Rd. 228; vgl. auch O. Tschira/W.

Schmidt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., 1985, S. 83 f.(a)); B. Bender/R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rd. 64(S. 31)(“verletzt” (i. S. von rechtswidrig beeinträchtigt bzw. betroffen)); K. A. Bettermann, „Gewerberechtliche Nachbarklage?“, NJW 1961, S. 1097 (打撃 (Betroffenheit)に毀損 (Verletzung)は同じではない。適法な行政行為と職務行政行為によつても…打撃 (betroffen) されるが、毀損 (verletzt) されるのは、適法な行政行為と職務行政行為によつてだけである。); ders., „Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess“, in: H. R. Kütz/R. Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, 1963, S. 449 ff.(452); ders., Die Beschwer als Klagevoraussetzung, 1970, S. 20(Verletzung des Klägers in seinen Rechten identisch ist mit der rechtswidrigen Beeinträchtigung seiner Rechte); H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 116(bb)(Rechtverletzung nur dann vorliegt, wenn der in die Rechte des Betroffenen eingreifende VA rechtswidrig ist); H.-U. Erichsen, „Zur Regelung der Klagebefugnis in § 42 Abs. 2 VwGO“, VerwArch. 1973, S. 319 ff.(322)(Rechtsverletzung, d.h. eine rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung); W. Dörffler, „Verwaltungsakte mit Drittwirkung“, NJW 1963, S. 14 ff.(17)(verletzt, d.h. rechtswidrig betroffen); W. Skouris, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß, 1979, S. 10(… Recht wird verletzt, wenn es in rechtswidriger Weise beeinträchtigt wird); E. Eyer mann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 1. Aufl., 1960, Rd. 91 zu § 42; 8. Aufl., 1980, Rd. 90 zu § 42(参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(一九八三年)一六七頁注(45)); O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. 1, 1963, S. 202; Bd. 2, 1967, S. 225 f. なお、「権利への適法な打撃はない (keine rechtmäßige Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts)」として、権利への打撃 + 適法 = 『権利毀損』という方程式に反対する者がある。Vgl. J. Schwabe, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., 1984, S. 27; ders., DVBl. 1984, S. 140(141 Fn. 9)。

(4) 参照、小早川・前掲書注(3)九頁、および一〇頁以下注(13)。

(5) Vgl. Laubinger, aaO(Fn. 3), S. 91.

(6) Vgl. Bettermann, „Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung, Nach österreichischem und deutschem Recht“, in: H. W. Fasching/W. Kralik(Hrsg.), Festschrift für H. Schima, 1969, S. 71(81)(nachteilige Betroffenheit ist gleichbedeutend mit Beeinträchtigung oder Beschwer)。

- (7) Tschira/Schmidt-Glaeser, aaO(Fn.3), S. 83; Schwerdfeger, aaO(Fn. 3), Rd. 228 mit Fn. 17; F. O. Kopp, Verwaltunggerichtsordnung, 5. Aufl., 1981, Rd. 37 zu § 42; Eyermann/Fröhler, Verwaltunggerichtsordnung, 1. Aufl., 1960, Rd. 88 zu § 42; Ch.-F. Menger, System des Verwaltungsrechtsschutz, 1954, S.116; Bachof, „Nachwort“, AöR 1963, S. 424 ff.(427f.); K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl., 1987, S. 156. なお参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年)一四八頁注(一)(〈「訴え」の通説は「[実体的]原告資格は権利侵害を現実に乗じた者に認め、これを訴の理由(勝訴事件)に属するとする」〉、小早川・前掲書注(3)一五頁。
- (8) Vgl. Erichsen, aaO(Fn.3), S. 322. なお、小早川・前掲書注(3)一一七頁に紹介されている連邦行政裁判所の判決(〈権利を毀損されたことの主張がなされている。この他、さらに基本権をも毀損されたこと主張している以上、訴えは適法である〉)を参照せよ。
- (9) K. Redeker/H.-J. von Oertzen, Verwaltunggerichtsordnung, 7. Aufl., 1981, Rd. 14 zu § 42; Heinrich Hoffmann, „Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß“, VerwArch. 1962, S. 297 ff.(300, 302 ff.)(名概念の説明もしている)。
- (10) 参照、小早川・前掲書注(3)一九頁(ただし「出訴資格」の訳語をあてている)° Vgl. Bender/Dohle, aaO(Fn. 3), Rd. 64; N. Achterberg, „Die Klagebefugnis—eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung?“, DVBl. 1981, S. 278 ff.; Schenke, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, 1982, Rdn. 150 f.; vgl. auch Hoffmann, aaO(Fn.9), S. 300 Fn.12; Stern, „Sachlegitimation, Prozeßführungsbefugnis und Beiladung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts“, in: W. Weber/C. H. Ule/O. Bachof(Hrsg.), Rechtsschutz im Sozialrecht, 1965, S. 223 ff.(233 mit Fn. 49)(herrschende Terminologie)。
- (11) Vgl. Redeker/von Oertzen, aaO (Fn.9), Rd. 14 zu § 42; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 27. 1. 1960, GE 10, 122(123) (〈原告資格は権利毀損を主張する者に与えられるのであり、権利を有すると言っただけでは足らぬ〉)。
- (12) 不該したる者(Tschira/Schmidt-Glaeser, aaO (Fn.3), S. 83f.; Eyermann/Fröhler, Verwaltunggerichtsordnung, 1. Aufl., 1960, Rd. 91) 不該したる者(Redeker/von Oertzen, aaO (Fn. 3), Rd. 15 zu § 42)°
- (13) Vgl. K. Obermayer, „Die verwaltungsgerichtlichen Klagen“, BayVBl. 1960, S. 208(211(3)); R. Steinberg, Das Nachbarrecht der öffentlichen Anlagen, 1988, S. 213 (Rd. 294)。

(17) Betermann, „Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Aufhebungsprozess“, in: Kütz/Naumann(Hrsg.), aAO (Fn. 3), S. 469 ff. (ただし「ベターマン」は「Beschwerer」の存在や黙殺については(S. 460 ff., 467, 474; vgl. auch ders., Die Beschwer als Klagevoraussetzung, 1970, S. 20 f.)「ベターマン」の主張を以てて「黙殺」を以て「Beschwerer」の「黙殺」と認められる。ただし「ベターマン」は「Beschwerer」は「損失的影響(nachteilige Betroffenheit)」を以て「打撃(Beeinträchtigung)」を以て「ders., aAO(Fn. 6), S. 81)」「ベターマン」に原則的に賛成する。Lau-binger, aAO (Fn. 3), S. 119 f. 246 ff.)

(18) Vgl. Tschira/Schmid-Glaeser, aAO(Fn. 3), S. 85 mit Fn. 22(《可能性説(Möglichkeitstheorie)》); Stern, aAO (Fn. 7), S. 154; vgl. auch Schwerdfeger, aAO (Fn. 3), Rd. 231 (S. 82).

「17」で「係争行政行為の違法を仮定した場合」に「当該行政行為が原告の権利を毀損している」との推論を導き出すような事実を含んだ陳述を原告適格の承認に必要だと考えられる。いわゆる《合理性説(Schlüssigkeitstheorie)》は通常仮定されたところから「(vgl. R. Scholz, „Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte“, WiR 1972, S. 35 ff. (51)(職権探知に反する「権利毀損」を「権利喪失」に改訂する)»; Tschira/Schmid-Glaeser, aAO(Fn. 3), S. 84 f. (51)(職権探知に反する「権利毀損」を「権利喪失」に改訂する)》は「打撃」についてのみこれを要求し、違法性は仮定するにすぎないけれども「こうした態度は違法性について主張を要求するVWO四二条二項の明文に反する」。VWO八八条二項の職権探知原則に矛盾する。裁判所は考察の焦点を本案に集中すべきである。); vgl. auch Betermann, Die Beschwer als Klagevoraussetzung, 1970, S. 21 mit Fn. 31)°D. Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, 1979, S. 111 ff. 114「原告が訴えたい自分の権利を追求することをしようとするのがわかれば、それだけで十分との見解を示している。けれども、小早川・前掲書注(6)三二頁注(69)一九頁は《合理性説》を「推論可能性説(Schlüssigkeitstheorie)」と呼び、これを「多数説」と位置付けている。なお、原告の説明義務の程度を高める近年の判例傾向については、参照「本文後述」(4)「まよめる」。

(16) Fromm, aAO (Fn. 14), S. 31 Fn. 29.

(17) かつ「17」は「Verwaltungsgerichtsordnung, 1. Aufl. (以下「版数」(Auflage)として用)、S. 96, 98 や 3. Aufl., S. 148 には、保護規範の存在の問題は原告適格にならざるべきである」として「BVerwGE 7, 91 や、理由づけられた主張で

足りるとしたGE 28, 132; NJW 1976, S. 227 ff. (227f.)をひくのみで、自身は沈黙していた。ところが、4. Aufl., Rd. 117 zu § 42において、保護規範が現実存在するかの問題は許容性審査において、そのまましておくことはできないと断言するに至った。しかも、これが通説(引用なし)であるとして、多くの判例も引いている(本文でも述べたように、引用されている判例については後に検討する)。その後、7. Aufl., Rd. 50 zu § 42において、保護規範があるかの問題は訴えの許容性審査の重要部分として原則として訴えに理由がならざるときでも、そのまましておくことはできず、<sup>21)</sup>と述べている。許容性審査の後、本案が審査されるとの、形式論理を強く意識しているわけである。けれども、訴訟要件たる原告適格の存否判断において、原告の権利を基礎づける保護規範の探究が実効性ある権利保護にとつて障害となつてゐることを、ハンザウ大学教授となつた他ならぬロップ自身も、近年指摘してゐる(Kopp, „Welchen Anforderungen soll eine einheitlichen Verwaltungsprozeßordnung genügen, um im Rahmen einer funktionfähigen Rechtspflege effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten?“, 54 DJT, 1982, B. 74)。

なお、一九六八年の時点で、多くの学説を引用して(引用の当否については本稿では論じない)、<sup>22)</sup>「われまでには一致した見解によれば、すべての隣人訴訟において、原告適格(Klagebefugnis)の探究に際し、それゆゑ許容性審査に際して、原告がその侵犯を主張する規範にもとづき、第三者におよそ権利が帰属しているか、その規範は隣人保護的性格を持つか、それは隣人の権利を基礎づけるか…が確定されるべきである」とする者がある(H. Weber, Jus 1968, S. 243(Rechtsprechungsübersicht))。もちろん、この論者もまた、一九六九年には、「侵犯されたと攻撃されている規範が、現実に隣人保護的性格を持つことは、訴の許容性の要件なのか、それとも理由づけの要件なのかとらう——実務上特別な意味のない——問題」(傍註引用者)を、<sup>23)</sup> Webers (Weber, Jus 1969, S. 593(Rechtsprechungsübersicht))。

(21) Vgl. Erichsen, aaO(Fn.3), S. 320 f.; Tschira/Schmid-Glaeser, aaO(Fn.3), S.85 Fn. 22; R. Breuer, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, DVBl. 1983, S. 431(439 Fn. 87); P. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, 56 DJT, 1986, C. 19 Fn. 45; vgl. auch Schwerdtfeger, „Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht“, NVwZ 1982, S. 5 ff. (6 mit Fn. 4)。

(22) Vgl. G. Winters, „Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht“, NJW 1979, S. 393 (394); vgl. auch Schwerdtfeger, aaO (Fn. 3), Rd. 226 mit Fn. 15 (S. 80)。

(23) 以下の判例紹介において、判例集などの頁数は引用しない。比較的長いものについては、本文引用文中に、該当する頁

数(アラビア数字)を入れるにとどめる。

(21) 本稿で紹介・検討した判決のほか、連邦行政裁判所第五部一九七〇年一月二八日判決(GE 36, 192(199 f.)) (公務員が給与表ランクの引き上げを求めた事件)がこの枠組みをとる。

(22) さきに引用した部分につづけて判決は大意以下のようにもべている。つまり、「訴えには理由もある。なるほど、基本法一四条違反の主張は認められ難い。けれども、係争決定の形式が間違っている。原告はその法的地位を理由にゲームンデと同様に扱われねばならず、それゆえ合併決定は原告が同意したときにのみなし得た。しかし、同意は与えられておらず、したがって法律による必要があった。」(DVBl. 1964, S. 670)

(23) Fromm, aAO(Fn. 14), S. 91 Fn. 29.

(24) さきの引用部分につづけて、判決は大意次のようにいっている。つまり、「なるほど、通信制度法八条によると、土地所有者はすべて、居住するゲームンデの地方通信網(Ostnetz)への回線の接続を求める権利を持っている。しかし、本件においては、原告が接続の継続を求めている局は、原告が居住するゲームンデの局ではない。同じ通信網に居続けるのを求める権利はない。本件で基準となる一九三九年電話命令(Fernsprechordnung)一〇条も接続変更を排除しておらず、また変更決定に厳格な要件を課しているのではない。むしろYは電話需要の増大を考慮する上フレキシブルでなければならぬ。」(GE 44, 4)

(25) Vgl. Stern, aO (Fn. 10), S. 232 f. (〈きわめて弱められた「Schlüssigkeit」説を支持したが、これは「くわずかに理由づけられた(substantiiertenden)口先主張説(Verbalbehauptungstheorie)とむしろ相当してはる?〉); vgl. auch ders., aAO (Fn. 7), S. 154 mit Fn. 12.

(26) 原告適格の判断にこいて、判例実務は統一的でなくとする者がある。Vgl. Winters, aO (Fn. 19), S. 394 Fn. 9.

(27) シュンスター大学教授アハターベルク(Acherberg, aO(Fn. 10), S. 278)は「判例上、名宛人には原則として原告適格を認めるにわゆる名宛人説が《可能性説》を凌駕してはる」とす(vgl. auch W.-R. Schenke, „Das Grundrecht des Art. 21 GG“, Jus 1987, L 65 ff. (68 mit Fn. 14) (名宛人説は基本法二条一項の帰結))。その通りなのであろう。おそらく、判例は、権利利益への打撃の存在が一般に明らかな負担的行政行為の名宛人が原告の場合には、通常なんらの説明もなしに原告適格を承認し、原告主張にかかる権利の存否が争点となる例外的な場合に、ときおり《可能性説》の枠組みで説明がなされる、という状況なのではないか、と推測される。ここでは、例外的な場合に採用された《可能性説》こそ、判例の基本的立場であるように思われる。なお参照：後注(44)引用の連邦憲法裁判所第一部決定の説示。

- (28) 単なる競争機会は基本法一四条によつて保護されつゝなかつたことを本案で処理してゐる(694)。
- (29) 本文で紹介した①②判決のほかは、BVerwGE 36,192(199 f.)(参照、前注21)を引用してゐる。
- (30) Vgl. W. Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rd. 159(「V a W G O 四二条二項の学習(Arbeit)に用ひる」の公式[《可能性説》を知ること十分である。】); Steinberg, aaO(Fn.13), S. 212 (Rd. 293)「支配的な可能性説(herrschenden Möglichkeitstheorie)»; vgl. auch Obermayer, aaO(Fn.13), S. 211(「行政行為によつて権利を毀損せしむる」が「もつと可能だ(möglich)と思ふなければならない。」)(「この論文は、V W G O の制定された一九六〇年に発表されてゐる)。そのほか《可能性説》をめぐつてを明言・示唆する連邦行政裁判所第四部判決で、本稿筆者の参照できたものに次の判決がある。BVerwG, Urt. v. 11. 5. 1989, NVwZ 1989, S. 163 ff.(1163 f.)《原子力法上の隣人訴訟》; BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1989, NVwZ 1989, S. 1157 ff.(1157 f.)《鉱業法上の隣人訴訟》。
- (31) 以下で紹介する判例は、Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., Rd. 117 zu § 42 に引かれてゐるものとすべし。4. Aufl.以前に上つたものにのみかかわり、4. Aufl.では落とされ、5. Aufl.で追加されたものひとつを加えたものでもよい。なお、5. Aufl.で引用されてゐる判例の数は、4. Aufl.のおよそ倍になつてゐる。
- (32) かつても、判例紹介において、判例集などの頁数は引用しなす。比較的長いものについてだけ、本文引用文中に、該当する頁数(アラビア数字)を入れることとする。なお、本判決につき、参照、原田・前掲書注(7)三九頁。
- (33) Vgl. Bachof, aaO(Fn.7), S. 426.
- (34) Vgl. auch G. Lütke, „Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess“, AöR 1959, S. 185 ff.(209 mit Fn. 80, 81, 82); また、ニッホフは一九六七年には、原告適格(Klagebefugnis)が欠けてゐるとき、訴えは不適法(unzulässig)なるが理由がなす(unbegründet)のかを判例で述べつゝなす、その指摘によつてBachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. 2, 1967, S. 224)。判例の態度が不明確な理由は、もちろんは、そのころののであるが、おそれなくこの種の問題が原告の主張する利益は権利か、という問題などに比べて価値のないものとされたからではないか、と思われる。判例によるこつした評価は、公法上の建築隣人訴訟において、隣人保護規範のないとき、訴えは不適法なのか、それとも理由がないのかは、その実務上の意義において、特別な意味のない対立だ、とした、連邦行政裁判所第四部裁判官(現長官)ゼントラーの一九七〇年の論文からも窺われることである(H. Sandler, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil I – Nachbarschutz im Planbereich“, BauR 1970, S. 4 ff.(5 mit Fn. 11); vgl. auch Weber, Jus

1969, S. 593(参照、前注(17))。J. Kühling, Fachplanungsrecht, 1988, Rd. 391)。

(35) 判決の棄却理由は、連邦共和国が介入したのはワインの生産と貯蔵についてだけであって売買ではなく、農家が今後どう対応するかは原告ら商人の才覚によっており、受忍できない程度を越えて原告の競争の自由を制約していないこと(198)。<sup>6</sup>また、経済上の機会均等(wirtschaftliche Chancengleichheit)だけが除去されるかもしれないというに過ぎないから、基本法一四条も問題にならないこと(199)である。

(36) 本判決の原告適格存否判断基準は、原告が保護に値する自己の利益の恣意的な無視の主張の必要であり、原告と補助金受給者との間の競争状況、つまり密接な関係が重要である<sup>7</sup>と理解するものがある(J. Schwartze, „Subventionen im Gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten“, in: P. Selmer/I. von Münch(Hrsg.), Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, S. 819(838))。また、本判決を批判する者が、Scholz, aaO(Fn. 15), S. 52)。<sup>8</sup>その理由は、判決の立論では、すべての客観法違反を自己の「権利毀損」として主張できることにならなければならない。

(37) 参照、後注(40)。

(38) なお参照、後注(45)。

(39) 保護規範性を判断する基準として、本稿でも後で論じるいわゆる《画定可能説》を採用していること、基本権訴訟を語るべきことに留意されたい。

(40) 詳細は将来の検討に譲るけれども、いわゆる競業者訴訟においても、今日の判例は原告適格において権利の存否を判断することはなく、おおまかにいって、「権利毀損」の主張で足りるとしているように思う。なるほど、かつて私人間の競業者訴訟が、原告に法的に保護された法的地位のないことを理由として不許容(unzulässig)とされたことがあった(BVerwG, Urt. v. 28. 1. 1960, GE 10, 122 = MDR 1960, S. 523(保険業務範囲の拡大許可をめぐる競業者訴訟))。しかし、その後判例は見解を改め、競業者訴訟一般を承認して今日に至っているところ(vgl. BVerwG, Urt. v. 30. 8. 1968, GE 30, 191(資金交付行政をめぐる競業者訴訟)。コップ引用判例の紹介で言及した<sup>9</sup>判決である)。Urt. v. 23. 3. 1982, DBVl. 1982, S. 692 ff. = GE 65, 167(閉店時間延長の例外許可をめぐる競業者訴訟)。《可能性説》の一般的性格を論じたところで紹介した<sup>10</sup>判決である)。

(41) Vgl. auch Obermayer, aaO(Fn. 13), S. 211(「原告は係争行政行為によって自己の権利を毀損されると主張しなければならぬ」(VWG O四二条二項))。「主張される」被毀損権利がおよそ存在するか、当該事件で原告にも帰属するかは重要

でない。これらの問題は訴えの理由づけにおいて初めて審査される。」(この論文は、VwGOの制定された一九六〇年に発せられたものである)。

(42) 本判決を引用しながらも「原告がその違反を主張している規定が第三者保護機能を持たないとき、原告隣人は原告適格を持たない。これは訴えの許容性の問題である。」としてなお判例に反対する者がある(Steinberg, in: Meyer/Stollens (Hrsg.), Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 303 mit Fn.194)。当然のことはあるが、学説からだけでは西ドイツ行政法の現状現用してゐる法の中核は、判例法であるとは分からなう、といえよう。

(43) Vgl. J. Ipsen, „Die Genehmigung technischer Großanlagen, Rechtliche Regelung und neuere Judikatur, AöR 1981, S. 259 ff. (289 mit Fn. 162, 163, 164; Stern, aO, (Fn. 7), S. 155 mit Fn. 13 und S. 157 mit Fn. 33; 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』(一九八二年)六三三頁以下、六四六頁(『行政争訟の理論』(一九八六年)所収)。

(44) 本判決に対し憲法抗告(Verfassungsbeschwerde)がなされた。連邦憲法裁判所第二部一九八二年一〇月五日決定(NVwZ 1983, S. 28; vgl. C. Trzaskalik, „Die Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht“, JZ 1983, S. 415 ff. (415 mit Fn. 2); E. Schmidt-Albmann, „Art. 19 IV GG als Teil des Rechtsstaatsprinzips“, NVwZ 1983, S. 1 ff. (3 Fn.32))は、「第三者の打撃(Drittbetroffenheit)、が問題となる事件で、打撃の明らかな行政措置の名宛人の場合以上に詳しく、なぜ、当該措置が原告第三者の権利を毀損するかを説明するように要求するのは、事物の本性に反せず、また受忍できないことでもない。なぜなら、そういう事件では、権利毀損の発生を直ちに認識できないからである。このことは本件のような大量手続にとりわけ当てはまり、基本法一九条四項に示されている個人の権利保護という原則を考慮すれば、ある原告になぜ、当該措置が彼の権利を打撃するかを理由を賦して説明するように求めることは、適切なことである。」(傍点原文イタリック)として、勝訴の見込みのないことを理由に、抗告の受理を拒否している。

また、原子炉事故による健康被害の主張が問題になった事件において、本文で紹介した第七部①一九八〇年判決と同趣旨を述べる同法廷判決として、BVerwG, Urt. v. 11. 1. 1985, GE 70, 365(386 ff.) = NVwZ 1985, S. 341 ff. がある。ただし、原告適格自体は承認している。さらに、連邦インシジョン防止法にかかるとアン染料工場への許可が、四五キロ離れた住民によって争われた事件で、原判決は『可能性説』を用い、有害物質拡散範囲の広大さの指摘だけで原告適格を承認したのに対し、それだけでは原告適格承認に必要な説明としてあまりにわずかであるとした、同法廷判決もある(BVerwG, Urt. v. 22.

10. 1982, DVBl. 1983, S. 183 f. (184))。しかし、原告が爆発の危険を主張していること、この点に関する判断資料を企業が企業秘密として公開しないことを理由に、この判決もまた原告適格自体は承認している。また、VwGO 四二条二項によって原告に課された理由づけ責任 (Substantiierungslast) を語る (aaO, S. 184)。いずれも判例の射程を検討する素材となろう。こうした傾向に対する下級審の態度の一端を示すものとして、OVG Lüneburg, Beschl. v. 12. 6. 1987, DVBl. 1987, S. 1019 ff. が参考になろう。学説上、「この展開が他の法領域にも及ぶかは、まだ分らない。」と評する者がある (vgl. Stern, aaO (Fn. 7), S. 135)。なお、原子力法上の隣人訴訟において、《可能性説》の枠組みをとる近年の判決がある。Vgl. BVerwG, Urt. v. 11. 5. 1989, aaO (Fn. 30)。

(45) さきにコップの主張を検証するところで紹介した、運河の水門付近における営業許合契約の拒否が争われた、④一九七二年判決もこの趣旨を述べたもの、それゆえ原告適格を否定したものと理解する余地がある。

## 第二節 隣人訴訟をめぐる判例の検討

## 第一款 保護規範説にもとづく判例の検討

ここではまず、ラント建築法に関する比較的初期の関連判例を紹介する。<sup>(1)</sup> 建築隣人訴訟は、この領域から登場してきたからである。<sup>(2)</sup> また、早くから判例が採用していた、建築規定の隣人保護的性格を判断する枠組みを示したためである(以上、一)。次に、連邦建築法に関する判例を検討する。まず完全Bプランの指定(Einstellung)をめぐる判例を紹介する。つづいて完全Bプランに密接に関連している建築利用令一五条一項と、Bプランの指定からの免除(Dispens)を規律している連邦建設法三二条二項に関する判例を紹介する。さまざまな建築規定を比較することにより、隣人保護的性格判断の枠組みを確認する(以上、二)。以上の分析のまとめと若干の検討は、次号で行なう(三)。以上のほか、建築許可の根拠規定が、連邦建設法上、法三四条・三五条の二つに区分されていることから、これらふたつの規定ごとに関連判例を取り上げる。ここでの隣人保護的性格判断の枠組みは、ラント建築法や、完全Bプランの指定に関する判例の判断枠組みと同じか違うか、が課題となる。ここでも若干の検討を行なう(以上、四)。なお、本款で紹介する判例に付した番号は、本款での通し番号である。

(一) 判例については、おもに次の文献に引用されているものを参照した。Hans Peters, „Der Dritte im Baurecht“, DöV 1965, S. 744 ff. (748); K. H. Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgewerrechtlichen Rechtsprechung“, Jura 1969, S. 3 ff.; A. H. Grundel, „Der Nachbarschutz im Bauordnungsrecht“, NJW 1970, S. 833 ff.; B. Bender/R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rdn. 244 ff.

(二) Vgl. Friauf, aO(Fn.1), S. 652; H. Sandler, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil I—Nachbarschutz

## 一 ラント建築法

ラントの建築法はいわゆる単体規定を中心とした建築技術規定の法である。建築法の立法権限は各ラントに属するため、ラントごとで規律対象に違いもあるが、基本的には同様のものであるように思う。さて、建築法上、土地境界線(Grundstücksgrenzen)から一定の間隔(Abstand)を保っていなければ建築物を設置できないとき、この間隔のことを側面後退距離(Bauwisch)という。<sup>(2)</sup>この規定は、判例上、ほぼ一致して隣人保護的性格を認められ、<sup>(3)</sup>隣人保護的性格を判断する典型的基準がここに示されている。ラント建築法上の多くの規定から、特にこれを取り上げるのはそのためである。

ところで、建築様式の一つとして、必要に応じてBプランにより指定される開放型と閉鎖型の建築様式がある。<sup>(4)</sup>ある裁判例は、この建築様式の違いに応じて、側面後退距離規定の隣人保護的性格の判断を分けている。隣人保護的性格を認めるものと、建築様式の違いに応じてこれを否定する裁判例とを比較することにより、建築法規定の隣人保護性判断基準がいつそう明らかになることを期待している。

### 1 側面後退距離の関連判例

#### ① リューネブルク上級行政裁判所第一部一九六二年三月二二日判決(DVBl. 1962, S. 418 ff.)

本判決は、側面後退距離の隣人保護的性格を理由を付して、一定の場合に承認したものである。まずはじめに、判決は、

公法上の建築隣人訴訟が許されること、原告適格が承認されるには「権利毀損」の主張で足りることを説示している。<sup>(5)</sup>

本件の事案は、土地境界線上の建築に反対していた原告が、それにもかかわらず与えられた建築許可の取り消しと、許可なしに設置された多用途建築物の除去を求めて争った、というものである。大要次のようにいう。

「建築許可が、隣人をも保護するべく規定され、それゆえ、隣人にその維持を求める公権を与えているような建築規定からの違法な免除(Dispens)にもとづく場合や、必要な免除のない場合には、隣人土地所有者からの建築許可取消訴訟を認めるのが当法廷の判例である。」

「本件取消訴訟は、必要な免除のない違法な建築許可の賦与により、権利が毀損されていると原告が主張しているから、許容される(zulässig)。(418)(傍点引用者)」

次に、本件側面後退距離規定の性格に関して、「それは、公益だけでなく、隣人の保護にも役立つように規定されているから、隣人とその維持を求める公権を与えている。」(419)として、大要次のように述べる。

「都市の(städtisch)建築法にとって、側面後退距離は、自由な採光(freier Sonnenbeichtung)、通風(Luftzufuhr)、見晴(sicht)(Freiem Ausblick)と、た需要にも役立つように規定されることができ、それゆえ建築的利用可能のひとことみなされる。」

「側面後退距離を特定の建築地域の建築利用の密度の表現と考えるならば、関係する土地所有者の法的運命共同体(rechtliche Schicksalsgemeinschaft)への整序が、この規律の中に見い出される。それは関係土地所有者に一定の間隔の維持という犠牲(Opfer)を要求するもの、他方、隣人によるその維持は土地所有者にとって利益(zu seinen Gunsten)ともなる。」(419)(傍点引用者)

本判決は、「都市の建築法にとって」との留保付きながら、側面後退距離規定によって関係土地所有者の間に「犠牲」と「利益」の《交換関係》から成る《法的運命共同体》が根拠づけられていることを指摘している。<sup>(6)</sup>これこそ本判決

が側面後退距離規定に隣人保護的性格を認めた決め手であろう。この《交換関係》・《法的運命共同体》といった思考方は、戦後、上級審レベルで初めて公法上の建築隣人訴訟を承認した、一九五二年二月二十九日のベルリン上級行政裁判所判決にも見られたものであった。

②ベルリン上級行政裁判所第二部一九六八年九月二〇日判決(NJW 1969, S. 342 f.)

判決はまず、訴訟要件たる原告適格の承認について、「権利毀損」の主張で足りるとしつつ、あわせてみぎ主張の態様についても一般論を展開している。

本件の事案は、開放型建築様式地域において、少なくとも、四メートルの側面後退距離を維持しなければならないところ(一九五八年ベルリン建築法八条一三号)、建築監督庁(Baufaufsichtsbehörde)がライヒ車庫法(Reichsgaragenordnung)にもとづいて、隣人の反対にもかかわらず、側面後退距離の中にガレージ(Kleingarage)の建設を許可した、というものである。大略次のようにいう。

「公法上の建築隣人訴訟の許容性は、V, w, G, O以後、原告が行政行為により、その権利を毀損されていると主張することにのみ依存している(V, w, G, O四二条二項)。もとより、この主張は単なる主張(blo ße Behauptung)では足りないけれども、自称(angeblich)自己の権利が建築許可により打撃される(betroffen)ことを、法的審査に親しむ(zugänglich)ように説明する(darlegen)ことで十分である。」(342)(傍点引用者)

それでは、具体的に本件ではどうなるのか、本判決は、関連規定の隣人保護的性格と建築許可の違法を原告が主張することと足りる、とするようである。次のようにいう。

「建築監督庁が建築許可の賦与に際し、ある規定を適用しなかったか、もしくは正しく適用しなかったこと、およびこの規定は隣人保護的性格を有し、これが適用されていれば、「規定からの」離脱(Abweichung)免除もしくは例外(Betreuung

oder Ausnahme)は許されないか、適法なやり方では与えられないがゆえに、建築許可は拒否されていたに違いない、と原告が主張するときはいつでも、権利毀損は直ちには排除されない。」(342)

つきに、側面後退距離の性格について、端的に、「本件で適用される開放型建築様式地域における側面後退距離の規定は、法的に承認され保護された法的地位を隣人に与える。」(342)という。側面後退距離規定に隣人保護の性格を認めた理由は、次の説示から窺い知ることができるにとどまる。

「公法規定が、当該地域のすべての土地所有者に側面後退距離の維持を強制するとき、ある土地所有者をこの義務から解放することは、隣人にとって直接に負担となる(belastend)。つまり後日の建築実施によって初めてそうなるのではない。というのは、免除・建築許可によって早くも、側面後退距離規定が有する法的に意味のある利益と損失の均衡(Gleichgewicht von Vorzügen und Nachteilen)が、阻害やれしまうからである。」(342)(傍点引用者)

みぎの説示は、判決理由の構成上、直接には、公法上の建築隣人訴訟が承認されるべき理由を述べたものである。違法な建築許可によって破壊された「利益」と「損失」との「均衡」が、隣人訴訟によって再び回復・修復される、と考えられているといえる。<sup>(8)</sup>しかし、くわえてここには、側面後退距離制度が土地所有者間の「利益」と「損失」から成る《交換関係》・《運命共同体》を形成しており、したがって隣人保護規定である、との法観念が示されているように思う。

③ ベルリン上級行政裁判所第二部一九六七年一月二七日判決(NJW 1967, S. 2279 f.)

本判決は、①②判決とおなじように、側面後退距離規定が問題になりながら、紛争の舞台が開放型建築様式地域ではなく、閉鎖型建築様式地域であったために、結論を異にした判決である。

判決はまず、訴訟要件たる原告適格について、②判決とほぼ同じように、「訴えの許容性にとって、原告が、自称自

己の権利が参加人に与えられた建築許可により打撃されることを、法的審査に親しむように説明することで十分である。」(2279)とす。

つづけて本判決は、「権利毀損」の現実の存否、その前提として、原告に「法的力」、したがって権利が与えられているか、の問題をいずれも本案の問題だ、とした。事案を説明してから、判旨を紹介する。

本件の事案は閉鎖型建築様式地域において、既に、側面後退距離をとっていた原告が隣接地の建築主に与えられた側面後退距離をとらない建築許可を争った、というものである。原告主張の根拠となった一九五八年ベルリン建築法八条一九号は次のように定めていた。すなわち、「もしも、閉鎖型建築様式地域において、隣人土地が既に開放型として建築利用されているならば、この土地に面する側では、三階建ての場合五メートル、四ないし五階建ての場合六メートルの側面後退距離が維持されなければならない。」

判決は、次のように述べている。すなわち、「原告が、現実には、(tatsächlich) 権利を毀損されているか、また、関連建築法規範の形成により、原告に建築主への建築証明(Bauschein)の賦与を阻止する法的力(Rechtsmacht)が与えられているか、は本案(Sachprüfung)の問題である。」(2279)(傍点引用者)

さて、本件の中心問題である閉鎖型建築様式地域における側面後退距離の性質について、つぎのように論ずる。まず、開放型建築様式地域における側面後退距離と閉鎖型建築様式地域におけるそれとの同一視を、「同一概念によって、すべての領域での法的性質の同一性までもが考えられているわけではない」(2280)と批判する。つづけて、隣人保護の性格判断の基準は、地域指定の用途(Art der Gebietsausweisung)であるとしたうえで、側面後退距離が果たす機能について、開放型・閉鎖型それぞれの建築様式地域ごとに、以下のような検討を加えている。

「開放型建築様式地域において、側面後退距離はまず防火に役立ち、低密度の建築を促進する。また、側面の境界に面した窓のより良い換気と採光にも役立つ。側面後退距離を維持せよという強制に、隣人によってそれが維持されるという利

益が対応している。利益と損失の均衡 (Gleichgewicht von Vorzügen und Nachteilen) を保つため、すべての隣接地所有者 (Anlieger) に、側面後退距離に関する法的に保護された利益範囲 (rechtlich geschützte Interessensphäre) / つまり、公法上の排除請求権を同時に承認することが適切であるように思われる。」

「閉鎖型建築様式地域において、事情は異なる。ここでは、隣人境界線から隣人境界線まで建築しなければならない (von Nachbargrenze zu Nachbargrenze zu bauen)。(一九五八年ベルリン建築法八条一八号一文)。こうした土地の建築的利用可能性は住宅利用の便利さ「通風、採光など」を広範に放棄していることの見返りである。ここでは、側面後退距離は都市建築上の反対理由がないときに限り、例外的に許されるにすぎない。したがって、ここで側面後退距離をとろうとする建築主は自由な意思でそうしているのであり、強制や負担を受けることなく、ただ特典を追求していることになる。もし、この建築主が側面後退距離をとり、あとから建築する隣人が側面後退距離を維持しなければならぬことになったとしても(ペルリン建築法八条一九号)、これは初めに建築した者にいっそうの快適さを与えるためではない。例外を許された建築主に、同時に隣人の建築的土地利用について、公法上の排除請求権を与えることを正当化できる根拠はない。」

「本件のような事案において、建築法が両側面の後退距離を予定しているとしても、それは道路景観や好ましい建築形態を創設するためであって、ここでは隣人の利益は問題ではない。」(2280)

本判決の説くところは、要するに、開放型建築様式地域における側面後退距離には隣人土地所有者間の「利益」と「損失」との《交換関係》が成立しているのに対して、閉鎖型における側面後退距離はこれを利用する者の一方的な利益であって、他の者との間での「利益」と「損失」との《交換関係》がない、ということであろう。本判決によれば、同一の規定であっても、適用される地域の性質によっては、その隣人保護的品格の判断が異なる場合があることになる。紛争地域の性質との関連で当該規範の品格が決定されている。そうすると、規範の隣人保護的品格は規範それ自体からは解明されない場合があり、他の規範との関連(ここでは、Bプランによる地域指定)をも考慮しなければならない場合があることになる。

2 まとめ

(1) 第一に、「権利」は隣人保護規範によっても基礎づけられることが認められている。第二に、原告適格が認められるには、「権利毀損」の主張や、関連する規範の隣人保護的性格と建築許可の違法を、法的審査に親しむように主張することで行う、とされている(②③判決)。第三に、「権利毀損」の現実の存否および保護規範の存否の問題は、本案の問題であることを明示する判決がある(③判決)。

(2) まず、建築法規範の隣人保護的性格を判断する方法として、関係土地所有者間に「犠牲」と「利益」、もしくは、「損失」と「利益」との《交換関係》・《均衡》が成立しているかを問う方法が登場している(③および②判決)<sup>10)</sup>。第二に、次の点に留意しなければならない。すなわち、規範の性格は規範自体からはできない場合があり、他の規範との組合せ(特に、③判決)、他の規範との比較の中で(①判決)考察するものがある<sup>11)</sup>。また、紛争の場・状況が意識されている場合がある(①判決(都市の建築法)、③判決(閉鎖型建築様式地域))。

(3) 公法上の建築隣人訴訟の存在根拠に関して、「建築法規定の中には、土地所有者間の『利益』と『損失』という構成要素から成る《交換関係》を形成するものがある。違法な建築許可によってひとたび破壊されたこの関係を再び回復するのが、公法上の隣人訴訟である。」という見解がある(②③判決)<sup>12)</sup>。ここで重要なのは、《違法な建築許可によって、早くも《交換関係》・《利益と損失との均衡》が破壊されるのであって、建築主による建築実施によってではない》という考え方である。行政庁による隣人への「権利侵害」・「警察侵害」の所在が示されている。建築隣人訴訟は、「私人間の紛争」に尽きない内容を持っているのである。

(4) 特筆に値すると思われる点の第一は、いずれの判決においても登場人物が土地所有者であることである。建築法規範の保護規範たる性格を基礎づけるとされている「利益」と「損失」の《交換関係》は、土地所有者間でしか成立しな

い、と考えられているのであろうか。この問題を、④連邦行政裁判所第四部一九八三年三月四日判決(DVBl. 1983, S. 398 f.)が、説明してくれる。本件では、ある狩猟区の利用貸借人(Mitpächter)が、ケモノ道に影響する国道直線化計画決定を争った。判決は、原告適格を認めなかった。大要次のようにいう。

「当法廷は、建築法にいう隣人は、原則として隣接地の民法上の所有者だけであり、たんなる債権者ではないことを強調している。建築法は土地にかかわり、人ではないからである。」(傍点引用者)

「おなじことが計画決定に対する排除権にもあてはまる。道路と、道路とは異なる態様の利用をともなった土地との秩序づけが問題になるか<sup>15)</sup>、——建設管理計画と同じく——隣接する土地はその所有者によって代表され(Representant)、債権者によってではない。」(398 f.)

このように、建築法領域では、原則として土地所有者だけが隣人・紛争当事者たりうるのである(「代表」)。その根拠は、通例、基本法七四条一八号にいう「土地法(Bodenrech.)」が人には関わりがないと理解されていることに求められているようである。<sup>16)</sup>

第二に、隣人保護規範か否かの判断が、《交換関係》の存否にかかっているが、これは、規範の保護目的を立法者の意思に即して探究する、という《保護規範説》の一般的説明にもかかわらず、実は、規範の実際の機能に考察の焦点を合わせているのではないか、との疑問を引き起こす。すなわち、規範の実際の機能から逆に立法者の意思を推定しているのではないか、という疑問である。側面後退距離規定がおなじように問題となりながら、建築様式が開放型か閉鎖型かに応じて、隣人保護的性格の判断を分けた<sup>17)</sup>判決に、これが示されている。ここでは、同一の規定が建築様式の違いに応じて異なる機能を果たしており、この機能の違いが規定の性格判断を分けさせた、と理解できよう。実際、すでにパ Hoff において立法者の意思とは歴史的・主観的意思ではなく、現実的・客観的なそれである、といわれていた。<sup>18)</sup> 重要なのは規範の目的というより、実際の機能なのであろうか。<sup>19)</sup>

- (1) Vgl. D. Finkelnburg/K.-M. Ortloff, Öffentliches Baurecht, 1981, S. 354 ff. (Anhang)(各トント建築法の規律対象を比較した一覧表がある)。
- (2) Vgl. Finkelnburg/Ortloff, aaO(Fn. 1), S. 209 mit Fn. 41. 一九五九年模範建築法 (Musterbauordnung) や「古く建築法にあらば『Bauwich』なる用語の下に、側面G (seitlich) 後退距離のみが理解されてきたが、現在では、背後の (rückwärtig) 境界線をも含むべきの土地境界線からの間隔を意味するを考へられてくる (vgl. Finkelnburg/Ortloff, aaO(Fn. 1), S. 209 mit Fn. 41)」。本稿ではとり上げる判例の時期を考え、わが国の通例にしたがって (参照「ハルトムート・ティーターリッヒ／エルゲン・ロッホ (阿部成治訳) 『西ドイツの都市計画制度』(一九八一年)七八頁)、『側面後退距離と訳出しておく。』
- (3) Vgl. H.-W. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 59; B. Bender/R. Dohle, Nachbar-schutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rdn. 276, 278; K. Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl., 1984, Rd. 857; K. H. Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung“, Jura 1969, S. 3 ff.
- (4) 参照、一九六二年建築利用令 (Baubenutzungsverordnung (BGBl. I S. 429)) 一二条一項 (Bプランにおいて、必要限度で、開放型か閉鎖型かの建築様式が指定される。建築様式が指定されていないとき、開放型建築様式に関する規定が適用される。)]。
- (5) 関連する訴訟法が、一九六〇年制定のVWO四二条二項以前のものや、不明のものもあるが、「原告適格」が承認されるには「権利毀損」の主張で足りるとの趣旨を述べるものとして、筆者が参照できた裁判例には、本文後掲判決のほか、次のものがあまる。OVG Münster, Beschl. v. 15. 7. 1958, DöV 1959, S. 800; OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 8. 1959, DVBl. 1959, S. 820 ff. (820); vgl. auch OVG Berlin, Urt. v. 7. 5. 1965, JfR 1965, S. 355 ff. (355 f.). 原告適格が認められるために必要な条件につき、詳しくは、本稿第三章第一節第一款参照。
- (6) その他、側面後退距離を守らないことを正当化する理由はなく、そもそも「側面後退距離からの」免除が与えられていない以上、本件側面後退距離違反は違法であり、本件建築許可は破棄されねばならない、としている(420)。
- (7) 農村にも、同じことがあてはまるように、都市における「Bauwich」と農村におけるそれとは、その根拠が異なることをもつがある。Vgl. OVG Lüneburg, aaO (Fn. 5), S. 821.

- (8) Vgl. A. H. Grundei, „Der Nachbarschutz im Bauordnungsrecht”, NJW 1970, S. 833 ff.(836 mit Fn. 15).
- (9) 明言はしていないが、同じ趣旨を述べていると考えられるものに、OVG Berlin, Urt. v. 6. 2. 1961, JR 1962, S. 116 ff.がある。Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 4. 2. 1966, DVBl. 1966, S. 272 f.(273).
- (10) 本文中で紹介したもののほか、同趣旨を述べるものとして、筆者が参照したものに、OVG Berlin, Beschl. v. 9. 12. 1970, NJW 1971, S. 534 がある。
- (11) 建築法と計画法、また建築利用令とB7aへの組合せの中から隣人保護を考察すべきことを強調する者がある。Vgl. H. Sender, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1-Nachbarschutz im Planbereich”, BauR 1970, S. 4 ff.
- (12) Vgl. R. Wahl, „Der Nachbarschutz im Baurecht”, JuS 1984, S. 577(580); vgl. auch Grundei, aaO (Fn. 8), S. 836 mit Fn. 15.
- (13) その他、判決は、債権への打撃が補償なしの収用になるときには基本法一四条「財産権保障」の保護が与えられること、また、原告は健康を損なうようなインシメンション(騒音、排ガス)が身体にかかわることを主張しないので「基本法一四条」項について検討する必要のないことを述べている。判決にいう「代表」とつぎ、vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 1. 11. 1988, NVwZ 1989, S. 267 f. =DöV 1989,S. 229 f.; R. Steinberg, Das Nachbarrecht der öffentlichen Anlagen, 1988, Rd. 37(S. 21 mit Fn. 119), Rd. 315(S. 220 mit Fn. 737); J. Ziekow, „Zum Begriff des Nachbarn im baurechtlichen Drittschutz”, NVwZ 1989, S. 231 ff.(232 , 233) (代表理論 (Prinzip der Repräsentation)); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 10. 1982, DVBl. 1983, S. 344 f.; VHG München, Urt. v. 7. 6. 1988, NVwZ 1989, S.268 f.
- (14) Vgl. Ziekow, aaO (Fn. 13), S. 232 mit Fn. 4, 5; OVG Berlin, NVwZ 1989, S. 267=DöV 1989, S. 229.
- (15) Vgl. O. Bachof, „Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht”, in: Bachof/M.Drath/O.Gönnenwein/E.Walz (Hrsg.), FORSCHUNGEN UND BERICHTE AUS DEM ÖFFENTLICHEN RECHT, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 287 ff.(297); ders., DVBl. 1961, „Anmerkung”, S. 128 ff.(130); vgl. auch H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 249; R. Bartlsperger, „Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts”, VerwArch. 1969, S. 35 ff.(48 mit Fn. 68); Grundei, aaO(Fn. 8), S. 835 mit Fn.9; Peter C. Mayer-Tasch, „Nachbarklagerecht gegen unzulässige Bauvorhaben im unverplanten Innenbereich”, BayVBl. 1974, S. 515(518f.).

(9) Vgl. Friauf, „Bau-, Boden- und Raumordnungsrecht“, in: I. von Münch(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1979, S. 523 mit Fn. 621; Grunder, aaO (Fn. 8), S. 835 (「トクナラズに解釈が正しき」); W. Brohm, „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, *VVDStRL* 30, 1972, S. 245 ff. (252 Fn. 25) (「立法者の客観的意図を問う目的論的解釈は、疑いもなく、社会学的にならねばならぬ」); vgl. auch G. Pütner, „Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrecht“, in: Pütner(Hrsg.), *Festschrift für Otto Bachof*, S. 115 ff. (123) (「客観的解釈とは歴史的立法者意図に反する解釈の」)。

## 二 完全Bプラン

完全Bプランの指定 (Festsetzung) が完全Bプラン適用地区における建築案の許容性を決する基準である<sup>(1)</sup>。また、このBプランの指定の通用力は絶対的でなく、一定の場合に指定からの離脱 (Abweichung) が認められている。すなわち、申請された建築案の内容がBプランの指定に合致している場合であっても具体的事案の状況によってはこれを拒否できるとする建築利用令一五条一項、および、予めBプランで示された条件を充しているときに許される例外 (Ausnahme)<sup>(2)</sup>、そして一般的に許される免除 (Befreiung) によって、柔軟な適用が予定されている<sup>(3)</sup>。

ここでは、まず、Bプランの多くの指定の中から住居地域指定などの建築的利用の用途 (Art) と、容積率指定などの密度 (Maß) に関する判例を紹介する<sup>(4)</sup>。前者は一般的に隣人保護的性格を認められ、後者は認められていない<sup>(5)</sup>。つづいて、建築利用令一五条一項と、免除を規律する法三一条二項に関する判例を紹介する。後者を特にとり上げるのは、法三一条二項の免除要件の一つに、はつきりと「隣人利益の考慮 (Würdigung nachbarlicher Interessen)」が挙げられているにもかかわらず、判例は本条項の隣人保護的性格を承認しないからである<sup>(7)</sup>。

## 1 建築的利用の用途(Art)

⑤連邦行政裁判所第四部一九六七年四月二八日判決(GE 27, 29 = DVBl. 1968, S. 30)

(1) 本判決はその後の建築隣人訴訟に関する判例・学説にきわめて大きな影響を与えた重要判決である。もっとも、本判決は直接には、ライヒ車庫法に関するもので、建築法に関するものではない。本判決が重要な意義を有する理由は、建築隣人訴訟一般に対する他に例を見ない詳細な説示を伴うからである。それゆえ、建築的利用の用途に関する説示は傍論にとどまるとはいえ、ここで検討することが許されよう。本判決が隣人訴訟一般において占める高い地位は、これを引用・参照する判例・学説の多さからも容易に推測することができるのである。ここでは、本判決のみ紹介する。

本件の事案は、原告ら土地所有者の後背地に六個の地下式車庫(sechs eingesenkte Garagen)の設置を認める許可が争われたものである。建築主の土地は住居地域内であって、ここに住宅と六つの店舗が建築されていた。みぎの車庫はこれらの建築物に付属するもの(Gehörl)とされた。

(2) 本判決はまず、公法上の建築隣人訴訟に対して時折提出される原則的な疑問(Grundsätzlichen Bedenken)を持っていないことを宣言した。つづけて、「隣人に権利(ein Recht)、つまり、事情によっては訴訟において実現できるような法的地位が与えられているか否かは、その時々<sup>(1)</sup>に問題となる規定からのみ(nur der jeweils in Frage stehenden Vorschrift)判断される。」(傍点引用者)としつつ、原判決によって隣人保護的性格を認められていたライヒ車庫法一条一項一文について、これを否定した。本条項は、判決によれば、次のような内容であった。つまり、住宅などの従物(Zubehör)として、原則として、建築用に指定された全地域において許容される物置、ガレージ、および、その付属設備は、「その利用が交通の安全と防火にとって危険とならず、健康および労働と居住を害さず、周辺の(Umgebung)静穏と保養が、騒音や臭気によって著しく妨害されないように命じられ」(省略原文)なければならぬ。

というのである。<sup>(10)</sup> 本条項の隣人保護的性格を否定した理由を、判決は以下のように詳細に展開した。便宜上、ふたつに分けて紹介する。まず、大要次のようにいう。

「交通の安全と防火に関する本規定は、もっぱら危険排除という公益にもとづく。また、健康、労働、居住、周辺の静穏、保養が語られる場合でも、本規定は公益にのみ役立つ。ライヒ車庫法の諸目的と住民の保護との、本規定による客観法上の利益調整に、権利(subjektive Rechte)が与えられていることは明白(ersichtlich)ではない。本規定が「周辺の」著しい妨害を阻止しようとしていることから「権利たる」法的地位を引き出すことはできない。なぜなら、本規定の客観法上の保護は、みぎ文言がなくとも、純粹に事実上の理由から周辺にしか及ばず、それゆえ、この文言から特別な権利たる法的地位のために、何かを導き出すことは困難だからである」(32) (引用符原文、以下同じ)

以上述べるところは、文言解釈によって規定の隣人保護的性格を否定したものと理解できよう。住民の保護をも含む客観法上の利益調整から権利が導き出されるのは、権利の賦与が明白な場合に限られ、「周辺の」静穏と保養が語られるだけでは未だ明白な場合とは言えない、というのである。こうした理由づけの後、重要な意義を有する説示がつづく。煩を厭わず引用・紹介しよう。

「権利ある人々の範囲(Berechtigten Personenkreis)の実践しうる画定(Abgrenzung)を可能にさせない、曖昧で人にかかわらない本規定の表現は、むしろ、周辺住民らに対して、何らの特定の権利(subjektiven Rechte)を与えていないことを支持する。たとえば、権利ある者の範囲(Kreis der Berechtigten)が、事案から(von der Sache her)隣接する土地の所有者、もしくは、隣接地に法的に結合している他の人々に制限される側面後退距離規定とは事情が異なる。さらにまた、Bプランにおける特別に保護された地域の規定、とりわけ、純粹住居地域の指定とも事情を異にしている。ここでは、明確に画定された地域(Klar abgegrenzten Gebiete)における土地利用可能性の制限を理由に、この地域に法的に結合し、規範から認識することのできる者たちに「みぎ制限の」調整として(aus Ausgleich)当該保護地域の性格に対する著しい毀損(erheblicher Verletzungen)の排除を正当化する法的地位が与えられている。本規定にあっては、権利ある者たちの明確な画定(klaren Abgrenzung)がなす。BGHは、ある規範がBGH二三条二項にいう保護法律であるか、という比

較しうる問題に関して、命令もしくは禁止 (Gebot oder Verbot) が保護法律たるのは、保護される利益、毀損の種類、そして、保護される人々の範囲が十分明確に特定されている (klar gestellt und bestimmt) とするときだけであることを強調している (BGHZ 40, 306 (307))。当法院の見解では、建築法規定について、主観的権利 (subjektives Recht) を肯定できるには、その時々々の規範から、特定された画定可能な (Bestimmter und abgrenzbarer)、権利を有する者たちの範囲が要求される。当法院が、建築法において、十分明確に画定可能な範囲の人々のための、立法者の明確な決定を必要と考えるのは、特に、次の理由による。つまり、言葉本来の意味における隣人に制限されず、しばしば全く見渡すこともできない範囲の、自稱 (angeblich) 権利者を保護することは、建築主を——略——全く見渡すことのできない危険 (Risiko) にさらすことになり、——これと結び付く経済的な効果などをともないつつ——しばしば、数年にわたって不安定な状態のままにしてしまつからである。(32 f.)

本判決の意義は、建築法においては、問題となる規定から権利者の範囲が明確に「画定」されなければならず、その理由は建築主の保護にあることを明らかにした点にある。本稿は、隣人保護規範性の判断基準に関するこの見解を、以下《画定可能説》と呼ぶ。本判決は、側面後退距離規定とBプランにおける住居地域指定とに触れ、両者においては、みぎにいう「画定」があることを特に指摘している。

判決で、第一に注意されるべきことは、住居地域指定の例において、「著しい毀損の排除」が語られていることである。つまり、たんなる「毀損」ではないと読むことができる。第二に、判決はここで、《交換関係》をとり上げていないことが重要である。もちろん、住居地域指定に関する部分では、《交換関係》を語ることもできよう。すなわち、住居地域指定が、住居以外の建築的利用を禁ずることによって、当該土地の所有者は、土地の自由な建築的利用の禁止という「損失」を負担する一方で、住居以外の建築的利用を原因とする種類の侵益から保護されるという「利益」を享受するからである。実際、本連邦行政裁判所判決をして《交換関係》に類似する《法的運命共同体論》を述べたものとして理解する者もいる。けれども、ここで判決が述べようとしているのは《交換関係》ではなく、「権利ある者たちの範囲

の明確な画定」である。もとより、《交換関係》が放棄されたわけではなく、実際、その後も《交換関係》に言及する連邦行政裁判所判決が存在している。<sup>15)</sup>しかし、「権利者の範囲の《画定可能説》」が登場した以上、たとえ《交換関係》への言及がなされていたとしても、事案解決において、また判決の論理構成において《交換関係》の持つ意味に注意しなければならない。後に検討する。

## 2 建築的利用の密度 (Maß)

### ⑥ ラインラント＝プファルツ上級行政裁判所第一部一九五九年五月一日判決 (DVBl. 1959, S. 824f.)

本件では、住宅の新築に当たって、少なくとも建築用地の四分の一の大きさの中庭 (Hofraum) がなければならない、とする規定の性格が争われた。

まず、本判決は、「隣人が打撃を被り、ラインラント＝プファルツ VGG 一五条により、訴の適格を持つ (zur Klage befugt) のは、隣人が許可賦与において、公益のみならず、隣人の保護にも役立つ実体的規定が侵犯されたと主張できるときだけである。」(824) とする。次に、中庭の大きさに関する規定が問題になった、一九五四年二月二十五日の連邦行政裁判所第一部判決などを引きつつ、本件のような規定が、隣人に権利 (Rechte) を与えないのは判例上認められていることだ (824) としている。<sup>16)</sup>

さらに、本規定のように、健康と防災のために交付された規定の遵守を求める権利を個人に与えるならば、これは民衆訴訟を招来する (824f.) という。つづけて、次のようにいう。

本件のような事案で、健康保護は周辺住民全員に関連するが、隣人土地所有者以外の人にも権利を認めることになれば、「訴える権利を有する者 (Klageberechtigten) の範囲は許可行政庁にとって、見渡すことも把握することも、全くできない

ものとならう。一般的な法的不安定も生ずることにならう。なぜなら、理由のないがほとんどの訴訟によって、耐え難い建築の遅延が生ずるのはおくとしても、建築証明の送達がないため数年後も訴訟が許され、既成事実が覆されてしまうからである。」(835)(傍点引用者)

本判決で注目されるのは、許可行政庁の能力、法的安定といった見地から、間接的にせよ、《画定可能説》が採用された点である。ここにいう「法的安定」とは、特に建築主の保護を意味すると考えられる。

⑦ベルリン上級行政裁判所第二部一九六七年四月一四日判決(JR 1968, S. 33 ff.)

本件の事案は、完全Bプランのあるところで、容積率を〇・六〇から〇・六五八にする免除と、奥行線(Bebauungstiefe)を二メートル超過するための例外が与えられたため、隣接地所有者がこれらの取り消しを求めて出訴した、というものである。

判決は、建築的利用の用途と異なり、密度に関する規定に隣人保護規定としての性格を認めなかった同法廷の先例にしたがう(34)、という。その理由を、大要次のように説明している。

「階数制限は隣人に採光と通風の侵害からの保護を与えない。なぜなら、個々の階の高さは建築物の高さを決め「るにすぎず」、この建築物の高さは許容階数の四倍(メートル)を越えることができない」とされている「だけだ」からである。」  
 「一九六二年建築利用令一七条は階数指定を建設管理計画(Bauplanung)に任せており、小団地住居地域と週末住居地域(Kleinsiedlungs- und Wochenendhausgebiet)についてだけこれを制限しているにすぎない。そして、最大の利用階数については、それが都市建設上必要で合目的であることが、また、その他の階数指定にとっては、地域景観、風景(Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes)が、それぞれ決定的に重要である。建築利用令一七条五項によると、同項所定の階数からの例外をBプランの中で予定することができる。このことも、私益は建築監督庁の決定において公益を押し退けるほどに考慮されることはないという明確な示唆である。」

「棟間間隔(Abstandsflächen)の存在によって隣接地への十分な採光と通風が保障され、向かい合う隣人建物が相互に十

分広く離れることになる。この棟間間隔の規律に隣人保護的性格を認めないのが当法廷の先例である (Lit. v. 6. 2. 1961. JR 1962. S. 116)。この規定に隣人のための規律が見いだされないのなら、階数もしくは容積率の規定に隣人保護の意図を見いだすのは一層困難である。」(34)

以下、検討を加えることにしよう。まず、本判決は、例外が許されていることから、私益に対する公益の優越性を導き隣人保護的性格を否定する理由とするが、これはもちろん疑問といわざるを得ない。というのも、隣人保護的性格は私益を(も)保護する趣旨が規定から読み取れるときには早くも肯定されるはずであり、私益保護が公益保護に優越していなければならないものではないからである。

次に、本判決は《交換関係》に触れていない。ところで、本件で問題の容積率などの指定において、隣接地所有者らの間での「損失」と「利益」の《交換関係》は成り立つだろうか。これは肯定されるであろう。すなわち、土地所有者は、土地の建築的自由が容積率などの指定により制限されるという「損失」を受け、他の者も同様に制限されることから、許容される以上の容積率を持った建築物による採光・通風阻害などを破らないという「利益」をも享受する、といえるからである。そうだとすると、建築的利用の用途のみならず、密度に関する指定においても、《交換関係》を語ることができることになろう。しかし、本判決を含め判例は、密度に関する指定に隣人保護的性格を否定している。その理由は何であり、これは何を意味するのか。《交換関係論》は判例の現状を説明するには不十分な枠組みであるように思う。

最後に、本判決は、棟間間隔の規律に先例が隣人保護的性格を認めていないことを決め手にしているようにも思われる。そこで、みぎ先例を紹介することにしよう。

⑧ベルリン上級行政裁判所第二部一九六一年二月六日判決 (J.R. 1962, S. 116 ff.)

本件の事案は、土地境界線近くの建築物への建築許可を、これに接する一家族住宅付きの土地所有者が争ったものである。本件建物は、一〇万平方メートルの敷地内に、ベルリン自由大学の整形外科病棟や事故被害者病棟・身体障害者の学校などと並んで設けられ、その中には水治療法室が設置されていた。原告はこの水治療法室から不愉快な影響 (störende Auswirkung) を被ることを恐れたのであった。なお、原告の土地は一般住居地域に、また本件建物は病院のための特別目的用地にあつた。いわゆる越境隣人保護 (gebietsüberschreitender Nachbarschutz) の事案であると思われる。

判決は初めに、隣人原告に訴権 (Klagerecht) の生ずる場合をほぼ《保護規範説》の枠組みで説明してから、原告の訴えには理由がない (nicht begründet) (177) という。したがって、以下の説示は本案に関するものと考えられる。ここではまず、棟間間隔に関する一九五八年ベルリン建築法八条三号の内容と、この制度に関する一般的理解を紹介することから始めようと思う。判決によると、みぎ条文の内容は次のようであつた。

「居室・作業場などの」生活空間 (Aufenthaltsräume) (二六条一号) に必要な窓が設置された壁の前方には、敷地、隣接地もしくは公共の空地もしくは公共交通用地であつて、建築に利用されていない土地が存在しなければならない (棟間間隔 (Abstandsflächen))。その奥行 (Tiefe) は、少なくとも

- a 村落地域、住居地域、混合地域においては、建築物の高さの二倍で、一および二階建の建物においては、少なくとも、一メートル、三階建以上の建物においては、少なくとも、二五メートル、
- b 労働地域、中核地域においては、建築物の高さの一倍で、少なくとも、五メートルなければならない。」

また、判例上、一般的に、みぎのような内容をもつ棟間間隔規定に隣人保護的性格は否定されているように思う。<sup>(19)</sup>

さて、判決は立法提案理由を引きつつ、棟間間隔概念が一九五八年建築法によって導入されたものであり、以前の判例は参考にならないこと、また、棟間間隔は公共の空き地、もしくは公共交通用地にも及ぶから、ここでは隣人間の規律はなされていないことを確認し、さらに大要次のようにいう。

「立法者にとって、隣人保護の拡大や個人利益の考慮は問題でなかった。むしろ、立法者は以前の都市建設観を放棄し、最新の知見、居住面積などに関する近代的観点を踏まえ、また、建設・計画制度における近年の発展とその継続を配慮した。立法者は建築的利用の密度を都心で引き下げ、あまりに密着した建築状況を解消し、人口の密集を緩和する必要がある、と考えた。建築法変更提案理由の中で、「これらの観点にもとづき、建築法を改正する必要がある。」と述べられている。議会審議からも隣人保護の促進と隣人利益への好ましい影響だけが歓迎されたことは見いだせない。」

「現在の都市建設の需要に見合った規律を考慮することはすべての関係人に対して (für alle Betroffenen) 好ましい影響を与える、ということを見落としてしている。棟間間隔の規律も一定程度で隣人に有利に影響するが、これは反射 (Reflex) であって規定の目的ではない。」(117)

みぎの説示で注目されるのは、ある規律が、「すべての関係人に対して好ましい影響を与える」場合には、それは隣人保護規範ではない、とするところである。こういう場合には、当該規定は公益保護を目的としていると理解されるのであろう。そうだとすると、すべての関係人に対して好ましい影響を与える規範は公益保護規範、特定の人々に好ましい影響を与える規範は私益(隣人)保護規範、という図式が浮かび上がる。たったひとつの判決の文章表現をつかまえて速断することは厳に慎まなければならないけれども、ここには、⑤連邦行政裁判所第四部一九六七年四月二八日判決が定立した、「権利者の範囲の《画定可能説》」という隣人保護性判断基準の前提が示されているようにも思われる。

最後に、本判決の論理によれば、棟間間隔規定の隣人保護的性判断は本案でなされることになる。訴えの理由の有無に関するところで、みぎの説示が展開されているからである。③一九六七年一月二七日ベルリン上級行政裁判所第二部判決を先取りしているのである。<sup>(11)</sup>

### 3 建築利用令一五条一項

(1) 本命令は連邦建設法二条八項の授權にもとづく連邦法である。一九六二年・一九六八年利用令における本規定の内

説  
容は次の通り。

論

「第二条から第一四条までに掲げられた建築物、およびその他の設備は、個別の事案において、その数、位置、範囲、目的などにより、当該建築地域の性質と矛盾する場合には許されない。とりわけこれらの諸施設から、当該地域の性質に照らし、受忍できないような障害が周辺に (für Umgebung) 生じる可能性がある場合には、その建築は許されない。」

本規定の機能は、原則として適法な建築案を、事案との関係で個別的に阻止することにある。次にみる法三一条二項が原則として不適法な建築案を、個別の事案において適法とするのと比べると、機能の方向が逆だ、ということになる。

(2) 本規定に言及する判例として、⑨連邦行政裁判所第四部一九七三年二月一四日判決 (GE 44, 244 = DVBl. 1974, S. 358 ff.) がある。

本件はBプラン適用地域外にいる原告が、これまで享受していた見晴らし (Aussicht) の阻害を理由に、みぎ地域内の建築物 (車庫) に与えられた建築許可を争った、いわゆる越境隣人保護の事案である。本件では、地域境界線は建築主と原告との間を通っていた。また、側面後退距離は、二・五メートルであったが、原告家屋と車庫との間隔はわずかに二四〇二六センチであった (358)。

結論として、本判決はBプランの指定 (Festsetzung) が、計画地域に隣接する者の見晴らしの保護にも役立つときには、この者にも排除請求権を与えることがあり得るとした先例<sup>(2)</sup>などを引きつつ、いずれにせよ、問題はBプランの解釈だ、として事件を原審に差し戻している (358)。

さて、判決はまず、越境隣人訴訟の成否に関するところで、計画地域にまとめられた土地の所有者たちは、建築・土地法上の運命共同体 (bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft) を形成し、この者たちにはBプランの指定に隣人保護機能が属する限りで、排除請求権 (Abwehrrecht) が与えられている (361) (傍点引用者) とする。

もっとも、このことから、計画地域を越え出る隣人保護はおよそ排除されている、といった一般的規律は導かれぬ(36C)、という。<sup>(23)</sup>しかし、他方で、そういう越境隣人保護は連邦法から引き出せないとし、この理は、とりわけ、本利用令一五条一項にあてはまるとした(36C)。本規定から越境隣人保護を引き出せないとした理由を、判決は次のようにいう。

「これに反する見解は、次のことを見落としている。つまり、建築利用令一五条一項に用いられている《周辺(Umgebung)》概念は、あまりはつきりとは人にかかわりが無いため、保護されるべき人の範囲の画定を可能にしてくれず、それゆえ主観的権利を与えないことである。」(36I)

みぎは「周辺(in der Umgebung)」概念に関する⑤連邦行政裁判所第四部一九六七年四月二八日判決と同様のものと理解できよう。<sup>(24)</sup>本判決もまた、建築法規定に隣人保護的性格が認められるのは、規定から保護されるべき人の範囲が画定可能なときであることを確認したのである(《画定可能説》)。

本判決において、《運命共同体論》と、Bプランの指定に隣人保護的性格が属するかの問題とが、切り離されていることに注意しなければならない。ここで《運命共同体論》は、計画地域内にいる者と外にいる者との違いを指摘するために用いられているにすぎない。判決によれば《運命共同体》を構成しない、計画地域外の者にもBプランの隣人保護効がおよぶ場合さえあるのである。<sup>(25)</sup>にもかかわらず、本判決は《運命共同体論》もしくは《交換関係論》にもとづいて隣人保護を認めたものだ、とされている。<sup>(26)</sup>なぜだろうか。

#### 4 連邦建設法三一条二項

本規定の内容は次の通り。

「例外を定める一項のほか」建築許可庁は、個別の事案において、ゲマインデの承諾、および上級行政庁の同意を得て、次の各号の一に該当し、かつ、その「Bプランからの」離脱が隣人利益を考慮してもなお公共の利益に合致するときは、免除を与えることができる。

- 1 公衆の福祉が免除を必要とするとき
- 2 都市建設上の理由が離脱を正当化し、プランの基本が影響されなるとき
- 3 Bプランの実施が意図されなかった明白な障害をもたらすかもしれないとき

関連判例として、⑩連邦行政裁判所第四部一九六六年二月四日判決(DVBl. 1966, S. 272 f.)を紹介する。本判決が初めてみぎ規定の性格に検討を加えたからである。さらに、本判決は、隣人訴訟の訴訟要件・原告適格の存否を判断する枠組みにも触れており、重要判決である。

本件の舞台は、一九五三年の建築段階計画(Baustufungsplan)によって、住宅を二戸まで建築できる二階建開放型住居地域であった。建築主は四大家族住宅建築のための例外と、必要な窓のついた部屋の前面の土地「棟間間隔」に関する建築警察規定からの免除を得た。原審ハンブルグ上級行政裁判所は、原告が係争行政行為によってその権利を毀損されていると主張していないこと、住宅数制限規定と棟間間隔規定は、隣人保護規範ではないことなどを理由に訴えを不許容(Unzulässigkeits)とした(272)。

まず、免除を規律する法三二条二項についての説示を見ることにしよう。判決は、免除要件のひとつである「隣人利益の考慮」にいう「隣人利益」の具体的内容を規律するものは本件では連邦法でなく、それゆえ、この点に関するラント裁判所の判断は上告審の審査に服さない、とする。この点、大要、次のように述べる。

「当法廷の信ずるところでは、隣人利益概念は——「他の免除要件である」意図されなかった明白な障害、公益および公衆の福祉との一致という概念とは異なって——それが連邦法によって規定されている限りでのみ、上告審によって審査される。」「本件免除の対象となり、また隣人利益の具体的内容をも定める」必要な窓のついた部屋の前面の土地の大きさ

「棟間隔」に関するハンブルグ建築警察命令の規定はラント法に属する。この規定が隣人の保護に役立つように規定されたか否かは、原審が当法廷に対し拘束力を持って判断する。(273)

以上、本判決によって、法三一条二項にいう「隣人利益」の内容が本項自体によっては与えられず、他の法律、とりわけラント法によって与えられると解されたため、法三一条二項自体は隣人保護を取り次がないこと、隣人保護は免除の対象となった規定の性格によって決まる事が確認された、といえよう。<sup>27)</sup>

本判決は、さらに、次のようにいう。

「建築段階計画の規定は、隣人保護に役立つ、か、いないのか、という本案の問題 (sachlich-rechtliche Frage) もまた、上告審によっては審査され得ない。」(273) (傍点引用者)

「本件訴えは、訴訟法上、許されないとして却下されるべきだったかは疑わしい。VWCO四二条二項によると、訴えは原告が行政行為もしくはその拒否によって、権利を毀損されると主張するときに許される。当法廷はこの条件が本件では存在していると考ええる。けれども、訴えには理由がない (unbegründet)。というのは、原告の権利は毀損されないからである。」(273) (傍点引用者)

このように、原告適格 (VWGO四二条二項) の承認には「権利毀損」の主張で足り、建築法規定の隣人保護的性格の判断と、「権利毀損」の現実の存否の判断とは、本案の問題であることが明確にされている。したがって、建築隣人訴訟においても、《原告適格の承認には、へ自己の権利を毀損される》との原告の主張で足り、権利の存否と、その現実の毀損の有無とは、本案の問題である》ことが明確になった、といえよう。権利の存否、すなわち原告を保護する規範の存否が本案で初めて判断される、という点が重要である。

## 5 原告適格存否判断枠組み

以上みてきた判例の総合的検討は次号にゆずり、ここでは、判例がとる、公法上の建築隣人訴訟の訴訟要件たる原告適格の存否判断枠組みを問題にしよう。連邦法たるVWGO四二条二項が、取消訴訟などの提起に、「権利毀損」の主張を要求しており、この具体的内容が問われるのである。

みぎの問題に関し、最後に紹介した連邦行政裁判所の⑩判決によって、次のような解答が与えられたといえるように思う。すなわち、《原告隣人を保護すると原告が考える規範（隣人保護規範＝権利賦与規範）が違法な行政行為などによって侵犯される（「権利毀損」）、という主張で足りる》のである。また、この判決によって、当該規範の隣人保護性の判断が、本案の問題であることも確認されている。これらは、部分的にせよ、ベルリン上級行政裁判所の一連の判決、すなわち、②一九六八年判決、③一九六七年判決、④一九六一年判決において、また①リュエブルク上級行政裁判所一九六二年判決において、すでに確認されていたところである。<sup>28)</sup>

したがって、《保護規範説》は建築隣人訴訟における、少なくとも判例上は、訴訟要件たる原告適格に関する理論・判断枠組みではなく、本案で問題となる「権利毀損」にいう「権利」についての理論、つまり「権利論」そのものなのである。<sup>29)</sup> そうであれば、《保護規範説》は原告適格に関する理論である、<sup>30)</sup> という発言は、いったい何を意味するのかが問われることになる。また、原告適格の承認には保護規範の存在が必要だ、とした、さきのコップの見解には、いっそう判例上の根拠が乏しいといえよう。

- (1) 参照、本稿第三章第一節第一款三。
- (2) 参照、ハルトムート・ティエリッヒ／エルゲン・コッホ (阿部成治訳) 『西ドイツの都市計画制度』(一九八一年)一〇頁以下。なお、例外・免除の意義・機能については、vgl. K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987, S. 93 f.
- (3) 判例については、次の文献に引用されているものを参照した。Hans Peters, „Der Dritte im Baurecht”, DöV 1965, S. 744 ff. (748) ; K. H. Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung”, Jura 1969, S. 3 ff. ; A. H. Grundei, „Der Nachbarschutz im Bauordnungsrecht”, NJW 1970, S. 833 ff. ; B. Bender/R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rdn. 244 ff.
- (4) Vgl. R. Wahl, „Der Nachbarschutz im Baurecht”, JuS 1984, S. 577 ff. (581) ; H. Sendler, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1-Nachbarschutz im Planbereich”, BauR 1970, S. 4 ff. (10 Fn.37) ; Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung”, Jura 1970, S. 652 ff. (655f.) (ハコトヲハは、具体的事案に応じた審理の必要性を強調しつつ、判例一般の傾向としては、この点を指摘している)。
- (5) 条文の内容は、本稿第三章第一節第一款二の4参照。
- (6) 関連判例については、次の文献に引用されているものを参照した。K. Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl., 1984, Rdn. 791, 825.
- (7) Vgl. Gelzer, aaO(Fn. 6), Rd. 791. なお、法三一条一項(例外)が、隣人保護効をもたないことについて、vgl. BVerwG, Urt. v. 4. 2. 1966, DVBl. 1966, S. 272 f.; Urt. v. 12. 1. 1968, BayVBl. 1969, S. 432; Urt. v. 14. 6. 1968, NJW 1968, S. 23 93 (2394); Urt. v. 5. 8. 1983, GE 67, 334 = NJW 1984, S. 138 ff.
- (8) Vgl. R. Bartlsperger, „Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts”, VerwArch. 1969, S. 35 ff. (40); H. Schrödter, „Anmerkung”, DVBl. 1968, S. 37 ff.; Friauf, aaO (Fn. 3), S. 6 und 13 mit Fn. 40; Sendler, aaO (Fn. 4), S. 75; K. Redeker, „Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch (Plangewährleistungsanspruch)”, DVBl. 1968, S. 7(9).
- (9) 以上 BVerwGE 27, 29(31 f.).
- (10) BVerwGE 27, 32.
- (11) “berechtigte”と云ふ、vgl. H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 278 (「明確な区画はな

が「Recht」や「Berechtigung」を分け、具体例として「Eigentum」は「Recht」の「anspruch」は「Berechtigung」として。

(12) 参照。小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（一九八三年）一四二頁注（368）（一四三頁）。

(13) 上記した条件を充ち建築法規範はほとんどなくとして、本判決に反対する者に次のものがあふ。P. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, 56 DJZ, 1986, C. 33; vgl. auch O. Schlicher, „Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (II)“, DVBl. 1984, S. 875 ff. (878); BVerwG, v. 19. 9. 1986, NVWZ 1987, S. 409（本判決は、建築法の規範自体から、権利を有する者の範囲の画定が得られるように、隣人保護的性格を肯定するための条件を、解釈を強調するにすぎない）緩和した）。

(14) H. U. Erichsen/W. Martens, „Das Verwaltungshandeln“, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, S. 189 mit Fn. 78.

(15) BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973, GE 44, 244 = DVBl. 1974, S. 358 ff. mit Anm. v. Schröder = NJW 1974, S. 811 (813).

(16) もちろん、連邦行政裁判所の判決とはその理由づけを異にして、本判決は、本件建築法が一九〇一年に制定された古いものであり、法律文言から、本規定が健康・防火という公益にのみ役立つとして、(DVBl. 1959, S. 824 f. (824))。

(17) Beschl. v. 26. 11. 1963, JR 1964, S. 398.

(18) この用語は民法にみられ、ここに Vgl. Kleinlein, aaO (Fn. 2), S. 119.

(19) Vgl. K. Finkenberg/K. M. Orloff, Öffentliches Baurecht, 1981, S. 210 mit Fn. 48; Grundel, aaO (Fn. 3), S. 837; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 5. 3. 1963, NJW 1964, S. 74（隣人の利益ではなく、居住者の利益、公益を保護する規定は、このように、また J. Mang/A. Simon, Bayerische Baunordnung (i. d. F. v. 1969), Rdn. 37 f. zu Art. 6 (Stand 1. Februar 1971)に、通常の棟間距離 (Art. 6 Abs. 3 Nr. 1) を、それ以外 (Art. 6 Abs. 3 Nr. 2) を分け、前者のみ隣人保護的性格を認め、後者はむしろ、判例を引用して、これを否定している。つまり、後者の規定によれば、「生活空間に十分な光を採る (Belichten) ため、必要な窓の前方には、棟間距離が、少なくとも、壁の高さ (Wandhöhe) なければならない」とされ、それは建物の階数に応じて、七・九メートルとされている。これは本文中で紹介したヘルシン建築法八条三号と同様のものと見え、したがって、Mang/Simonによっても、本文のような規定には隣人保護的性格は否定されるものと思われる。これに対して W. Ernst/W. Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., 1981,



Die öffentlichrechtlichen Nachbarklage (3)

——“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
- III. Entwicklung der öffentlichrechtlichen Nachbarklage
  - 1) Überblick der Rechtsordnung
    - a) Überblick der BBauG (Bd. 41 – Heft 2)
    - b) System der VwGO
  - 2) Analyse der Entscheidungen
    - a) Entscheidungen nach “Schutznorm-theorie”
    - aa) BauO
    - bb) B-Plan

(in diesem Heft ; Fortsetzung im nächsten Heft)

---

\*Dozend an der HOKKAIDO INFORMATION UNIVERSITÄT, Dr. jur.