



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法上の建築隣人訴訟（４）－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(4), 61-114
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16782">https://hdl.handle.net/2115/16782</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(4)_p61-114.pdf



# 公法上の建築隣人訴訟（四）

——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 隣人訴訟の歴史

第二章 隣人訴訟の承認

第一節 戦後法制の概観（以上、四一巻二号）

第二節 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 保護規範説にもとづく判例の検討

一 ラント建築法

二 完全Bプラン（以上、四一巻三号）

三 若干の検討

四 連邦建設法三四条・三五条

第二款 学説（《保護規範説》）（以上、本号）

### 第三章 隣人訴訟の発展

#### 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

### 三 若干の検討

これまでみてきた判例分析をふまえて、判例のとする隣人保護的性格の判断方法を検討し、《画定可能説》の根拠を探究することにしよう。

#### 1 隣人保護的性格の判断方法

第一に、建築法規範の隣人保護的性格を判断する方法が問題となる。まずは文言(Wortlaut)解釈による、<sup>(1)</sup>というのは異論なく認められている。しかし、これではすまないから紛糾しているのである。文言解釈のみを語るとは無意味である。<sup>(2)</sup>そこで、これに代わる他の手段が考え出されることになる。本稿に登場したかぎりでも次のものがあつた。《交換関係説》、《画定可能説》である。

(1) 《交換関係説》<sup>(1)</sup>

この説は、ベルリン上級行政裁判所一九五二年二月二九日判決が採用して以来、裁判所はもとより、学説上も広く流布した見解である。

ここでは、《交換関係》が典型的に認められるBプランにおいて、なぜ建築的利用の「用途」指定にだけ隣人保護的性格が認められ、「密度」指定には認められないのか、が疑問である。この点につき、連邦行政裁判所第四部裁判官(現長官)であるゼンドラー(Sendler)が、「用途」指定と比較しつつ、次のように説明している。

「他方、建築的利用の密度に関する規定(Vorschriften)において、事情は典型的に異なっている。なるほど、この規定の無視は隣人にとって腹の立つことであろうが、プランによって与えられた彼の土地の利用は、通例打撃(beeinträchtigt)されず、通常隣人によって提出される利益の価値評価(Bewertung)もまた、当該規定違反に対し、隣人に排除権(Abwehrrecht)が与えられねばならない、と思わせるようには行なわれない。」

建築的利用の密度に関する指定(Einstellung)について「私は広く流布した見解がその隣人保護的性格を否定するのを適当と考えている。なぜなら、他の土地が「指定よりも」高度に利用されたとしても、プランによって許された、隣人「原告」の土地が有する固有の利用可能性は打撃されず、また、彼に課された制約の意義は通例問題にならないからである。」「他の」隣人に過少な土地税が課されるときと同じように、隣人「原告」はそのことによって権利を毀損(verletzt)されてはいない。なぜなら、そこには建築的利用の用途に関する指定を特徴づける典型的な交換関係が欠けているからである。」(ゴチツク原文、傍点引用者)

みぎは次の三点にまとめることができよう。すなわち、第一に、建築的利用の「密度」指定に違反した場合に問題となる隣人の利益は、救済に値するほどのものではない。第二に、指定に反した高度の土地利用は、隣人固有の土地利用を妨害しない。第三に、「密度」指定において、関係者間での「利益」と「損失」との《交換関係》が成り立たない。

以上の中で第一点が一番重要ではないか、と思われる。さきに、「密度」指定においても《交換関係》の成立を語るこ

とができるのではないか、との指摘をした。この場合の「損失」とは、容積率指定などによる土地利用の制限であり、「利益」とは過大な容積率などを有する建築物の出現によって採光・通風などの阻害を被らないことであつた。ゼンドラーによれば、しかし、採光・通風などの利益は、排除権を与えてまで保護する必要のないものである。それゆえ、ここでは《交換関係》は語るに及ばず成り立たず(第三点)、採光・通風などの阻害は、土地利用妨害の範疇に入らない、とされるのであろう(第二点)。

このように、公法上の建築隣人訴訟をめぐる当初の判例において、採光・通風などの利益は無視された、と考えることができる。西ドイツでは私法においても、「日照通風妨害など消極的な侵害」は所有権にもとづく保護を享受しないとされる一方で、住居地域に工場が建築されるなど、「用途」指定違反で、通常問題になると考えられる、ガス・蒸気・臭気・煙・すす・熱・音響・振動、その他これに類する侵害については、みぎの保護が及ぶとされている。これもまた、採光・通風などの利益に対する低い評価を示している、といえよう。こうした私法の状況が公法に影響しているのではないか、と考えられる。

以上の検討から、建築法規範の隣人保護的性格判断にとって、係争利益の種類の重要性が明らかになつたように思う。少なくとも、採光・通風などの利益は無視されるのである。もつとも、利益の種類が重要だとうことは、隣人の権利利益に対する打撃の程度が重要だ、というのと同じことだ、と考えられているのかもしれない。すなわち、採光・通風などがもつばら問題になるところでは、打撃の程度は未だ小さく、権利救済手段を与えるにはおよばない、という具合なのである。問題は、採光・通風など、以上の判例においては無視されてしまつた利益に対する打撃の程度が重大となつたときには、隣人保護的性格が承認されることになるのか、である。打撃の重大性ゆえに係争利益の種類が判断が変わるかもしれないからである。実際、ゼンドラーも、みぎ引用部分につづけて、建築的利用の「密度」指定への違反によつ

て当該地域の性格自体が影響を被る場合は別だ、としている。「大きさの秩序からの重大かつ異常な逸脱 (Abweichungen von einem wesentlichen, auerverhältnismäßigen Größenordnung) はあたかも量から質への転換 (Umschlag von der Quantität in die Qualität) を引き起こすのを疑うのは困難である」というのである。<sup>(7)</sup>

このように、「隣人保護的性格判断」と、「係争利益の種類・それへの打撃の程度」との間には密接な関係がありそうである。そうだとすると、「係争利益の種類・打撃の程度」を細かく分類し検討することによって、建築法規範に関する隣人保護的性格の判断構造に対し、精緻な分析が加えられることになるかもしれない。

いずれにせよ、《交換関係説》には限界があり、このことは、《交換関係》類似の《運命共同体》と、Bプランの指定の隣人保護的性格判断とを結び付けていない<sup>(8)</sup>連邦行政裁判所第四部一九七三年一月一四日判決によって示唆されているのである。そして、**みぎ9**一九七三年判決以降、判例自身、《交換関係》に言及しなくなったことに、本説の限界が暗示されていると考える。<sup>(9)</sup>

## (2) 保護されるべき人の範囲の《画定可能説》

本説は、**5**連邦行政裁判所一九六七年四月二八日判決と、**みぎ9**一九七三年判決がはっきりと採用しており、**6**ライントリプファルツ上級行政裁判所一九五九年五月一四日判決も、間接的ではあるが、本説を採用していたと考えられる。そして、連邦行政裁判所判決、特に、**5**一九六七年判決は、問題となっている規定自体から「権利者範囲の画定が可能であること」を要求していた。隣人保護規範たることを典型的に認められているBプランの「用途」指定において、関係する隣人の範囲は建築地域の境界線によって明確に引かれており、側面後退距離規定にあつても、その性質から、関係者は隣接する隣人に特定されている。

問題は、まず建築的利用の「密度」指定においても、関係者の範囲は建築地域の境界線によって明確であるのに、「密

説  
度」指定に隣人保護的性格の認められないことを、本説はどのように説明するのか、である。この点、本説独自の説明は期待できないように思う。おそらく、ここでも、「係争利益の種類と打撃の程度」という観点から、説明がなされることになるように思う。そうであれば、《交換関係説》とのあいだで優劣はないことになる。判例が《画定可能説》をとる理由はどこにあるのだろうか。2でみることにしよう。

次に、本説と《交換関係説》との関係を問題にしよう。この点、保護されるべき人の範囲の画定を可能にする手段として、《交換関係説》を位置づけることができるように思う。<sup>(1)</sup>しかし、保護されるべき人の範囲の画定を可能にするのはそれだけか、がなお問題として残される。この問題を考える場合にも、「係争利益の種類と打撃の程度」が、重要な役割を演ずるように思われる。のちに述べる、法三五条一項（優先的事業）の隣人保護が参考になるように思う。

\* \* \*

以上(1)、(2)をまとめると、建築法規範の隣人保護的性格判断という問題にとって、判例上、「保護されるべき人の範囲の画定可能であること」という判断枠組み（《画定可能説》）が採用され、<sup>(1)</sup>この枠組みを具体化する基準のひとつに《交換関係説》があり、具体的基準を解明する他の手がかりとして、またこの問題全体を考えるよりどころとして「係争利益の種類と打撃の程度」という観点があるというように、みぎ三者を整理し相互に位置づけることができるのではないかと考える。

## 2 《画定可能説》の根拠

第二に、《画定可能説》が、判例上、建築法規範の隣人保護的性格を判定する基準となつた理由を探ることにしよう。

(1) 建築主の保護

まず、一九六七年四月二八日の⑤連邦行政裁判所判決が明示するように、「建築主の保護」が考えられる。本判決によれば、建築許可を取り消すことのできる者の範囲が画定されなければ、建築許可の法的効果が何年にもわたつて定まらず、建築主を不安定な状態にさらすことになる、という。この説示を理解するためには、関連制度と判例とを参照する必要がある。それは行政行為の告知 (Bekanntgabe) とその不可争力発生との関係にかかわる。

①西ドイツでは、期間の進行は送達などの告知によつて開始し (VwGO五七条一項)、上訴 (Rechtsmittel) を含む権利救済手段 (Rechtsbehelfe) の期間は、権利救済手段、権利救済手段を申し立てるべき行政庁・裁判所、その所在地および期間について、書面で教示 (Rechtsbehelfsbelehrung) を受けたときにかぎり、進行を開始することになっている (VwGO五八条一項)。教示は、通常、決定に添付される。それゆえ、告知と教示は、通常、同時に行われることになる。不教示、誤教示の場合には、権利救済手段は行政行為の告知後、原則として、一年以内であれば提起することができる (VwGO五八条二項)。また、西ドイツは異議審査請求前置主義をとつており (VwGO六八条一項)、この異議審査請求は行政行為が告知されてから、一ヶ月以内に提起しなければならない (VwGO七〇条一項)。この場合、VwGO五八条が準用されるため (VwGO七〇条二項)、権利救済手段に関する教示がなされなければ、みぎの期間は進行を開始しない。そして、認容の場合を除き、異議審査請求裁決においては、権利救済手段に関する教示がなされなければならず (VwGO七三条一項、三項)、取消訴訟は異議審査請求裁決の送達 (Zustellung) 後、一ヶ月以内に提起しなければならぬ (VwGO七四条一項)。このように、出訴期間などの進行開始にとつて、告知の存在が前提条件とされ

説  
ているのである<sup>(15)</sup>。

したがって、⑤一九六七年判決の説示は、さしあたり、次のように理解することができよう。すなわち、かりに、建築許可の交付が名宛人たる建築主のほか、隣人にも告知されることになっていたとしても、隣人の範囲が画定できないのであれば、告知されなかった隣人が残る可能性があり、こうした隣人からの取消訴訟が、通常の出訴期間の経過後も提起されうることになって、建築主の法的地位の安定がいつまでも保障されないことになる、という具合にである<sup>(16)</sup>。

②みぎを確認するため、次に、建築許可の隣人への告知 (Bekanntgabe) にかかる規律をみることにしよう。連邦建設法に関連規定はないので、ラントの建築法と行政手続法が検討対象になる。

まず、各ラントの建築法の中で、すべての建築許可の賦与について、隣人に告知することになっているのは、バイエルの建築法だけであるという<sup>(17)</sup>。他のほとんどの建築法においては、免除の賦与だけが告知されるにすぎないことになっているという<sup>(18)</sup>。しかも当該免除にかかる建築許可手続について通知 (Benachrichtigen) などを受け、異議を申し出た者のうち、異議を聞き入れられなかった隣人に対してのみ告知されるようである。また、告知の人的対象について、ラント建築法の中には、「隣人 (Nachbar)」を語るものや、「隣接者 (Angrenzer)」を語るものがある。そもそも、「隣人」・「隣接者」を定義しないところがあるし、「定義規定をおくラントにあつても、これを「隣接地所有者」と理解するものと、「打撃を被る (Betroffener) 土地の所有者」とするものがある<sup>(20)</sup>。重要なのは、かりに、「隣人」などの意味を、「境界線を接する隣接地所有者」と形式的に理解するときでさえ、取消訴訟を提起し建築許可を取り消すことのできる隣人がこれに限られないことである。このことは、たとえばBプランの「用途」地域指定などにおいて明らかなことである。もちろん、隣人概念の理解の実際は、各ラントの上級(高等)行政裁判所の判例をみないことには分からないけれども、隣人の空間的範囲の確定が最大の問題となつていようである、といふのは、これまでの検討から容易に推測することが

できる。したがって、不可争力の発生という観点からすると、バイエルン建築法においてはともかく、その他のラントの建築法における関係隣人への告知制度は、建築主にとって、きわめて不備・不完全なものである、ということができよう。

つぎに、建築法を補完して適用されうるとされる行政手続法の規律をみることにしよう。<sup>21</sup> もつとも、ここでは連邦の行政手続法を検討する。その内容がラントの行政手続法と広く共通しているといわれているからである。<sup>22</sup> さて、連邦行政手続法四一条一項一文によると、「行政行為は名宛人、もしくはそれ〔行政行為〕によって打撃を被る関与人に告知されなければならない」ことになっている。ここでは、告知は、名宛人のほか、関与人に關する同法一三条一項四号、同条二項などにもとづいて、行政手続に關与した者にだけなされればよいのか、それとも、打撃を被るすべての第三者に対してなされなければならないのか、が問題とされている。この点につき、告知義務の人的対象は、連邦行政手続法四一条において、同法一三条にいう関与人に制限されており、このことは同法四一条の文言に示されているとする説と、<sup>23</sup> みぎの制限を拒否する説とが対立している。前説は行政手続法の立案作業に携わった者の見解であるが、後説が多数説であるように思う。判例はないようである。もつとも、前説の立場では、建築許可の告知のない隣人について、出訴期間を進行を開始しないのであり、後説に立つても、隣人の範囲が明確でない以上、告知されない隣人の生ずる可能性を否定することはできない。いずれにあつても、建築主は告知されていない隣人からの取消訴訟にさらされる可能性から逃れることができない。

③ こうして、⑤ 連邦行政裁判所一九六七年判決のさきの説示の意味が完全に明らかとなつた。すなわち、西ドイツでは、行政行為の告知を前提として、出訴期間の進行が開始するとされているにもかかわらず、そもそもすべての建築許可が関係隣人に告知されるわけではなく、行政手続法が制定された一九七六年以降も、告知されるべき隣人の空間的範

説  
論  
囲は明確には定まっていなため、告知されない隣人が通常の出訴期間経過後も取消訴訟を提起するかもしれない、したがって、いつまでも建築許可に不可争力が生ぜず、建築主の法的地位が不安定な状況のままに残されてしまう、ということなのである。<sup>(26)</sup>

④ここで、建築隣人訴訟以外の分野から、『画定可能説』をとる初期の判決を紹介しよう。①連邦行政裁判所第七部  
一九五八年一月三十一日判決 (BVerwGE 6, 167) である。<sup>(26)</sup>

本件の事案は、第二次大戦中、人種上の理由から戸籍局 (Standesbeamten) において民法上の婚姻をすることができなかつた未亡人に、法律上の婚姻の法効果を与えたバイエルン司法省の承認決定の取り消しを、亡夫の二人の兄弟が求めたものである (167, 168, 170)。判決は訴訟要件、勝訴要件の存在をとともに否定している (169)。本判決は、本件のように第三者が原告となる事例について、大要次のようにいう。

「第三者は承認決定の職権取り消しを求める請求権をも、決定によって権利を打撃される (in ihren Rechten betroffen) ときにのみもつ。取消権者の範囲 (Kreis der Anfechtungsberechtigten) を見渡せないほどにまで拡大し、決定によって利益が間接的に影響される (berührt) にすぎないすべての者にまで拡大する、というように概括条項を利用するとき、概括条項の意義が誤解されていよう。また、著しい法的不安定を招来しよう。承認手続に第三者は関与せず、それゆえ承認決定は第三者には送達されないものであるから、もしも承認決定によって、その相続法上の地位を縮減される故人の親族 (Verwandten) に取消権 (Anfechtungsrecht) を与えようとするならば、決定は数年後も (nach Jahren) 取り消されうることになる。決定によって影響される相続要求者 (Erbschaftendenten) に決定を送達するため、事情によっては外国法まで参照しつつ承認決定の効果を審査することなど、承認手続の責務ではない。」 (172 ff.)

以上のように、本判決において、取消権者の範囲の見渡せないほどの拡大が招く著しい法的不安定が危惧されており、また承認決定の第三者への送達のないことから訴え提起の可能性が何年にもわたって存在しうることが指摘されている。<sup>(27)</sup>そこで、本件にも適用される当時の VGG をみると、一九六〇年 VwGO と同じく、期間は教示を得てから進行す

ること（三二条）、異議審査請求期間は行政行為の告知・送達、もしくは行政行為の存在を知ったときから進行すること（三九条二項）、そして出訴期間も異議審査請求裁決の告知・送達から進行すること（四二条一項）が法定されていたのである。<sup>(28)</sup>《画定可能説》の背景事情と同様のものと評することに異論はないであろう。<sup>(29)</sup>《画定可能説》適用範囲の潜在的、大きさをうかがうことができる。

## (2) 公益・私益保護規範区分図式

つぎに、⑧ベルリン上級行政裁判所一九六一年二月六日判決が検討されなければならない。ここでは、「すべての関係人に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」という図式が示されていると理解できた。類似の考え方は、⑨ミュンスター上級行政裁判所第七部一九五九年一月五日決定（D&V 1960, S. 432 ff.）にもみられる。<sup>(30)</sup>

本件の事案は、景観保護指定地域内で、家具製造業のために与えられた建築許可が境界線を接する隣人によって争われ、仮命令（ *einstweilige Anordnung* ）の交付が求められたものである。

本決定は、大要次のように述べて、係争規律の隣人保護的性格を否定し、本件仮命令の交付申立てには理由がない、と結論づけている。

「景観を悪化させる建築物や自然（*Natur*）をも、損なう変更によつて、広範囲かつ数的に制約されない人々が、ほぼ同様に侵害されたと感じる。ここに、個人の利益（*Individualinteressen*）に役立つ法規範との違いが明らかになる。後者の瑕疵ある適用にあつては——事情により、公衆とともに——特定の人々、たいていは隣人だけが影響を被る（*nur bestimmte Personen, zumeist die Nachbarn*）」（433 f.）

このようにみれば決定は、⑧ベルリン上級行政裁判所一九六一年判決とはいわば逆に、係争規定の誤った適用において、画定されない範囲の人々が悪い影響を被るとき、当該規定は公益保護規定であり、特定の人々が悪い影響を被るとき、

説 それは私益（隣人）保護規定だ、と考えているように思う。

これらふたつの裁判例において、利害関係者の範囲の画定していることが規範の私益保護性、隣人保護的性格を資格づけるものとされているのである。

ところで、従来、建築法は警察法に属し、警察法は公益保護目的の制度であり、したがってみんなの利益になるのであるから、これに私益保護性・隣人保護的性格を認めるならば、民衆訴訟を招来することになる、と理解されていたように思う。みぎにみた裁判例においては、警察法は公益保護目的の法制度である、などという発想をみいだすことはできない。《利害関係者の範囲の画定可能性》が規範の保護目的を決定する基準だ、とされているのである。<sup>(28)</sup>

### (3) 行政庁の責務と能力

最後に、建築許可庁の責務と能力に関する事情がありうる。<sup>(29)</sup>連邦行政裁判所第七部一九五八年判決が婚姻承認手続の責務を語っていたほか、<sup>(30)</sup>一九五九年五月一四日ラインラント＝プファルツ上級行政裁判所判決は、隣人土地所有者以外の者にも訴権を認めるならば、「訴権を有する者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る。」と述べ、この点を示唆していた。行政庁、行政裁判所、そして、行政法の役割理解にまでおよび問題の伏在を予感させるが、筆者自身が検討の視点をついに持つにいたらなかったため、ここでは立ち入ることができない。<sup>(31)</sup>

(一) Vgl. P. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, 56 DJT, 1986, C. 20 f.; H. Bauer, „Altes und Neues zur Schutznormtheorie“, AöR 1988, S. 582 ff. (596 f.).

- (2) Vgl. H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 246 ; F. H. Timmermann, Der baurechtliche Nachbarschutz, 1969, S. 112 ; H. Sender, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1 - Nachbarschutz im Planbereich“, BauR 1970, S. 4 ff. (8).
- (3) statt vieler Sender, aao (Fn. 2), S. 5 f. mit Fn. 16.
- (4) Sender, aao (Fn. 2), S. 9.
- (5) Sender, aao (Fn. 2), S. 10.
- (6) Vgl. G. Schwertfeger, „Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht“, NVwZ 1982, S. 5 (6 f.) ; K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987, S. 218 f.; Marburger, aao (Fn. 1), C. 101 f.; 中川充「今世紀におけるメン・ヤウシキーン法の発展(1)」民商法雑誌七四卷一号(一九七六年)二二二頁以下、二三二頁。
- (7) Sender, aao (Fn. 2), S. 10.
- (8) Vgl. B. Bender/R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rd. 173 ; Kleinlein, aao (Fn. 6), S. 102 mit Fn. 9.
- (9) トマリナー大学教授マーブルガーは「一九七四年判決以降の連邦行政裁判所の判決を引用してゐる。引用される判決がその中には、かくと駁せられ。 Vgl. Marburger, aao (Fn. 1), C. 23 mit Fn. 60.
- (10) Vgl. E. Schmidt-Abmann, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz Kommentar, stand 1985, Rd. 141 zu Art. 19 Abs. IV (「保護される人の範囲の個別化された特定を許す隣人計画共同体」所有権の状況拘束が存する。)
- (11) Vgl. Schmidt-Abmann, aao (Fn. 10), Rd. 140 (「保護される人々の範囲の特定性の欠けづゑるとして、当該法規は一般的利益とのみ役立つ。」)
- (12) 「告知 (Bekanntgabe)」「告知 (Zustellung)」をそれぞれ上位概念として用ゐらるゝ。 Vgl. K. Redeker/H. J. von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1981, Rd. 2 zu § 70; P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl., 1978, Rd. 9 zu § 41; vgl. auch O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren, Bd. 2, 1967, S. 172; BVerwG, Urt. v. 23. 7. 1965, GE 22, 14 (15).
- (13) Redeker/von Oertzen, aao (Fn. 12), Rd. 13 zu § 58.

- (14) 条文には“Rechtsmittel”(上訴)とあるが、本文では上訴とせず権利救済手段(Rechtsbehelfe)と記した。これは、条文の表現が間違っていると思われるためである。Vgl. J. Schwabe, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., 1984, S. 49 Fn. 5.
- (15) Vgl. G. Fromm, „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, VerwArch. 1965, S. 49 mit Fn. 139; G. Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 8. Aufl., 1986, Rd. 224 mit Fn. 11. なお参照『阿部泰隆『行政救済の実効性』(一九八五年)二五二頁以下、交告尚史『行政処分のお知らせと出訴期間——フランス法を素材として——』商大論集(神戸商科大学)四〇巻一号(一九八八年)一五頁以下、四六頁以下。
- (16) この点、建築主への告知は隣人に対して意味を持たないことに注意しなければならない。Vgl. H. H. Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung“, Jura 1970, S. 652 ff. (671 f.) (“建築主への告知は、非名宛人に対し、VwGO五八条二項の出訴期間を進延せやしない。”); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1969, DVBl. 1969, S. 362 ff. (362); Beschl. v. 14. 6. 1968, DVBl. 1969, S. 268f. (269).
- (17) Vgl. Kleinlein, aaO (Fn. 6), S. 37. ユラントラインンは関連条文としてハイエロン建築法七三條を挙げているが、八九條の誤りではないかと疑ふ(vgl. Bayerische Bauordnung, 22. Aufl., 1980; J. Mang/A. Simon, Bayerische Bauordnung (i. d. F. v. 1969)。一九八〇年以降、法改正があったのかも知れない。なお、筆者が参照してきた建築法は、ハイエロンのほか、ヘルリン(Bauordnung für Berlin v. 28. 2. 1985 (Berliner Gesetze))、ノルトライン＝ヴェストファールン(Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 26. 6. 1984 (Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen))、ヘッセン(Hessische Bauordnung v. 16. 12. 1977 (W. Ullrich, Hessische Bauordnung, 1978)のものである。制定時に照らして、一九六七年の⑤判決を理解するには、いずれも適切なものではないが、告知については、現在より充実していたとは考え難いのであるから、まず間違はないであろう。
- (18) Vgl. Kleinlein, aaO (Fn. 6), S. 37 mit Fn. 21; vgl. auch K. Finkelburg/K. -M. Ortloff, Öffentliches Baurecht, 1981, S. 247 f. (“免除の賦与に先立ち、一定の場合(公法上保護された隣人の利益に影響すると思われる場合)に、連絡や意見を述べることができなければならぬ”と二点で、全建築法は共通している。); K. -M. Ortloff, „Nachbarschutz durch Nachbarbeteiligung am Baugenehmigungsverfahren“, NJW 1983, S. 961 ff. (962 f.).
- (19) Vgl. Kleinlein, aaO (Fn. 6), S. 37 f. 筆者が確認できたのは、ヘルリン建築法六〇条五項、七項、ノルトライン＝ヴェ

- ストフマーレーン建築法六九条二項、四項、クッセン建築法九五条である。
- (20) Vgl. Finkelnburg/Orloff, aAO (Fn. 18), S. 247; Orloff, aAO (Fn. 18), S. 963.
- (21) Vgl. Kleinlein, aAO (Fn. 6), S. 38 mit Fn. 27.
- (22) 成田頼明編著『行政手続の比較研究』（一九八二年）九頁。ラントの行政手続法に關し、本稿が参照したのは、Stelkens/Bonk/Leonhardt, aAO (Fn. 12) S. 771 ff. である。行政行為の告知、関与人 (Beteiligten) に關するかなり、連邦の手続法に關する本文の理解に影響を与えるような規律は見あたらなかった。
- (23) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, aAO (Fn. 22), Rd. 16 zu § 41.
- (24) Vgl. F. O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1980, Rd. 7 zu § 41; H. Meyer/H. Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl., 1976, Rd. 6 zu § 41; Kleinlein, aAO (Fn. 6), S. 38 mit Fn. 28, 38.
- (25) Vgl. Hans Peters, „Der Dritten im Baurecht“, S. 744 ff. (752 mit Fn. 102a); BVerwG, Urt. v. 19. 9. 1969, DVBl. 1970, S. 62 ff. (64) ; vgl. auch BVerwG, v. 6. 11. 1959, GE 9, 302 (306) ; Urt. v. 31. 1. 1958, GE 6, 167 (173) ; HambOvG, Urt. v. 24. 10. 1963, DVBl. 1963, S. 784 ff. (786) ; 佐藤英世「西ドイツ官吏法における競争者訴訟（一）」奈良法学会雑誌三卷一号（一九八九年）一頁以下、一八頁以下。なお、建築行為の開始を知つていながら出訴を引き延ばして一年経過後、告知されつゝこれを理由に突如出訴した者については、取消権の失権 (Verwirkung) が認められること (BVerwG, Urt. v. 25. 1. 1974, GE 44, 294 = NJW 1974, S. 1260 ff. ; Beschl. v. 28. 8. 1987, JuS 1988, S. 576 f. ; vgl. C. F. Menger, „Die Grundsätze von Treu und Glauben im Gerichtsverfahrensrecht“, VerwArch. 1975, S. 85 ff. ; 保木本一郎「ドイツ行政法における信義則——失権を中心として——」『田中二郎先生古希記念・公法の理論（上）』（一九七六年）二五七頁以下、二九五頁、乙部哲郎「行政訴訟の提起と失効の法理」神戸学院法字二卷二号（一九八〇年）一頁以下、一〇頁以下注（５）、石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為論』（下）』自治研究五八卷一号（一九八二年）一〇二頁以下、一〇四頁以下）。すなわち、行政行為の不可争力なるものが権利の側面から理解されているのである。
- (26) 本判決については、小早川光郎「行政訴訟の構造分析」（一九八三年）一一九頁以下に詳細な紹介検討がある。判決に対する、本稿と異なる視点からの分析がいかなる展開を招いたのかも教えてくれる。Vgl. auch O. Bachof, „Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts“, JZ 1962, S. 602 ff. (605) und 701 ff. (702 mit Fn. 69) ; R. Bernhardt, „Zur

Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte", JZ 1963, S. 302 ff. (305 mit Fn. 37). なお、判決引用文中の数字は判例集の該当頁数である。

(27) 本稿の知るかぎり、本判決につき、この点を指摘するのは次の文献だけである。Bernhardt, aaO (Fn. 26), S. 308 Fn. 52 (「法的不安定が生ずることは、具体の事案においては不満足なものになりうるが、原告適格 (Klagebefugnis) を厳しく排除するのを正当化するものではない。また、VwGO 五八条一項を準用することで、告知されなかった者も、行政行為を知ってから一年後には出訴できなくなる」)。

(28) 参照、VO一六五・三五条(期間の進行には教示が必要)、四五条(異議審査請求期間は告知後一ヶ月)、四八条一項(出訴期間は送達後一ヶ月)。Vgl. H. Klingner, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1954, S. 241, 310, 316 (「権利救済手段の期間は教示のないとき進行しない。』。なお、行った権利救済手段と教示との関係理解は、プロイセン上級行政裁判所の判例以来のものである (vgl. ProVVG, Endurteil v. 10. I. 1907, GE 50, 290 (292) ; Urt. v. 19. 10. 1914, GE 67, 203 (204 f.))」)。

(29) その他『画定可能説』に立つ判例として、次のものがある。BVerwG, v. 6. 11. 1959, GE 9, 302 (306) ; HambOVG, Urt. v. 24. 10. 1963, DVBl. 1963, S. 784 ff. (786)。

(30) 判決引用文中の数字は、判決掲載誌の該当頁数である。

(31) Vgl. A. H. Grundel, „Der Nachbarschutz im Bauordnungsrecht“, NJW 1970, S. 833 ff. (833, 834)。

(32) Vgl. auch H. D. Jarass, Umweltverträglichkeitsprüfung bei Industrievorhaben, 1987, S. 100 (「第三者保護的性格は、特定の関係者の具体的な利益を保護する実体的規律に帰属する。特定の人々に割り当てられる利益と結び付くことのできる環境利益 [を] 保護 [する規律] は、これに対して、第三者保護を取り次がない。』)。

(33) 関係隣人に対する建築許可の告知を建築許可庁に義務づける、という解釈をとるときには、行政庁の能力の問題が登場する (vgl. W.-R. Schenke, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, NuR 1983, S. 81 ff. (84 f.))。マンハイム大学教授シエンケは、建築主との関係で、行政庁に隣人への連絡を義務づけ、連絡されなかった隣人による許可の取消、もしくは建築行為の遅延の場合に、BGB 八三九条の職務責任を語る。賠償請求権だけでなく、さらに、関係隣人に連絡するよう行政庁に求める義務づけ請求権を建築主に与えることも考えられるであろう。

#### 四 連邦建設法三四条・三五条

##### 1 連邦建設法三四条

(1) 一九六〇年法三四条の内容は次の通りである。

「ゲマインデ〔市町村〕が、法三〇条にいうBプランの策定をまだ終えていないか、そういうBプランの策定が必要でない地区で、かつ、建築されている地域に連なっているところ〔連担建築地区〕では〔innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile〕、建築案は、既存建築物と地区基盤整備（Erschließung）とに照らして、疑問のなき（unbedenklich）ときに許される。」

一九七六年改正法を中心にしてではあるが、法三四条の適用範囲のほか、各要件とその解釈上の問題についてはすでに述べた。

(2) 本条に関するもつとも重要な判決として、有名な⑤連邦行政裁判所第四部一九六九年六月一三日判決（GE 32, 173 II DVBl. 1970, S. 57 ff. = NJW 1969, S. 1787 ff.）がある。本判決の意義はまずは、それまでの下級審裁判所が本条を隣人保護的としていたところ<sup>1)</sup>、これを認めなかった点にある。しかし、それ以上に、基本法一四条の保障する基本権、すなわち所有権に直接もつづく公法上の建築隣人訴訟の成立することを認めた点が重要である。ここでは前者について検討することとし、後者については本節第二款で論ずる。

本件の事案は、連担建築・未建築地域にある角地の所有者が三階建住宅を建築するために得た免除を、当該角地を囲む土地の所有者が争ったものである。免除は建築利用令にもつぎ、建ぺい率を〇・三から〇・八に、容積率を〇・九から二・四四に変更するものであった。原告の訴えはすべて退けられた（173）<sup>2)</sup>。

本判決はまず、本件建築案の(適法性)判断基準 (Beurteilungsmaßstab) が法三四条であり、隣人原告は権利を主張することができるか、という問題もまた、法三四条によって答えられねばならないとする (174)。つまり、建築案の適法性判断基準は建築許可の根拠規定に権利の根拠規定というのである。つづけて、法三四条の規律の維持を求める権利 (subjektives Recht auf Einhaltung der Regelung) が、法三四条から引き出せない理由を、大要次のように説明する。<sup>(1)</sup>

「法三四条は既存の建築物を基準としているが、建築物の含まれる地域についての詳しい説明がないため、この地域の範囲を確定するのが、しばしば困難となる。こうした法三四条のあいまいで人にかかわらない文言 (denkbare und nicht personenbezogene Formulierung) は、権利者の範囲の実行できる画定 (praktikable Abgrenzung eines berechtigten Personenkreises) をほとんど可能にしてくれない。しばしば見通すことができず、言葉本来の意味での隣人に制限されない範囲の自称権利者を保護することは、建築主を見通すことのできない危険 (Risiko) にさらし、—— 経済的・その他の効果とともに —— しばしば数年以上も (über Jahre hinweg) 彼を不明確な状態にしてみよう。」 (175)

みぎに紹介した説示が、建築法規範について、<sup>(2)</sup>一九六七年判決のとる隣人保護的性格判断基準、すなわち《権利者・保護されるべき者の範囲の画定可能説》そのものであることに疑問の余地はないであろう。また、この基準が建築主の保護を目的にしていることも明らかにされている。ここでは、法三四条の隣人保護的性格を否定する理由として、本判決が《画定可能説》に新しく付け加えたものを特にみておくことにしよう。次の説示は、建築許可の適法性に対する建築主の信頼保護を、Bプランの指定との対比のなかで述べたもの、と理解できるように思われる。判決はみぎ引用部分につづけて、次のようにいう。

「隣人は、我々がその権利をどれほど広げようとも、つねに客観的に違法な建築許可のみを取り消すことができるけれども、固有の関係人 (eigentlich Betroffenen) たる建築主にとって、建築許可のこの違法は、法三四条の広い構成要件と、これに

結び付くその適用の難しさゆえに、しばしば認識することができない。——このことは、特に、その性質上具体的であり、建築案と建築許可の適法性を十分信頼して判断できる状態に建築主を置いているBプランの指定と事情を異にしている。」  
(175)

(3) さらに本判決では、連担建築地区には、「Bプランによって法的に結び合わされ、ある程度確実に (einigermassen sicher) 画定可能な範囲の人々について語ることを許す「計画共同体」がないこと (176)、また、法三五条一項が優先的事業 (Privilegierten) に与えている地位 (Position) に比較できるものもないことが述べられている (177)。法三五条についてはあとで触れる。ここで注意されるべきは、「計画共同体」による「ある程度」の「画定可能」しか述べられていないことと、「(権利ある)人々の範囲」の画定を可能にするものとして「計画共同体」が語られていることである。「計画共同体」つまり《交換関係説》の限界、および《交換関係説》と《画定可能説》との相互関係がそれぞれ示されていると理解できるのである。いずれもすでに指摘した。

(4) 一九六〇年法三四条に隣人保護的性格を認めない本判決の結論は、別の事案に対して下された、同法廷の同じ日付の判決によって引用されたほか<sup>(6)</sup>、その後も判例上維持されている<sup>(7)</sup>。本稿の知るかぎり、本判決以外になんらかの理由づけをとまって法三四条の隣人保護的性格を否定した判例はない。その後の判例はただ本判決の結論を確認するのみである<sup>(8)</sup>。この結論は、一九七六年改正にかかる法三四条一項についても、維持されている<sup>(9)</sup>。なお、ここでの検討のまとめは、次にみる法三五条のまとめと合わせて行なう。

## 2 連邦建設法三五条

(1) 一九六〇年法三五条の内容は次の通りである<sup>(10)</sup>。

第一項「開発制限地区においては、建築案は、次の各号の一に該当し、かつ公益に対立せず、十分な地区基盤整備が保障されている場合にのみ許容される。

一 農林業経営のための建築

二 経営譲渡・廃止後の、以前の農業経営者のための住宅

三 農業労働者のための住宅

四 地域に密着した営業その他の施設、また、電話、電気、ガス、熱、水道の公的供給、下水処理施設

五 環境に対する特別の要請、周辺への有害な影響もしくは特別な目的のゆえに、開発制限地区においてのみ実施し得る建築」

第二項「その他の建築案は、その実施もしくは利用が公益を侵害しない場合に、個々の場合ごとに許容される。」

第三項「特に次の場合、公益が害される。

道路その他の交通施設、供給施設、下水、ごみ処理施設、安全・健康その他の職務に対する不経済な支出が要求される場合  
水利を脅かす場合（以下、略）」

一九七六年改正法についてはあるが、法三五条の適用範囲、各要件とその解釈上の問題についてはすでに述べた。

(2) 以下では、関連判例を、争われている建築案の種類——優先的建築案（二項）か、その他の建築案（二項）かで分けることなく、順に紹介・検討することにしよう。

④ 連邦行政裁判所第四部一九六七年二月六日判決<sup>(1)</sup> (GE 28, 268 = DVBl. 1968, S. 651 ff.)

本判決の意義は、まずは法三五条二項に隣人保護の性格を認めなかった点にある。その理由として、判決はふたつのものを挙げている。ひとつは、《画定可能説》にもとづく理由であり、他のひとつは、公益として承認された《近隣への配慮 (Rücksichtnahme)》なるものにも、近隣土地所有者の請求権 (Anspruch) は対応していないことである。まず、

事案の内容とともに《画定可能説》に関する判示を紹介しよう。なお、本判決は基本法二条一項の基本権（人格の自由な発展の権利）についても言及しているが、この点は第三款でとり上げる。

事案は次の通り。建築主の土地は開発制限地区にあり、隣人原告の土地は連担建築地区にあった。したがって、越境隣人訴訟である。原告は開放型建築様式の住宅とその土地の所有者であり、三八×一五×七メートルの二階建工場（Fabrikgebäude）に与えられた建築許可を争った。Bプランはなかったが、その素案によると、原告の土地は二階建純粋住居地域に、また建築主の土地は二階建混合地域に指定されることになっていた。次のようにいう。

⑤一九六七年判決において、「当法廷は建築法規定につき権利（subjektives Recht）を肯定できるためには、その時々の場合から、権利ある者の、特定され画定可能な範囲が得られることを要求した。」(276)「法三五条二項の場合には、権利ある者の、特定され、もしくは、画定可能な範囲が——⑤一九六七年判決で問題になった」ライヒ車庫法一条一項一文における以上に——欠けている。」(276)

つぎに、《近隣への配慮》に関する説示をふたつに分けて紹介しよう。第一に、《近隣への配慮》が公益のひとつとして承認されることである。これを導くため、判決はまず、法三五条にいう「公益」の性格について一般的に、大略次のように論じている。すなわち、「それが打撃を被るとき、法三五条二項にもとづく建築案を許さない公益は、開発制限地区の目的実現を助けるが、その目的とは、農林業などの利用や優先的建築案、保養地域としてここを住民に利用させるところにある。けれども、優先的建築案を阻止する公益もあるのだから、ここでの公益は目的違反の建築案から開発制限地区を保護するという意義以上のものを持っている。」(274)このように、判決は公益の意義を膨らませたうえで、さらに、公益としての《配慮》なるものを承認する。次のようにいう。

「状況から要請される、近隣住宅建築物への配慮（die nach den Umständen gebotene Rücksichtnahme auf eine in der Nähe befindliche Wohnbebauung）は、法三五条三項には明示されていない公益として、優先的建築案さえ阻止することができる。なぜなら、公益概念によって、開発制限地区の建築に対し法的に意味を持ちうるようなすべての観点が含まれるので

あるから (GE 18, 247 (550))、開発制限地区の特殊な目的の保護を起源としない観点までもが考慮されるべきだからである。このことを法三五条三項に挙げられている例が示している。この観点のなかには、近隣の連担建築地区、もしくはその他の保護に値する周辺の、実行可能な保護 (tunliche Schonung) に向けられ、またそこにすでにある私的所有権のためにも作用しうるような諸々の考慮が含まれる。そうした観点は公益という枠のなかで、法三五条にもとづく建築案の実現に対立し、建築案への許可を求める建築主の請求権 (Anspruch) を排除する、ということがありうるからである。」(274 f.)

第二に、判決は、公益として承認された《配慮》に、係争建築案の排除を求める隣人の請求権 (Anspruch) は対応しないとする。その理由を次のようにいう。

「なぜなら、たとえ当該公益が目的違反の建築物から開発制限地区を保護することに関係しているのではなくて、他の目的、たとえば近隣建築地域もしくは建築物への配慮に役立つ場合であっても、それは『公』の利益のままだからである。」(275) (二重鈎内原文隔字体)

さて、以上のように、法三五条二項においても、《画定可能説》が採用されていることを確認することができる。しかしながら、本稿にとってより重要なのは、《近隣への配慮》なるものが公益のひとつとして承認されたことである。これは、本稿第四章で論じる《配慮原則 (Rücksichtnahmegebot, Gebot der Rücksichtnahme)》である。ここではまだ隣人の「請求権」は対応しないものとされている。《配慮》は公益のひとつだからというのがその理由である。本判決によって承認された公益としての《近隣・周辺への配慮》が、実際に優先的建築案にも対立しうることを、<sup>15)</sup>

一九六八年四月一〇日第四部判決 (DVBl. 1969, S. 267 f. || GE 29, 168) が本判決を引きつつ確認している。

これは、隣人訴訟の事案ではなく、優先的建築案たるドライブイン映画館 (Autokino) の建築許可を拒否された建築主が原告となって、みぎ拒否処分を取り消しを求めたものである。映画館は連担建築地区から三〇〇〜四〇メートルのところを予定され、一日二〇〇〇台にのぼる自動車の出入りが予想された。判決は「選択された立地点に関して、公益が対立している」ことを理由に、建築主からの上告を棄却しているが、理由中で、大要次のように述べている。

「ある団地における静穏を維持し、周辺の騒音からこれを保護することもまた法三五条にいう公益に含まれており、この保護は、開発制限地区での優先的建築案の実現にも対立しうる。」適法な既存の連担純粋住宅建築物を著しい騒音から守ることは、良好な都市建設秩序になつており、それゆゑ重要な公益として、開発制限地区の『新しい』計画に対立しうる。」(268)

(二重鉤内原文イタリック)

⑬連邦行政裁判所第四部一九六八年一月二日判決 (DVBl. 1969, S. 263 ff.)<sup>(15)</sup>

本判決は、既存の優先的事業を営む者からの公法上の建築隣人訴訟を一般論として承認した重要判決である。その理由づけが重要である。つまり、《交換関係説》・《画定可能説》への言及がなく、もっぱら優先的事業が連邦建設法の立法者によつて開発制限地区に割り当てられているという、優先的事業の持つ法的地位の特殊性が強調されているのである。注目されるべきは、係争建築許可根拠規定の隣人保護的性格が論じられていないことである。これは何を示唆しているのだろうか。

本件では、ある農家が得た車庫付住宅の建築許可を、これもまた優先的事業である農業を営む隣人が争っている。原告は、本件建築許可により、自然保護、耕地整理の実施に打撃が生ずる、と主張した。係争許可の根拠規定が、法三五条の第一項か、第二項か不明である。判決は、大要次のように述べて、上告を棄却している。

「本件においては、隣人原告自身が農家として優先化されている。けれども、学説・判例上の通説は、このような場合でも、法三五条は主観的隣人保護を与えないとしている。しかしながら、優先化された者に、新しい建築案に対する排除請求権 (Abwehranspruch) が帰属するかという本件の問題にとつては、異なる考察が必要である (263)。

当法廷は一九六七年一〇月二五日判決において、優先的建築案は立法者の決断によつて、原則として、開発制限地区に属していることを指摘した。したがつて、法三五条一項の法的規律は、法三〇条にもつく計画地区内の土地を利用しようとする建築主よりも僅かな権利 (Rechte) を国民に与えているのではない。つまり、その構造・機能の点で、法三五条一項は法三〇条に比較することができる。このことが、法三五条一項の『一般的計画化』による受益者には、計画地区の土地所有者と比較

できる権利 (Rechte) が与えられているとの考えを引き起こす。けれども、ここには、<sup>7</sup> 具体的、計画地区に存在するような統一性が欠けている。法三五条一項から生ずる受益は、Bプランの場合と異なり、特定の地域的人格と特定の利用の確定のものにはない。むしろ、その受益は優先化の中にあり、受益者の請求権 (Anspruch) は、優先的状态を妨げられずに利用できることだけにむけられている。したがって、優先化された者は、彼を保護する公益であつて、その無視が、新しい建築案の許容をもたらし、彼の優先性の継続的行使と優先的建築状況の行使を (事実上 (faktisch)) 問題にするか、もしくは、著しく打撃するような公益だけを引き合いに出すことができる (263 f.)。

新しい建築案が優先的か否かは問題ではない。決定的なのは既存の優先的状況に対する阻害的效果だけである。建築案が阻害的なときには優先化されたものは、優先的建築案に対してさえ、対立する公益を引き合いに出すことができる。開発制限地区でなされるプロジェクトが多様であるため、しばしば、それらは相互に排他的なものである。この場合、対立する公益はその根を、優先的地位を受け取り、先住原則を主張できる者の権利に持っている。これに対し、既存の状況を阻害せず、既存の優先的状況にかかわらない公益が対立するに過ぎないときには、優先的所有権者は当該建築案に法三五条を用いて抵抗することはできない (264)。本件がこれである (264 f.)。(引用符原文、傍点引用者)

《保護規範説》のありうる内容理解のひとつとして、公法上の建築隣人訴訟においては、係争建築許可根拠規定の隣人保護的性格が検討されなければならない、とする理解が考えられる。ところが本判決は根拠規定の性格を問題にしていない。判決によると「新しい建築案が優先的か否かは問題ではない」のである。根拠規定が法三五条一項なのか、二項なのかは不明で構わないのである。したがって、この理解に立つとき、本判決を法三五条一項に隣人保護的性格を認めたものと理解することはできない。判決の論理によると、優先的事業を営む原告に「権利」が承認される根拠は、連邦建設法の立法者が優先的事業のためにも開発制限地区を創設していることであろう。判決の視線は新しい建築案への建築許可根拠規定ではなく、原告隣人の既存の優先的法的地位に注がれている。<sup>16</sup> 本判決の論理は、どのように理解されるべきだろうか。

ところで、本判決によれば、原告は問題となる公益侵犯のすべてではなく、原告を保護する公益であつて、その侵犯が原告の優先的地位（権利）を阻害するような公益侵犯だけを引き合いに出すことができる。したがつて、公法上の建築隣人訴訟において原告が勝訴するためには、原告隣人に「権利」が存在し、係争建築許可が違法であつて、しかも当該違法と原告の権利・地位への阻害・打撃との間に関連のあることが必要なのだと考えられる。

⑰ 連邦行政裁判所第四部一九七一年四月一六日判決（DVBl. 1971, S. 746 ff.）<sup>(17)</sup>

みぎにみた⑱一九六八年判決は、係争建築許可の根拠規定を無視し、隣人原告の有する優先的地位に注目して、ここに原告の「権利」を見いだしていた。本判決は、本件で適用されるBプランが、原告ら主張のように無効であるならば、根拠規定は法三五条二項であると明言しながら、この規定の隣人保護的性格を問うことなく、やはり原告らの有する優先的地位から、「権利」を導き出している。したがつて、本判決は⑳一九六八年判決の趣旨をいつそう明確にし確認したものと理解できる。

本件の事案は、開発制限地区で、一九〇三年以来、営業法一六条以下の許可を得て濃厚飼料工場を営む者とその土地の所有者が、工場から一五〇メートルのところまで接近してきた住宅建築案に与えられた建築許可の取り消しを求め、また予想される建築許可の不交付の義務づけを求めて争つた、いわゆる予防的不作為請求訴訟である。工場は駅の南西にあり、住宅密集地域から約一キロメートル離れていた。ところが、工場と駅の間を工場の敷地に至るまで住宅地域に指定したBプランが策定され、みぎのように住宅が建築され始めたため、原告らは連邦建設法一条四項違反を理由にBプランの無効を主張した。原審行政裁判所は原告適格を否定し訴えを却下したが、本判決は訴えの適法性と原告適格をもとに認め、事案を上級行政裁判所に差し戻した。本判決は、㉑一九六八年判決の判旨を引用してから、さらに大要次のようにつづける。

「当法廷にとつて、以前の計画の保障は問題ではない。むしろ、優先化された者が、その優先的地位の行使を阻害する新しい建築案に対抗できる法根拠だけが必要である。それは法三五条一項のなかに見いだされる。」

「被告が引用する一九六七年一〇月二四日判決<sup>⑧</sup>は、本件と同じく、「自己の周辺の新規の施設への配慮を将来なすこと、および、施設に将来生ずるかもしれない損害に関する補償の支払いとを予め阻止しようとした鉱山所有者の訴えを敗訴させている。しかし、本件とは法および利益状況が異なっている。まず、ここでは、営業法一六条以下の許可が問題だったが、本件では——Bプランが無効だとすると——法三五条二項にのみとづく建築許可が問題である。一九六七年一〇月二四日判決によれば、隣人は営業法一六条以下によって、施設自体から生ずる危険、損失もしくは汚染から保護されている（しかも、客観法上も主観法上も）。これに対し、開発制限地区における隣人は、優先的隣人が<sup>⑨</sup>一九六八年判決によって示された範囲で引き合いに出すことのできる公益によってのみ、客観法上保護されているにすぎない。こうした法状況の違いにより、本件は一九六七年一〇月二四日判決の事案から区別される。次に、本件原告の事業は開発制限地区に割り当てられ優先化されている。これに主観法上結び付く保障は、優先化された既存の状況の妨げられることのない継続的行使に係っている。それゆえ、原告事業主の利益状況——権利——は、既存の優先的状況に関する公益が対立するような建築案の排除に向けられている。〔これに対し、一九六七年一〇月二四日判決においては〕鉱山所有者は、与えられた地下利用の機会を未だ利用していなかった。」(748) (傍点引用者)

以上のほか、連邦行政裁判所第四部の判決には、「建築法上の全体状況と一致した隣接地の利用に対する配慮原則は、法三五条二項にいう《公益》として、ミニゴルフ場の許容性に対立しうる」こと、および、「優先的建築案が問題とならない限り、法三五条は隣人保護効を持たない」ことを確認した、<sup>⑩</sup>一九七二年三月三日判決 (DVBl. 1972, S. 684 f.) と、法三五条二項は法三四条と同じく隣人保護的作用を持たないことを確認した、<sup>⑪</sup>一九七六年三月二六日判決 (GE 50, 282 (385)) がある。<sup>20</sup>ともに一切の理由づけを与えていない。むしろ、後でみる所有権にもとづく公法上の建築隣人訴訟を認めたものとして意義のある判決である。

### 3 まとめと若干の検討

(1) はじめに、法三四条関連判例も合わせて、以上をまとめることにしよう。まず、一九六〇年法三四条(15)一九六九年判決と法三五条二項(16)一九六七年判決に隣人保護的資格は認められていない。そのおもな理由は、いずれにあって、自称権利者・保護されるべき者の範囲が画定できないことである。ここでも《画定可能説》が採用されている。これに対して、法三五条一項にいう優先的事業を営むものには「権利(Rechte)」が認められている(16)一九六八年判決、(17)一九七一年判決)。ここでは《画定可能説》への言及はない。

つぎに、法三五条一項に関する判例において(16)一九六八年判決、(17)一九七一年判決)、係争建築許可根拠規定の性格は問題とされず、原告隣人の法的地位の優先性が決め手になっている。これに注目すべきである。「新しい建築案が優先的か否かは問題ではない」(16)一九六八年判決)のであるから、判例の関心は建築許可の根拠規定ではなく、原告の有する法的地位・権利利益にむけられている、といえるのである。

さらに、原告隣人が勝訴するためには、建築許可の違法であることと原告の権利への打撃があること、そして両者の間にある種の関連があること、以上の条件の存在が必要だとされていると考えられたのである(16)一九六八年判決)。

#### (2) 建築許可根拠規定と権利根拠規定

①ここでは、とりわけ(16)一九六八年判決・(17)一九七一年判決と、(18)一九六九年判決など他の判決との関係が問題となる。本稿がこれまで紹介検討してきた裁判例の多くは、免除が争われた事案を除いて、(19)一九六九年判決の判断枠組みをとっていたように思われる。すなわち、建築許可の根拠規定が許可の適法性の判断基準であると同時に、隣人原告の権利の存否を判断する基準でもあったように思われるのである。ところが、(16)一九六八年判決・(17)一九七一年判決は、両者を分けている。少なくとも、建築許可根拠規定と権利の根拠規定との同一性を要求していない。こうした態度の

違いの原因はなんであろうか。ほんとうに違ふのだろうか。⑯一九六八年判決・⑰一九七一年判決は、⑱一九六九年判決のとる判断枠組みと整合的統一的に理解説明できないのだろうか。この問題を解く手がかりをいわゆる越境隣人訴訟が与えてくれる。

越境隣人訴訟とは、建築主と原告隣人とがたがいに異なる地域地区にいる隣人訴訟をいう。⑲ベルリン上級行政裁判所一九六一年二月六日判決、⑳連邦行政裁判所一九七三年一月二日判決、㉑一九六七年一月二日判決がそうであり、またBプランが有効であるなら㉒一九七一年四月一六日判決もそうである。この類型においては、建築許可の根拠規定と原告隣人の法的地位とは、通常関係がない。

たとえば、完全Bプラン適用地区の住居専用地域にいる原告が、境界線の向こう側の開発制限地区のなかで作られようとしているプタ小屋の建築許可を争うという場合、根拠規定は法三五条一項であるが、原告隣人の法的地位に特色を与えているのは住居専用地域というBプランの指定である。これと同様のことが、開発制限地区においても生じうる。つまり、ここでは既存の原告隣人が自分の法的地位にかかわるものとして提出できる規定には、法三五条一項と二項のふたつが考えられる。優先的事業とその他の事業とが区別されているからである。原告は自己の事業の種類に応じて、いずれか一方を自己の法的地位にかかわる規定として提出できるのである。これは係争建築許可の根拠規定とは関係がない。新規の建築案がその他の事業にかかわる建築案であり、根拠規定が法三五条二項であつても、隣人原告が優先的事業を営む者であれば、原告はその優先性を主張できる。

これに対し、建築許可の適法性判断基準と原告隣人の権利存否判断基準とをともに法三四条であるとした㉓一九六九年判決において、建築主（建築案）と原告とはともに連担建築地区にいた。すなわち、原告隣人が自分の法的地位にかかわる規定として提出できたのは、さしあたり法三四条だけだった事案なのである。<sup>22)</sup>

このように、⑳一九六八年判決・㉑一九七一年判決と、㉒一九六九年判決などの違いの原因をいちおう説明するこ

とができよう。しかし、こうした違いは表面的なものであることもまた明らかになったように思う。すなわち、いざれにあつても、原告隣人の権利存否判断の決め手は、原告が自己の法的地位にかかわるものとして提出することのできる規定なのである。<sup>23</sup>一方では、それを建築許可根拠規定以外に求めることができたのであり、他方では、さしあたり根拠規定しかなかったただけなのである。「まさしくこの「越境隣人訴訟の」例が、許可の依拠する規範もしくは指定だけが重要なのではない、ということを示している」といえるのである。

もつとも、こうした説明では、建築許可根拠規定と権利賦与規範とが分断される。それでも構わないともいえるが、連邦行政裁判所は、<sup>16</sup>一九六八年判決・<sup>17</sup>一九七一年判決を手がかりにして、両規定の架橋を試みているように思われる。《配慮原則》にもとづく隣人訴訟がそれであるように思う。第四章で論じる。

②法三五条一項に関する<sup>16</sup>一九六八年判決・<sup>17</sup>一九七一年判決において、《画定可能説》への言及がなかったが、これをどのように評価すべきだろうか。速断はできないけれども、原告隣人が優先的であること、そのことが権利ある者の範囲の画定を可能にしている、と理解できるようにも思われる。ここでは十分な検討をする手がかりが欠けている。

### (3) 係争利益の種類と打撃の程度

ところで、建築規定の隣人保護的性格を判断するにあたって、係争利益の種類とそれへの打撃の程度とが重要な役割を演じているように思われることをすでに指摘しておいた。この観点をここでの判例の分析・検討にあてはめるとどうなるだろうか。

まず、法三五条一項にいう優先的事業には高い法的地位が与えられているといえよう。判例によれば、連邦建設法の立法者自身が一般的に計画して、この事業に開発制限地区を割り当てたことが、その理由である。また、「相互に排他的」<sup>(16)</sup>一九六八年判決」とされているように、優先的事業の中には、周囲の変化に対して敏感なものがある。

問題は、法三四条において生ずる。詳しくは後に譲るけれども、法三四条自体には隣人保護的性格は認められず、一定の要件のもとで、所有権に直接もつづく隣人訴訟がここで登場していることに問題がある。ここでは、重大かつ受忍できない打撃の継続することが勝訴要件になっている。基本権たる所有権という重要な権利利益が問題になりながら、厳格な要件がここに課されているのはなぜだろうか。

\* \* \*

以上で《保護規範説》にもとづく判例の検討を終える。つぎには、学説（《保護規範説》）の理解を見ることにしよう。

- (1) Vgl. K. Redeker, „Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (I)“, DVBl. 1984, S. 870 ff. (873 mit Fn. 34); vgl. auch H. Weber, „Rechtsprechungsübersicht“, JuS 1969, S. 593.
- (2) 判決引用文中の数字は判例集の該当頁数。
- (3) 本判決は、次に紹介するような理由づけのほか、本条が計画代替物か代替計画かを論じ、結論として計画ではない、とも述べている。どれほど意味のある議論か疑問であるので、省略した。
- (4) 引用部分で本判決が問題にするのは、「法三四条の規律の維持を求める権利」であって、「法三四条の隣人保護的性格」ではない。両者の関係はおくとしても、判決はその理由づけの中で、法三四条に隣人保護的作用 (nachbarschützende Funktion) を認める見解には従えないとしたり、自らの見解を、法三四条は隣人保護効果を持たない (keine nachbarschützende Wirkung enthalte) とする見解だと述べているほか、みぎ引用部分も、さきに取り上げたライヒ車庫法一条一項一号の隣人保護的性格を否定した<sup>5</sup>一九六七年判決と、本稿でもあとで取り上げる法三五条二項の隣人保護的性格を否定した<sup>6</sup>一九六七年一月二日六日連邦行政裁判所第四部判決とを引きながらの説示であることから、判決全体の枠組みとしては「法三四条の隣人保護的性格」を問題にするものといえるのである。
- (5) Vgl. R. Schmidt, „Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 13. 6. 1969“, NJW 1969, S. 2162 f. (2162).
- (6) DVBl. 1970, S. 60 f.; DVBl. 1970, S. 65 f. (66) = NJW 1969, S. 1786 f.

- (7) BVerwG, Urt. v. 25. 6. 1969, DVBl. 1970, S. 66; Urt. v. 19. 9. 1969, DVBl. 1970, S. 62 ff. (62).
- (8) BVerwG, Urt. v. 26. 3. 1976, GE 50, 282 (285); Urt. v. 14. 4. 1978, DVBl. 1978, S. 614 ff. (615, 616).
- (9) BVerwG, Beschl. v. 13. 2. 1981, NJW 1981, S. 1973; Urt. v. 13. 3. 1981, DVBl. 1981, S. 928 ff.
- (10) 山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(II)」自治研究五九巻一―号(一九八三年)一〇五頁以下、一二二頁以下注(6)′(7)′(19)参照。
- (11) ハルトゥルスヘルガーの論文(R. Bartsperger, „Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts“ VerwArch. 1969, S. 35 ff.)は、本判決を契機に、判例を批判するために書かれたものである。なお、判決引用文中の数字は、判例集の該当頁数。
- (12) ハルトゥルスヘルガーは、この判例の中に、秩序行政においては、私益の保護はたゞ行政のみ委ねられている、というフロイセン上級行政裁判所の判例が生きてゐる、とする。Vgl. ders. aaO (Fn. 11), S. 54.
- (13) Vgl. H. Sandler, „Der Nachbartschutz im Städtebaurecht Teil 2. Nachbartschutz im nicht beplant Innenbereich, im Außenbereich und im Genehmigungsverfahren zum Bodenverkehr“, Baur 1970, S. 74 ff. (76) (「バウ」車庫法一一条一項一号の事例におけるように、このように多く、連邦建設法三五条一項は、このように、規範は、このように、特定され画定された権利者の範囲が欠けてゐる。」)
- (14) Vgl. auch Bartsperger, „Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1968“, DVBl. 1969, S. 265 ff. 判決引用文中の数字は、判決掲載誌の該当頁数である。
- (15) H. H. Friauf, „Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgewaltigen Rechtsprechung“, Jura 1969, S. 3 ff. (15).
- (16) Vgl. W.-R. Schenke, „Baurechtlicher Nachbartschutz“, NuR 1983, S. 81 (89 mit Fn. 73).
- (17) 本判決は、このように、参照、遠藤博世『自治行政法』(一九七六年)二二〇頁以下。
- (18) Vgl. U. G. Berger, Grundfragen unweltrechtlicher Nachbarlagen, 1982, S. 107; F. Weyreuther, Bauen im Außenbereich, 1979, S. 309.
- (19) DVBl. 1968, S. 35 ff. mit Anm. H. Schröder.
- (20) Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 7. 1977, GE 54, 211 (225).

- (21) 法の一般原則の登場などを除いて、行政行為の根拠規定(ときとして、根拠法令の趣旨・目的)以外に、通常、適法性判断基準はないように思う。それゆえ、次の表現は、本文に示した見解と同じことであろう。つまり、「その侵犯を原告が主張している規範によつてのみ、原告に権利があるかがわかる。」(BYVerwG, Urt. v. 6. 12. 1967, GE 28, 268 (271) = DVBl. 1968, S. 651 ff.; vgl. auch Urt. v. 17. 2. 1971, DVBl. 1971, S. 754 (755)).
- (22) Vgl. Weyreuther, „Behauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz“, Baur 1975, S. 1 ff. (8).
- (23) したがつて、<sup>16</sup>一九六八年判決・<sup>17</sup>一九七一年判決の枠組みの方が一般的といえよう。
- (24) Vgl. O. Schlichter, in: Schlichter/R. Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 1989, Erster Halband, S. 582 (Rd. 53). Vgl. auch F. O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1980, Rd. 8 ff. zu § 9 (行政手続法の分野であるが、次のように述べている。つまり、「国民の保護に役立つ法規は、予定された行政行為の根拠法律であるいは、求められた行政行為の授權法律の中に、含まれていることは必要でない。」「保護された法的地位、つまり行政手続法にいう権利は、とりわけ広く、憲法から、特に、基本権から生ずる。」。)
- (25) Vgl. Klaus Meyer, „Die neueste Entwicklung des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht“, DWW 1968, S. 122 ff. (124)。「法三四条適用領域における隣人訴訟に反対する主要な問題点、すなわち、保護された人々の範囲と保護法益を画定することが困難であるとの問題は、法三五条一項一号〜四号による優先的事業の確定によつて、広範に取り除かれている」ということは確かに正しい。)

第二款 学説(《保護規範説》)

《保護規範説》を含む権利論一般については、多くの優れた紹介・研究がすでにある。ビューラー(Büller)、『パッホフ(Bachof)』、ルップ(Rupp)、『エンケ(Henke)』らの学説研究である。そのため本稿では、これら学説の検討には立ち



トリー法制とを比較検討している。<sup>①</sup>この論文は、訴訟における《保護規範説》の機能を、しかも建築隣人訴訟に即して説明するほとんど唯一のものであるため、詳しく紹介検討することにした。

## 2 名宛人と第三者の違い

さて、ベッターマンによると、オーストリーでは、西ドイツと異なり、行政決定 (Becheid (西ドイツでいう行政行為)) の違法性だけが本案判決の対象とされ、権利・権利への打撃の存否は訴訟要件の問題であるとされている。<sup>②</sup>また、原告適格を有する者は、行政決定が違法なとき、当該決定によって権利を毀損 (verletzt) される者、もしくは主張される行政決定の違法によって権利を毀損される者、と定式化される。係争行政決定によって権利を打撃される (Beeinträchtigt) 者、という定式もある。<sup>③</sup>このように定式化される原告適格の構成要素を、ベッターマンは次の三点に分類整理している。

①原告は行政決定により打撃されていること、②この打撃は法的な (rechtliche) 打撃であり、また、③直接的な (unmittelbare) 打撃であること、である。最後の③は、具体的には、「行政決定は原告を直接に、すなわち第三者の介入なしに打撃しなければならぬ。つまり、行政決定の法的効果は第三者を経由して初めて原告に届くものであつてはならない。」<sup>④</sup>ということを意味している。

ベッターマンによれば、みぎ<sup>⑤</sup>は「法律で明示されることは殆どないものの、実務では広く認められている。その正当性は、二次的に (sekundär) 打撃を被るにすぎない者は、行政行為を抗告するかしないかの決定を一次的に (primär) 打撃を被る者に任せるべきだから、ということから生ずる」。この③の原則的観点が意味をなさなくなる場合として、ベッターマンはふたつの類型を挙げる。まず、行政庁が処分名宛人に対して第三者への侵害行為 (Bingriffe) を命ずる場合である。この場合には、行政庁は当該侵害行為を自己の行為と考へなければならぬ。他のひとつは、一次的に打撃を被る者、通例名宛人が、とりわけ係争行政行為が名宛人にとって負担ではなく利益となるため、これを攻撃しない場合である。この典型的事例が建築隣人訴訟である、<sup>⑥</sup>という。

以下、《保護規範説》の果たす機能が説明されていく。

## 3 《保護規範説》の機能

まず、ベッターマンは、今世紀の比較的早い時期から、隣人訴訟を許していたオーストリーの判例において、抗告事由 (Anfechtungsgründe) と裁判所の審査権限とが制限されていることを指摘する。すなわち、「係争行政行為のすべての違法が審査され、取消 (Aufhebung) を正当化するのではない。原告 (Anfechtenden) の保護を目的とする規範を侵犯する (verletzt) ような法違反だけが取消を正当化する。行政行為がすべての違法ではなく、保護規範違反だけを理由に抗告されるのであるなら、行政行為は保護規範違反のみを審査され、『保護規範違反』だけを理由として取り消され (aufgehoben) うる。」<sup>14)</sup> (二重鉤内原文イタリック) というのである。

同様の事態はしかし西ドイツ VwGO 一三條においても存在する。VwGO 一三條からわかることとして、次のようにいう。

「行政行為が原告の保護を目的とする法律を侵犯しているかぎりで抗告されるとき、行政裁判所もまた、行政行為をこの種の法侵犯についてだけ審査し、そういう法侵犯だけを理由にこれを取り消すことができるのであって、他の法的瑕疵を理由にはできない。なぜなら、VwGO 一三條一項一文は、『行政行為が違法で、原告が『そのことにより』自己の権利を毀損されている』ことに、行政行為の取消 (Aufhebung) をもとづかせているからである。客観法の侵犯が同時に権利毀損を含み、当の被害者が取消 (Aufhebung) を申立てるかぎりでのみ、行政裁判所は係争行政行為を取り消し (kasieren)、取消訴訟を認容する (stattgeben)。第三者の権利と無関係な許可 (Erlaubnis) は、この第三者を保護する規範に反したときにかぎり、第三者の権利を毀損できる。この法違反によつてのみ、第三者はその権利を毀損されるのであり、この法違反を理由としてのみ許可の取消を求められる。行政行為に付着しうる他のすべての違法を、保護規範を侵犯された者 (Schutznormverletzte) は主張できない。なぜなら、それらの違法によつて彼は毀損され得ないからである。行政裁判所もまた、そういう違法を審査できず、その者のために許可を取り消すことはできない。」(引用符原文、二重鉤内原文イタリック)<sup>15)</sup>

「隣人訴訟と競業者訴訟 (Konkurrentenklagen) は、『制限された抗告事由、したがってまた、制限された適法性審査

(Rechtsmäßigkeitssprüfung)を伴った訴訟(Klagen (Beschwerden))』である。抗告、審査、そして取消は隣人もしくは競業者を保護する規範に制限されている。」(二重鈎内原文イタリック)

みぎの引用部分で、訴訟における《保護規範説》の機能が語られていると考えると考えて間違いない。そして、ベッターマンにあつて、《保護規範説》は、抗告事由と、審査範囲を、それぞれ制限するものとされているのである。VWGOにあつてはいずれも本案の問題である。ベッターマンの《保護規範説》は本案を規定する理論なのである。<sup>17)</sup>

#### 4 問題点

しかしながら、ベッターマンの説明にもかかわらず、判例がみぎにみた種々の制限を課しているかは、別途論証されるべき問題でありうる。実際、ベッターマンも憲法抗告(Verfassungsbeschwerde)をめぐる連邦憲法裁判所の判例がこうした制限を課していないことを大要次のように批判しつつ指摘しているのである。学説と判例との間には懸隔がありうるのである。

「連邦憲法裁判所法九〇条一項によると、憲法抗告は基本権毀損(Verletzung von Grundrechten)にのみ依拠できるにもかかわらず、連邦憲法裁判所は許容された憲法抗告において、係争高権行為を、たんに基本権違反(しかも抗告人によつて攻撃されている基本権違反)についてのみならず、すべての憲法違反について審査する権限を持つとしてゐる。これは一般訴訟法原理に一致しないばかりか、法律違反である。」<sup>18)</sup>

問題は学説と判例との関係にばかりあるのではない。ベッターマンにおいても、行政行為によつて直接打撃を被る者、つまり名宛人が原告になる場合には、行政行為のすべての違法が原告名宛人の権利を毀損するものと理解されている。行政行為は原告を法的に困難な状況にしている(rechtlich beschwert)ことがその理由である。ここで毀損されるのは違法な強制からの自由を求める基本権、自由と財産への違法な侵害の差止めを求める基本権である、とされている。<sup>19)</sup>と

ところが、「そういう包括的な不作為請求権は原告「隣人」に義務を課さず、権利を削減することもなく、ただ原告の利益 (Interessen) に反するにすぎないような、他の第三者「建築主」に利益を与える行政行為「建築許可」に対しては存しない。ここでは、原告を保護する規範の侵犯に原告の不作為請求権は制限されている。」<sup>(20)</sup> というのである。では、なぜ隣人にはかくも広汎な《包括的不作為請求権》は承認されないものであろうか。<sup>(21)</sup>

ベッターマンは、名宛人が原告の場合だけが「権利毀損 (in seinen Rechten verletzt)」という法律文言によってカバーされるといふ。「これに対して、保護規範侵犯にもとづく利害関係者訴訟 (Interessentenklage) の許容は、抗告権 (Anfechtungs-befugnis) の裁判官による拡大である。この正当性は、ドイツでは、民法八二三条が損害賠償法上、保護法律 (Schutzgesetz) 侵犯を権利毀損 (Verletzung eines subjektiven Rechts) と同一視していること、またこの同一視は慣習法として発展してきた準不法行為的な、また準物権的な不作為・除去請求権にもあてはまることに有している。違法な行政行為の取消請求権は公法上の妨害排除請求権の一形態なのである。」<sup>(22)</sup> (引用符原文)

みぎ引用部分を含め、全体としてみてもなお、なぜ保護規範侵犯に隣人の不作為請求権は制限されなければならないのか、なぜ隣人訴訟において隣人の基本権は話題にならないのか、不明のままであるように思う。法的な困難がなく、「権利毀損」のないとされるところで、保護規範を媒介にして、裁判官がいわば法創造したものが公法上の建築隣人訴訟である、と説明されているだけである。隣人の権利は保護規範によつてのみ与えられ、その他の権利、特に基本権の登場しない理由は説明されないのである。なぜだろうか。

(1) K. A. Betermann, „Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung. Nach österreichischem und deutschem Recht“, in: H. W. Fasching/W. Kralik (Hrsg.), Festschrift für Hans Schma zum 75. Geburtstag, 1969, S. 71 ff.

- (2) AaO (Fn. 1), S. 77.
- (3) AaO (Fn. 1), S. 79.
- (4) AaO (Fn. 1), S. 79 f.
- (5) AaO (Fn. 1), S. 80.
- (6) AaO (Fn. 1), S. 80.
- (7) eingehend, aao (Fn. 1), S. 81 f.
- (8) eingehend, aao (Fn. 1), S. 82 ff.
- (9) eingehend, aao (Fn. 1), S. 84 ff.
- (10) AaO (Fn. 1), S. 84.
- (11) AaO (Fn. 1), S. 84.
- (12) AaO (Fn. 1), S. 85 f.
- (13) AaO (Fn. 1), S. 86 ff.
- (14) AaO (Fn. 1), S. 87.
- (15) AaO (Fn. 1), S. 88 f.
- (16) AaO (Fn. 1), S. 89; ders. „Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsgesetze und Gleichschaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten - oder Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Bedürfnissen der Gegenwart?“, in: D. Merten (Hrsg.), Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsgesetze zu einer Verwaltungsprozessordnung, 1978, S. 91 ff. (96f.).
- (17) ネットマンの《保護規範説》をして、訴訟要件たる原告適格に関する理論だ、とする者があるかもしれない。しかし、ネットマン自身は、原告適格の承認にとって、行政行為の違法と原告がそれによって権利を打撃されているとの主張で足りてゐる。ただ打撃 (Beschwer = Beeinträchtigung = nachteilige Betroffen) の現実の存在を要求しているにすぎない。

5 (ders., „Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess“, in: H. R. Kütz/R. Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, 1963, S. 449 (474).) の終の結論をよす (ders., aao (Fn. 1), S. 77 f. mit Fn.

10)。したがって、ベッターマンの《保護規範説》を原告適格の次元で理解するのではなく、そのものである。

(21) AoO (Fn. 1), S. 88. 46の註に於て ders., „Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, AöR 1967, S. 496 ff. (530 f.). なおこの「行政訴訟は個人の権利を保護する制度である」として、連邦憲法裁判所との違いを説明するものとして H. D. Jarass, „Die Gemeinde als Drittbetroffener“, DVBl. 1976, S. 732 ff. (736 mit Fn. 43) がある。憲法抗告制度を客観的統制制度と理解しているようである。さらに参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（一九八三年）一五五頁注(40)、『ケイツ判例百選』（一九六九年）八三頁（遠藤博也執筆）。

(61) Vgl. aoO (Fn. 1), S. 89 f.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 9. 7. 1967, GE 27, 181 (185).

(20) AoO (Fn. 1), S. 90.

(21) 上の疑問の背景事情と一致の答をこのようにして vgl. W. Krebs, „Subjektivem Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle“, in: H.-U. Erichsen/W. Hoppe/A. von Mutius (Hrsg.), System des Verwaltungsrechtsschutz, Festschrift für C. F. Menger, 1985, S. 191 ff. (202 ff.).

(22) AoO (Fn. 1), S. 91. ベッターマンの取消請求権などにつき、小早川・前掲書注(18) 六八頁以下、一三七頁以下参照。

## 二 隣人保護的性格の判断方法

現在、学説上、一般に、ある特定の法規範が第三者保護的性格をもつか否かは、文言・体系連関そして規範目的にもとづく解釈 (Auslegung) によって説明される、と理解されている<sup>(1)</sup>。この点に関する建築法規範の解釈の具体的あり方、判断枠組みについて、学説上、《交換関係説》のほか、《規律対象説》というべき学説が最近主張されている。また、判例理論たる《画定可能説》に対する批判もみられる。《画定可能説》の問題点が紹介される。順に検討する。

## 《交換関係説》

## (1) 《交換関係説》の具体的内容

論

《交換関係説》はすでに繰り返し登場した考え方である。また、最も整理されたベンダー／ドール (B. Bender/R. Dohle) の説明はすでに詳しく紹介されているため、ここでは連邦行政裁判所第四部裁判官 (現長官) ゼンドラーの説明を紹介することにする。一九七〇年の論文の中でゼンドラーは、一般的に次のようにいう。

「Bプランが特定地域を、住居地域であれ工業地域であれ、指定したならば、Bプランは整った都市建設の発展という公益に役立つている。計画の根拠として公益が前面にでる。公益はしかし計画によって打撃を被る所有者の利益と調整される。なぜなら、計画は、たとえば住宅建設のみを許し、その他の建設・利用可能性を原則として排除することによって、土地所有者の諸々の利用可能性を必然的に制限するからである。けれども、この重大な制限に、同様に重要な利得が結び付く。この利得は制限の裏返しである。・・・この調整と、これに結び付く利得と損失の相互依存とは、必然的に、計画に服する人々の連鎖する依存関係をもたらす。もし彼らの内の一人がこの調整関係から逃げ出し、この者に、別種の、事情によってはより広い利用までもが許されるなら、計画に服する他の人々から、利用可能性の制限に結び付いた利得が、その利用可能性の「逸脱者」に「対応する拡大による調整を得ることなく、失われる。」

具体的にはどうか。みぎの引用における省略部分でゼンドラーは次のように述べる。すなわち、「たとえば、住居地域の土地所有者は彼に課される利用制限によって住居の静穏という利得を得、工業地域の土地所有者は静穏を必要とする住民からの様々な苦情に煩わされないという利得を得る。」

このように、Bプランに服するすべての土地所有者の間に、その時々指定に応じて成立するような、土地利用可能性の制限と利得との相互依存関係のことを《交換関係》というのである。これはまた《運命共同体 (Schicksalsgemeinschaft)》・《利用共同体》<sup>(5)</sup> などとも呼ばれる。ここでいわゆる相互依存関係は、Bプランの中でいわば均衡を保っており、

この均衡が破られたとき、均衡を回復する手段として公法上の建築隣人訴訟があると理解されるのであろう。以上から明らかなように、《交換関係説》はまずはBプランに関する理論である。

(2) 《交換関係説》の問題点と若干の検討

《交換関係説》には次のような問題点を指摘することができる。

① まずはBプランに関する理論であるところから、Bプラン適用地区以外への適用には困難が生ずる。ゼンドラーも、法三四条適用地区、すなわち連担建築地区において、土地所有者の計画による法的拘束がないこと、権利者 (Klagebe-rechtigten) の範囲は明確には画定できな<sup>77)</sup>い (nicht klar abgrenzbar) と、これらとともに、《交換関係 (Austauschver-hältnis) 》の<sup>78)</sup>ないこと、を指摘している。ここではそもそも本説を適用する余地はないことになる。

② つぎに、ゼンドラーの説明において、土地所有者だけが語られていることから、《交換関係》の主体は土地所有者<sup>79)</sup>だけだ、と考えられているといえようか。判例分析においてすでに指摘したところである。

③ 最後に、最も肝心なことは、連邦建築利用令一五条に関する<sup>80)</sup>一九七三年一月一四日判決以降、《交換関係説》が連邦行政裁判所の判例に登場していないことである。このことはしかし、連邦行政裁判所の判例において、《交換関係説》が否定されたとか、放棄されたとかいうことを直ちには意味しないであろう。《交換関係説》はなんといつてもBプランに関する理論なのであるから、Bプランの解釈権限をもたない連邦行政裁判所の判例に現れないの<sup>81)</sup>い<sup>82)</sup>わ<sup>83)</sup>ば当然とも言えるからである。しかしこのことはまた《交換関係説》の応用範囲が、理論上はともかく、実務においてはかなり狭いことをも示唆しているといえよう。この点を確かめるために、ここで、《交換関係説》・《画定可能説》の登場状況を振り返ることにしよう。

まず、《交換関係説》がおそらく初めて判例学説に登場したのは、住居地域を紛争舞台とした、一九五二年二月二九

日ベルリン上級行政裁判所判決においてであった。判例分析のところでみたように、本説は下級審を中心に広く学説にも受け入れられていった。そして、判決におけるその意義には問題があるものの、<sup>⑨</sup>一九七三年一月四日連邦行政裁判所判決にも本説は顔を出している。他方、《画定可能説》は、建築法の分野ではないにもかかわらず、<sup>⑩</sup>一九五八年一月三日連邦行政裁判所判決におそらく初登場してから、ライヒ車庫法に関する<sup>⑪</sup>一九六七年四月二十八日判決を経て、連邦建設法三五条二項についての<sup>⑫</sup>一九六七年一月二十六日判決において用いられるに至った。したがって、両説が連邦行政裁判所の判例においても事実として並存した時期があったことになる。ゼンドラーも、みぎ<sup>⑬</sup>の傍点部分で、《交換関係説》とともに《画定可能説》を語っている。そして、判例の分析検討において確認したように、少なくとも建築法においては《画定可能説》が一般的に採用されて行くのである。事案の状況から推測すると、おそらく紛争場面がBプランや、《交換関係》を語り易い側面後退距離に関連したものから、それ以外のものへと拡大していったため、《交換関係説》が次第に登場しなくなったのではないかと考えられる。

もしも現在、Bプランに関するラント下級審の判決においても《交換関係説》が言及されないならば、あらためて本説の存続自体が問われることになる。しかし、Bプランの解釈権限がラント裁判所にあることから、正式Bプランに関する若干の下級審判例を除いて、連邦行政裁判所の判例を中心に検討してきた本稿にとって、この問題の検証は残念ながら断念せざるを得ない。

## 2 《規律対象説》

### (1) 《規律対象説》の具体的内容

《規律対象説》は、トゥリアー大学教授ブローラー(R. Breuer)<sup>(12)</sup>によって提唱されている。また、フライブルク大学

教授ヴァール (R. Wahn)<sup>(12)</sup>、フランクフルト大学教授シュタインベルク (R. Steinberg)<sup>(13)</sup> もこれに同調している。<sup>(14)</sup>

ブロイアーは、一九八三年の論文において、『隣人公権は、隣人間の利益紛争を、隣人間の利用の整序、調和そして調整という公準 (Postulate der Zuordnung, Verträglichkeit und Abstimmung) に基づいて規律し、平衡状態 (Ausgleich) に持ち込む建設計画・建築法の諸規定、もしくは補充的な土地・環境保護法の同様の諸規定の適用において承認される。』適用可能な (anwendbaren) 規定の客観的規律対象 (objektiven Regelungsgegenstand) が決め手である。<sup>(15)</sup> (二重鈎内原文イタリック) とした。

具体的にはどうであろうか。みぎ論文は「建築隣人保護の実体法構造を解明する試み」の「スケッチ」<sup>(16)</sup> を目的としているため、詳しい説明はないが、次の指摘がなされている。すなわち、①正式Bプラン適用地区においては、建築的利用の用途指定のみならず、密度指定にも隣人関係にとって有意な (nachbarrelevante)、すなわち隣人間の利益紛争を規律する法規範 (nachbarlichen Interessenkonflikt regelnde Rechtsnorm) たる性質が承認されること、②法三四条一項、三項についても同様。また、③開発制限地区においては、優先的事業に関する法三五条一項のみならず、隣人間の利益紛争を規律している限りで、法三五条二項、三項も隣人関係にとって有意である、とされている。さらに、④連邦インミッション防止法二二条以下も、隣人間の利益紛争を規律しており、隣人関係にとって有意である、とされる。特に③④はトートロジーの感を免れないであろう。それはともかく、要するに、《隣人間の利益紛争を規律する規範が隣人保護規範である》、とされているといえよう。

ただし、注意されなければならないのは、ブロイアーが、法律・立法者意思を中心とする《保護規範説》と、後に紹介する基本権にもとづく隣人訴訟を認めた判例理論とを組み合わせる本説を構築していることである。すなわち、「隣人公権は、建築監督庁が隣人間の利益状況に平衡状態をもたらすような規定に違反したとき、基本権に基礎を持つ、物権

的な不作為、妨害排除請求権として登場する。」<sup>(18)</sup> というのである。物権的請求権であるところから、隣人公権は「隣人の具体的な打撃 (konkrete Beeinträchtigung)」を要件としている<sup>(19)</sup>、とプロイアーはいう<sup>(20)</sup>。このように、本説は基本権との関係を正面から考慮しているなどのため、法律・立法者意思を中心としたいわば伝統的な《保護規範説》と区別して、《新保護規範説》とも呼ぶべきものである。本説については基本権にもとづく判例学説の検討の後、あらためて取り上げることにはしたい。

## (2) 《規律対象説》の問題点と若干の検討

《規律対象説》には次の問題点を指摘することができよう。

①まず、《隣人関係にとつて有意味な規範》・《隣人間の利益紛争を規律する規範》という概念の有用性に疑問があらう<sup>(21)</sup>。しかし、この点はさしあたりプロイアーらの今後の具体化に待つべきであらう。また、隣人範囲の画定機能を期待される《具体的打撃》についても同様である<sup>(22)</sup>。

②理論的には以下の点が問題である。つまり、文字通りに《規律対象》だけをもって保護規範たること、つまり権利賦与規範たることの判定基準にすることは、《立法者意思》の要素を完全には捨て去っていない伝統的な「権利」の定義を変えない限りは無理ではないか、と考えられる<sup>(23)</sup>。

もっとも、文字通りに《立法者意思》を問う方法よりは客観的で、より曖昧でないということはできよう。そればかりか、そもそもすでにビューラーという私益保護性要件の判断基準は、規範の実際の保護機能であると評価することが可能であったし<sup>(24)</sup>、そこではひとたび私益保護性要件が認められたなら、もっぱら公益目的を強調する立法理由さえ、必ずしも意思力賦与性要件の充足を否定する決め手とはなっていない<sup>(25)</sup>。また、バッホフにおいてさえ、《立法者意思》は歴史的・主観的なそれではなく、現実的・客観的なそれであるとされてきた<sup>(26)</sup>。さらに、判例の分析・検討において指

摘したように、判例上、建築法規範の隣人保護的性格判断において、「係争権利利益の種類とそれへの打撃の程度」が重要な役割を演じているのではないかと考えられた。《画定可能説》も《立法者意思》を基準にするものとは言い難い。下級審ながら、その適用がみんなの利益になるなら公益保護規範、特定の人々の利益になるなら私益保護規範とするものもあった。

全体として、意思という主観的事情よりはむしろ、それを適用したとき、誰が利益を得るかといった係争規範の現実的・客観的な機能・作用が重視されているように思われる。

しかしながら、イエーリング(R. v. Jehring)の権利観を前提にするパッホフにおいてはもちろん、ビューラーに於いても、意思力賦与性要件のところで《立法者意思》の要素が残っていた。<sup>29</sup>一九世紀後半に成立したドイツ国法学・行政法学の伝統に立つかぎり、どういう形でかはともかく、《立法者意思》を捨て去ることはできないのであろう。そうすると、規範の文言・体系連関、そして立法理由や規範目的といった《立法者意思》と、規範の現実的機能・作用という二つの側面を総合考慮することになる。これはまた、客観的な立法者意思を探索しようとする理論と同様のものといえようか。こうした二面性は、所詮、意思という内心の事情を客観的にしか探ることのできない我々の宿命なのであろうか。

### 3 《画定可能説》批判と若干の検討

最後に、判例理論たる《画定可能説》への批判を検討する。

#### (1) 《画定可能説》批判の具体的内容

①本説の目的は建築主の保護にあると考えられるが、建築主を保護する必要性はそれほど大きくない。<sup>32</sup>

②他の分野では、隣人概念は関係法規の保護目的と有害施設の現実の (tatsächlichen) 影響範囲とによって決められている。つまり、訴える権利を持つ (Klageberechtigten) 隣人の範囲の制限 (Umgrenzung) は建築家の現実の妨害範囲による。<sup>(33)</sup>

③建築法以外に、保護された人々の・数的に制限された範囲という要件を課すものはない。<sup>(34)</sup>

④権利者の明確に画定された範囲を教えてください。規範などほとんどない。<sup>(35)</sup>

## (2) 批判の問題点と若干の検討

みぎの批判のうち①③に対しては、次のように反論しなければならない。すなわち、建築主を隣人以上に保護する必要はないということまでは言えようが、建築主の保護を考慮する必要はないとまでは言えないであろう。

また、たとえば、営業法 (現行・連邦インミッション防止法)・原子力法などにおいて、たしかに《画定可能説》は登場していないように思う。しかし、これらの法制度にあつては、計画確定手続類似の、事前の行政手続が整備されていることに注意しなければならない。<sup>(36)</sup>ここでは事業計画案は新聞などを用いて公示され、異議申出手続と討論会などを経て、施設などの許可が交付される仕組みになっている。すなわち、いわば行政行為の事前告知ともいべき制度が存在しているのである。そしてこの異議申出期間内に異議の申出をしなかった者は、後日下される施設許可などに対し原則として行政訴訟を提起できないことになっている。<sup>(37)</sup>潜在的原告は、特別な事情、もしくは事情変更のないかぎり、一〇パーセント事業者に判明する。周囲何キロメートルまでの者が実際に出訴できるかは、その次の問題である。<sup>(38)</sup>多くの論者はこうした計画確定的手続を有する法制度と建築法との違いを無視している。なぜだろうか。「二重効果的行政行為は、手続法的には、異議申立てを提起し得るよう、利害関係の生じ得るものに対して十分な法的聴聞の機会が与えられることを前提としている。」<sup>(39)</sup>というのは、計画確定(的)手続については全面的にあてはまるとしても、建築許可手続

にはあてはまらない。事前に隣人から異議を求めることになっているのは、ほとんどの場合、免除をなすときだけなのである。また、免除を伴わない通常の建築許可も違法な場合があるのは当然である。しかし、この（ひよつとしたら違法な）建築許可は（ひよつとしたら）権利を毀損される隣人すべてには告知されないのが通常なのである。他方で、出訴期間の進行は、原則として行政行為の告知から始まる。それゆえ他の法分野においてはともかく、建築法においては《権利者の範囲が画定可能であること》<sup>(4)</sup>というの、建築許可を頼りにしている建築主にとって（解釈上の可能性として）、建築主に、建築行政庁に対す、隣人への告知実施請求権を認めるとき、建築行政庁にとつても、不可欠の要求だといえよう。<sup>(4)</sup>

さらに、《画定可能説》をおそらく初めて採用した<sup>(1)</sup>連邦行政裁判所一九五八年判決の事案は、婚姻承認を故人の兄弟が争った事案であつて、建築法にかかわるものではなかつた。ライヒ車庫法に關してもこれが採用されていた。水法上の許可 (wasserrechtliche Erlaubnis) が争われた事案においても《画定可能説》が採用されている。にもかかわらず、建築法以外で《画定可能説》は用いられていないという者がいる。なぜだろうか。

これに対し、批判<sup>(2)</sup>④はそれぞれ正当な指摘を含んでいるように思う。まず、明確に《画定》された権利者の範囲を教えてくれる建築法規範など、Bプランの指定と側面後距離くらいのものであろう。また、（このこと自体、判例に即して検証されるべき問題であるが、一見したところ）営業法（インミッシオン防止法）、原子力法などにおいて、係争施設から生ずると予想される現実の影響範囲によつて権利者範囲の《画定》が獲得されているように思われる。<sup>(4)</sup>したがつて、《画定可能説》によつて隣人保護規範たることを承認される建築法規範はかなり限られており、また他の法分野との間に権利者範囲の《画定》方法の点で違いも認められるように思う。<sup>(4)</sup>

《画定可能説》の特色をさらに探るため、具体的に考えてみよう。例として、住居地域内に違法に許可され、しかし周

辺に影響を与えない営業施設をとりあげ、検討を試みる。まず、もっぱら《現実の影響・打撃》という基準を用いるとすると、ここでは権利者範囲の《画定》は獲得できない。《現実の影響・打撃》がないからである。ところが、《画定可能説》によれば、ここでも住居地域内のすべての土地所有者に取消請求権が認められる。

この結論に対し、まず一切の《打撃・影響》がないのに、用途指定違反があるというだけで隣人訴訟を認容するのはおかしいとの疑問がありうる。また、概念上、打撃がないのに権利毀損を認めることについて、《権利毀損Ⅱ権利への打撃十違法》<sup>(45)</sup>という定義に照らして疑問だ、と考えるものがありうる。また、これらの疑問とは別に、判例の分析検討において、隣人保護的性格判断に際し、「権利利益への打撃の程度」がなんらかの役割を演じているように思われること、また《規律対象説》の検討において、《立法者意思》の探求にあたり、規範の現実的機能が重視されていること、をそれぞれすでに指摘しておいた。さらに⑤一九六七年判決も規範自体から権利者範囲の《画定》の得られることを要求しつつ、「著しい毀損の排除」<sup>(46)</sup>（傍点引用者）を語っていた。以上のことから、判例学説において、実際には《打撃・影響》も考慮されているように思う。しかしながら、連邦行政裁判所の判例における《打撃・影響》の意義は、少なくとも本稿が扱ったかぎりでは、これまでのところ未解明の状態にあるように思う。<sup>(47)</sup>

いずれにせよ、ここでは《画定可能説》、したがって連邦行政裁判所の判例が採用する《保護規範説》は、実際の適用態様はともかく、一般的に構えられた枠組み自体をみると、《打撃・影響》を排除している点で抽象的なものであること、またこうした抽象的次元でひとたび隣人保護規範たることを承認されれば、《打撃・影響》といった量的な、したがって相対的な問題とは無関係に、隣人訴訟の認否を左右しうる点で、いわば絶対的なものともいいうることを指摘できるように思う。<sup>(48)</sup>

## 4 まとめ

以上の検討の結果、《画定可能説》が目指す建築主保護（場合によっては、さらに建築行政庁の保護）という目的は正当である、といえよう。

ところで、民事訴訟（たとえば、所有権にもとづく妨害排除請求訴訟）において、建築主保護の観点から、原告範囲の画定を要求する例を寡聞にして知らない。これは民事訴訟が原則的に事後的救済手段であることに由来しているように思われる。すなわち、建築物から生ずる《現実の影響・打撃》によって原告の範囲が確定（画定）されるように思う。これに対し、建築許可取消訴訟にあつては、用途違反建築物などのように周囲に現実的な影響を与えない特定の建築物がありうるほか、建築許可により、現実の被害の発生に先だつて、建築主と周辺隣人らとの間で利益調整がなされる仕組みになっている、といえるように思う。事前の利益救済という、民事訴訟に対する取消訴訟制度の原則的長所が、ここでは重要であろう。

\* \* \*

次に基本権にもとづく建築隣人訴訟を認めた判例の分析検討へと進もう。

(一) Vgl. K. H. Friauf, „Bau-, Boden- und Raumordnungsrecht“, in: I. von Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1979, S. 433 ff. (523) ; E. Schmidt-Abmann, in: T. Maunz/G. Dürig /R. Herzog/R. Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, stand 1985 Rd. 136 ff. zu Art. 19 Abs. IV; P. Marburger, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, 56 DfT, 1986, C. 20 f. ; H. D. Jarass, „Der Rechtsschutz Dritter bei der Genehmigung von Anlagen“, NJW 1983, S. 2844 ff. (2845) . 判例にも、解釈を強調するものがある。 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 4. 1967, GE 27, 29 (33) . なお、ある規範の保護規範的性格判断をめぐる議

論の状況、および『保護規範誌』のこの問題に一般に「vgl. H. Bauer, „Alles und Netzes zur Schutznormtheorie“,

AoR 1988, S. 582 ff. (596 f.).

(2) 参照、遠藤博也『計画行政法』（一九七六年）二六四頁以下。

(3) H. Sendler, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1 - Nachbarschutz im Planbereich“, BauR 1970, S. 4 ff. (5 f.).

(4) Vgl. BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973, DVBl. 1974, S. 358 ff. (599 f.); O. Schlichter, in: Schlichter/R. Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 1988, Erster Halbband, S. 582 (Rd. 53).

(5) W. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959, S. 97.

(6) Vgl. H. Dürr, „Das Gebot der Rücksichtnahme - eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht“, NVwZ 1985, S. 719 (721 mit Fn. 26, 27, 28).

(7) Sendler, „Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 2 - Nachbarschutz im nicht beplanten Innenbereich, im Außenbereich und im Genehmigungsverfahren und Bodenverkehr“, BauR 1970, S. 74 ff. (77).

(8) しかく、土地一般に「ついでに」わゆる《状況拘束》が考えられよう。そして、この《状況拘束》は、緩やかな形での《交換関係》ともいえるよう。そうであれば、《交換関係》は、最も完成された《状況拘束》であり、しかも意識的な立法行為（条例）の結果だと位置づけられよう。

(9) 本稿第三章第二節第一款の二（まとめ）参照。Vgl. Marburger, aO (Fn. 1), C. 27 f.（隣人、概念には、土地所有者のみが含まれること、ただ健康被害が問題になる場合には全員が含まれる、という点）。

(10) Vgl. U. G. Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 107; BVerwG, Urt. v. 16. 2. 1973, DVBl. 1973, S. 635 ff.

(11) Breuer, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, DVBl. 1983, S. 435 ff.; ders., „Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des öffentlichen Rechts“, DVBl. 1986, S. 849 ff. (854 mit Fn. 58).

(12) Wahl, „Nachbarschutz im Baurecht“, Jus 1984, S. 557 (585 f.).

(13) Steinberg, „Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts“, NJW 1984, S. 457 (460).

- (17) Vgl. auch F. J. Peine, „Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz“, DöV 1984, S. 963 (969 f. mit Fn. 34) ; C. Degenhardt, „Neuere Entwicklungen im baurechtlichen Nachbarschutz“, Jus 1984, S. 187 ff. (187); H. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S. 184 f. mit Fn. 140, 142, 144.
- (18) Breuer, aO (Fn. 11), S. 437.
- (19) AaO (Fn. 11), S. 435.
- (20) AaO (Fn. 11), S. 437.
- (21) AaO (Fn. 11), S. 437.
- (22) Vgl. Wahl, aO (Fn. 12), S. 586 (「これはなおその形成を必要とする。」)。
- (23) Vgl. Steinberg, aO (Fn. 13), S. 462. なおこの部分の記述をみると、ベッターマンを思ふ出す。
- (24) Vgl. K.-M. Dolde, „Die Entwicklung des öffentlichen Baurecht 1982 und 1983“, NJW 1984, S. 1713 ff. (1727).
- (25) Vgl. Breuer, aO (Fn. 11), S. 437; Steinberg, aO (Fn. 13), S. 462 mit Fn. 69.
- (26) Vgl. Wahl, aO (Fn. 12), S. 586 (「これはなおその形成を必要とする。」)。
- (27) Vgl. Marburger, aO (Fn. 1), C. 35 (「隣人の権利は規範的のみ基礎づけられるのであるから、規範目的によって覆われなければならない。」)。「規律対象」にいう「規律」の中に立法者意思を読み込むことも十分に可能であろうが、これはもはや言葉の問題であろう。
- (28) Vgl. O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914, S. 44 (「法律の本当の性質を知るには、法律が実際のところ、直接的には、誰の役に立っているのか、を調べなければならぬ。そうすると、婦女子の労働時間を規制する規定は、個人利益の保護を目的にしていることが分かる。それゆえ、援用可能性ないし意思力賦与性要件の充足がきわめて疑わしくないかぎり、みぎの規範によって利害関係者の権利が基礎づけられていることが肯定される。」)。「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一一二二二号(一九八五年) 八四頁以下、九五頁(極端にいえは事実認識の問題であった)」。
- (29) Vgl. Bühler, aO (Fn. 25), S. 44 (「立法理由の中で、もっぱら公益が強調されていて、失望するには及ばない。疑い

もなく個人利益の保護が目的となつてゐるときでさえ、事態はそうなのだから。

- (27) 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) (『現在の (gegenwärtige) 利益評価が基準であつて、当該規範交付時のそれではない』)  
 (二重鉤内原文イタリック); ders., DVBl. 1961, „Anmerkung“ S. 128 ff. (130).

- (28) イェーリングの権利観は、前期・後期に分けて論ぜられる(参照、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(一九七九年)三〇八頁以下)。次に述べるバツホフが従うのは、もちろん後期のそれである。

- (29) Vgl. Bachof, aO (Fn. 27), S. 293 (『他方で、『法的力』(意思力)を権利概念から取り除くことはできない、という)とは、もはやほとんど争いがない。』(二重鉤内原文イタリック)); Bühler, aO (Fn. 25), S. 21 (有名な公権三要件(法規の、強行性、個人利益保護性、そして援用可能性ないし意思力賦与性)を提示している)、44 ff. (『建築法上の側面後退距離規定などは、まずは公衆の利益に役立つ。しかし、隣接地所有者にも役立つ。こうした隣人利益の保護が、偶然ではなく、法律の目的でもあるのか、が問題である。この問題に答えるには、まず法律(Gesetzesmaterialien)に戻らねばならない』)。  
 (30) 以上につき、さらに参照、村上淳一『近代法の形成』(一九七九年)一九三頁注(9) (『イェーリングにおいてはじめて、権利は『法的に保護された利益』として国家意思に依存したものとなる。そのような変化を俟つてはじめて『公権』の観念も承認の可能性を見出したのであり、これを前提として『公法』の体系化が試みられることになるのである。』)。

- (31) この点に、レントケ(W. Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, 1968)、『バルトウルスベガー(R. Bartsperger, „Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts“, *VerwArch*, 1969, S. 35 ff.)の公論権の功績と不備が示されてゐる』と見え、うか。彼らは主観的な立法者意思を強調する代わりに、規範の現実の作用を重視する理論を提唱した、と考えることができ、ここに功績を認めることができよう。他方、彼らは規範の現実作用にのみ公権の根拠を求めたと理解することができ、ここに不備を指摘するところができるのがある。Vgl. R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, 1971, S. 125; Breuer, aO (Fn. 11), DVBl. 1983, S. 436. もともと、我々には、この伝統的な立法者意思説を放棄する理論的可能性も残されてゐる。計画法分野に関してであるが、保護規範説の適用を否定する者がいる。Vgl. K. H. Ladeur, „Die Schutznormtheorie - Hindernis auf dem Weg zu einer modernen Dogmatik der planerischen Abwägung?“, UPR

- 1984, S. 1 ff. (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る——」北大法學論集四〇巻五二六号上巻(一九九〇年)六二二頁以下、六三八頁以下)。
- (32) Vgl. Bartsperger, aaO (Fn. 31), S. 51; G. Kennade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, 1965, S. 117 (「建築主に対する危険は隣人訴訟以上の自己の利得のみを追求し建築し得る建築主自身の態度による」)。
- (33) Vgl. Bartsperger, aaO (Fn. 31), S. 51 f.; W. R. Schenke, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, NuR 1983, S. 81 (84) (営業法一六条以下の規律を受ける有害施設に関する BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1967, DVBl. 1968, S. 35 ff. (36) を引用)。
- (34) Vgl. Marburger, aaO (Fn. 1), C. 33; Dürr, aaO (Fn. 6), S. 721 mit Fn. 24.
- (35) Vgl. Schlichter, „Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme“, DVBl. 1984, S. 875 ff. (878); Marburger, aaO (Fn. 1), C. 33; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 19. 9. 1986, NVwZ 1987, S. 409 f. (409) = Jus 1987, S. 751 f. (Anmerkung v. P. Selmer) .
- (36) 営業法・原子力法上の許可手続と計画確定手続とは通常同様に扱われている。M. Ronellenfisch, Einführung in das Planungsrecht, 1986, S. 109 ff., 182 ff., 190 ff.; P. Badura, „Die Standortentscheidung bei der Unternehmensermittlung mit planungsrechtlichen Einschlag“, BayVBl. 1976, S. 515 ff.; 成田頼明編著『行政手続の比較研究』(一九八一年)五二頁(類似している)・六四頁(似たもの)・ヘーター・バドゥーラ(村上武則訳)「ドイツ連邦共和国の憲法・行政法における技術の大規模プロジェクト(四・完)」自治研究六四巻九号(一九八八年)三頁以下、一〇頁以下。
- (37) 参照、大西有二「異議申立排除の効力と住民の参加責任——西ドイツ原子力発電所許可手続をめぐる——」北大法學論集三三巻二号(一九八二年)四三三頁以下。
- (38) この問題を包括的に論じたものに、Berger, aaO (Fn. 10) があつた。
- (39) Vgl. auch J. Schwabe, „Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18. 3. 1983“, DVBl. 1984, S. 140 ff. (142 f.).
- (40) ヘーター・バドゥーラ(宮崎良夫・木佐茂男訳)「ドイツ連邦共和国の憲法・行政法における技術の大規模プロジェクト(二)」自治研究六四巻六号(一九八八年)一九頁以下、二二頁。
- (41) Vgl. auch Schenke, aaO (Fn. 33), S. 84.

(42) Vgl. Dolde, „Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1977/78“, NJW 1979, S. 889 (898).

(43) Vgl. BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1967, DVBl. 1968, S. 35 ff. (36); BVerwG, Urt. v. 22. 9. 1967, GE 27, 341 (344 f.).  
 もともと、影響範囲をどこまで広げるかは、実際には大問題になる。この点に関し、近年、原子力発電所から二五キロメートルはなれている原告につき、原告適格(VerwGO四二条二項)の承認に必要な主張の程度を重くした連邦行政裁判所の判決が出された(BVerwG, Urt. v. 22. 12. 1980, GE 61, 256)。この判決に対して、憲法抗告がなされたが、連邦憲法裁判所第二部は、権利侵害の可能性が直ちに明らかとはいえない第三者に、名宛人以上の要求をすることは不合理ではない(weder sachwidrig noch unzumutbar)と、連邦行政裁判所判決の合憲を確認した(BVerfG, Beschl. v. 5. 10. 1982, NVwWZ 1983, S. 28; vgl. auch Jarass, aaO (Fn. 1), S. 2847 mit Fn. 49)。参照：本稿第三章第一節第二款(4)の4(註)。  
 (44) ただし、他の法分野では原告の権利は問題になっていないように見受けられるのに対し、建築法においては、そもそも原告に権利があるかが問われ、建築法規範の隣人保護的性格が探求されているという違いがある。画定の意味に違いがあるのではないか。

(45) この定式は、必ずしも権利への打撃と違法とがまったく別物である、ということを前提にしたものではないことを特に留意されたい。

(46) Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17. 2. 1971, DVBl. 1971, S. 754 (755).

(47) Vgl. P. Jakob, „Zur tatsächlichen Beeinträchtigung des Nachbarn im Baurecht, oder: minima non curat praetor?“, Baur 1984, S. 1 ff.; Schmidt-Albmann, aaO (Fn. 1), Rd. 165 zu Art. 19 Abs. IV (事実上の打撃がないか)。  
 なお、たゞ、この場合は、権利毀損を排除しない。

(48) Vgl. Wahl, aaO (Fn. 12), S. 586; H. Schrödter, „Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973“, DVBl. 1974, S. 362. ff. (362).

(49) なお、関係者隣人範囲の画定の問題につき、連邦行政裁判所の判例は最近、画定条件の承認を緩和する方向で修正されたように思われる。Vgl. BVerwG, v. 19. 9. 1986, NVwZ 1987, S. 409 f. (409) (立法者が明文で関係者の排除権を根拠づけるのは稀である。それゆえ、解釈がなされる。歴史的立法者意思の成立史から第三者保護が引き出されることもある。したがって、規範が明文で、関係者の画定できる範囲を示していなくともよい。そのかぎり、判例は修正される。)

## Die öffentlichrechtlichen Nachbarklagen (4) ——“Rechte”, “Rechtsverletzung” und “Rechtswidrig- keitsgründe” in den Entscheidungen des BVerwG ——

Yuuji OHNISHI\*

### Einleitung

- I. Vorgeschichte der öffentlichrechtlichen Nachbarklagen
- II. Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklagen
  - 1) Überblick der Rechtsordnung nach dem Zweiten Weltkrieg  
(Bd. 41-Heft 1)
  - 2) Anerkennung der öffentlichrechtlichen Nachbarklagen
- III. Entwicklung der öffentlichrechtlichen Nachbarklagen
  - 1) Überblick der Rechtsordnung
    - a) Überblick des BBauG (Bd. 41-Heft 2)
    - b) System der VwGO
  - 2) Analyse der Entscheidungen
    - a) Entscheidungen nach “Schutznorm-theorie”
      - aa) BauO
      - bb) B-Plan (Bd. 41-Heft 3)
      - cc) Analyse
      - dd) §§ 34,35 BBauG
    - b) Literatur (“Schutznorm-theorie”)  
(in diesem Heft)

---

\*Dozent an der Hokkaido Information Universität, Dr. jur.