



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察　－三つの権利論と《行政法関係説》－                                              |
| Author(s)        | 大西, 有二; OHNISHI, Yuuji                                                            |
| Citation         | 北大法学論集, 41(5-6), 591-628                                                          |
| Issue Date       | 1991-10-31                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/16809">https://hdl.handle.net/2115/16809</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | 41(5-6)_p591-628.pdf                                                              |



# ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察

——三つの権利論と《行政法関係説》——

大西有二

## 目次

- はじめに
- 一 問題の所在
- 二 三つの権利論
- 三 《行政法関係説》
- 四 若干の検討
- おわりに

## はじめに

行政法学の最重要課題のひとつに、行政活動の名宛人以外の「第三者」を、どのように位置づけるか、という問題がある。<sup>(1)</sup>

本稿は、みぎの問題に関連すると思われる、(西)ドイツの行政法学説と判例の現状を、権利論の視点から、客観的に概観することを目的とする。その際、公法上の建築隣人訴訟を素材として、できるかぎり具体的に紹介・検討することを方針とする。

さて、(西)ドイツの権利論に関して通説判例たる《保護規範説》<sup>(2)</sup>によれば、第三者に権利が承認されるのは、すなわち、第三者が行政法上の諸関係に引き込まれるのは、係争行政活動、とりわけ行政行為の根拠規定が、当該第三者の個人的利益を保護する目的をも持つ場合に限られる。<sup>(3)</sup>本稿は、こうした一般的枠組みを持つ《保護規範説》は、他の権利論を排除するのであれば、権利救済における「実体法上の列記主義」<sup>(4)</sup>を意味し、それゆえ、別の理論的な可能性を探索すべきだ、と考える。

本稿は、《保護規範説》と並んで、(西)ドイツ隣人訴訟の行政判例に登場している、《基本権説》、《配慮原則説》を概観し、関係者の権利利益と関係規定の両面において、〈主体的考察〉とも呼ぶべき解釈態度が顕著になっていることをまず指摘する。

つづいて、こうした動向ときわめて類似した内容を持つ、《行政法関係説》を紹介・検討する。したがって、判例の現状は、《行政法関係説》によっても十分に説明・整理されること、判例は、《行政法関係説》への移行準備をすでに整え終わっていること、そうした移行によって生じる混乱は殆どないこと、などを指摘する。問題は、そうした理論的基盤の移動の必要性に対する評価にある。

(1) 参照、高橋信隆「隣人保護に関する予備的考察」熊本大学教育学部紀要三六号人文科学（一九八七年）一頁以下、藤田宙靖「行政活動の権力性と第三者の立場——「法律による行政の原理」の視点からする一試論——」『行政法の諸問題・上・雄川一郎先生献呈論集』（一九九〇年）一七一頁以下。

(2) 《保護規範説》について、詳しくは、参照、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（三）」『国家学会雑誌九八巻一一—一二号（一九八五年）八四頁以下、宮井清暢「法律上保護された利益」説の再検討」早稲田大学大学院・法研論集四〇号（一九八七年）二九九頁以下。

(3) Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 4. 1967, GE 27, 29(31 f.); Urt. v. 6. 12. 1967, GE 28, 268(271) = DVBl. 1968, S.

651 ff.; Urt. 13. 6. 1969, GE 32, 173 = DVBl. 1970, S. 57 ff. = NJW 1969, S. 1787; Urt. v. 17. 2. 1971, DVBl. 1971, S. 754 ff. (755); Urt. v. 8. 7. 1977, DöV 1978, S. 619; Urt. v. 22. 12. 1980, GE 61, 256 (262).

(4) 参照、原田尚彦『訴えの利益』(一九七三年)四八頁注(10)、「二八頁、一三六頁、二八二頁、三四二頁、阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律問題(一)」判例評論三二四号(判例時報二二四二号(一九八五年))一六四頁以下、一六七頁(同「国土開発と環境保全」(一九八九年)所収)、同・判例評論三八一号(判例時報一三五八号(一九九〇年))一七二頁以下、一七三頁、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(一九八三年)一五二頁注(408)。なお、参照、渡部吉隆「伊達・豊前火電訴訟最高裁二判決の意味と問題点」ジュリスト八五六号(一九八六年)八八頁以下、九〇頁、など。

## 一 問題の所在

(1) 問題の所在を示すためここで、水管理法(以下、たんに「法」ということがある<sup>1)</sup>)に関する連邦行政裁判所第四部一九八七年七月・五日判決を紹介する。本判決のある評釈者は、「水法(Wasserrecht)にとって、本判決には原則的意義が帰属する。

それ以上に、本判決は、公法上の第三者保護に関する上級審の判例を完成させた。」と述べている<sup>(2)</sup>。また、本判決には、「権利論として、伝統的な『保護規範説』と、同部一九七七年二月二五日判決(GE 52, 122)以来、学説からの批判にもかかわらず、判例上、存続している『配慮原則説』<sup>(3)</sup>が登場している。判例における権利論の現状をわれわれに教えてくれる。なお、本件は、次にみるように、形式的には、不利益処分の名宛人が原告となっているいわゆる名宛人訴訟であるが、みぎ評釈にもあるように、実質的には、水法上の第三者(隣人)訴訟である。

はじめに事実の概要と判旨を紹介し(2)(3)、つづいて問題点を示す(4)。

(2) 本件では、まず、砂利採取業者に交付された法七条の許可(Erlaubnis)が、市の水道事業株式会社(Stadtwereke Duisburg AG)によって異議審査請求手続で争われた。砂利採取跡地の穴が、水源の周辺に残るからであった(434)<sup>(4)</sup>。この水源につき、みぎ株式会社は法八条の承認(Bewilligung)を得ていた。さて、審査庁たる県知事(Regierungspräsident)はみぎ許可を取り消す裁決を下した。許可の違法事由は、本件では、許可手続ではなく計画確定手続が実施されなければならなかったことである。そこで、砂利採取業者が、この許可取消裁決の取り消しを求め

料  
て出訴した。原判決は、参加人たる株式会社の異議審査請求適

格 (Widerspruchsbefugnis) の不存在を理由として、請求を認  
容した。水管理法の手続規定から権利を引き出すことはできな  
い、というのである (434)。

(3) 本判決の結論は、原審への差戻しである。判決は、本件手  
続規定が関係者の保護に役立たないことを先例 (GE 41, 58(63  
ff.); 62, 243(246 f.)) を引きつつ認めながらも、法一八条「一  
a 条一項、および四条一項の解釈として、法七条にもとづく許  
可の賦与に際し、他人の利益も考慮されるべきであり、許可も  
またこれらの利益の保護に役立つ、としている (434)」。つまり、  
参加人にも権利は認められる、というのである。

判決理由は、原則論の部分と適正な裁量行使を求める請求権  
の部分とに、ほぼ分けることができる。本稿では、原則論の部  
分だけを引用・紹介する。大要次のようにいう。

① 「水法の領域にとつても、公法上の隣人保護は、原則とし  
て、個人的に保護された第三者の私的利益とこれらの利益の  
毀損 (Verletzung) の態様とが、十分明確に認識されるよう  
な規定からだけ取り出すことが可能 (GE 41, 58(63); Beschl.  
v. 17. 8. 1972, Buchholz 445, 4 § 32 WAssHG Nr. 1) 」。

(434)

② 「法四条、六条は、許可と承認とに等しく適用される (gelten)。  
他の規定のほか、法一 a 条一項の一般原則が、水法上のすべ  
ての許認可 (Gestattung) に適用される。」 (434)

「これらすべての許認可要件に、公共の福祉の優先的考慮、  
他の者への損失的影響の回避という原則が、共通している。  
他の者への損失的影響の防止などのための負担 (Auflagen)  
を規律する法四条一項二文から、法七条の許可と法八条の承  
認に際して、少なくとも、第三者の個人的利益を考慮すべき  
ことが引き出される。計画確定手続に関する法三一条二項に  
についても同様である。また、「許可と承認の実施方法などの詳  
細に関する」調整手続を定める法一八条がある。全体として、  
水行政庁は、水利用に関するすべての決定に際して、他の者  
の利益を「配慮 (Rücksicht)」することを義務づけられてい  
る。そのかぎり、法四条一項二文に、第三者保護効が属す  
る。」 (434 f.)

③ 「水法上の許認可要件によつて保護された人々の範囲 (be-  
schützter Personenkreis) は、なるほど空間的にはつきりと  
は画定されなく (nicht eindeutig räumlich abgegrenzt)。  
けれども、公法上の隣人保護に関する近年の判例によれば、

それは決定的ではない。むしろ、許可構成要件の個別的メルクマールから、一般公衆と区別されるような人々の範囲が引き出せるかが重要である。そして、水法上の許認可の保護範囲は、水管理法一a条一項の一般原則から読み取ることができ。それによれば、第一に、一般公衆の利益、とりわけ水道供給の利益が保護される。さらに、適法な水利用者と、その私的利益が、当該水利用によって打撃され、その打撃が本法によってできるかぎり回避されるべき人々とは、この保護範囲に入る。」(435)

①「許可と承認とに等しく存在する、他の者の利益への配慮原則 (Gebot, auf Belange anderer Rücksicht zu nehmen) は、他の者の利益が、資格づけられ個別化されるあり方で打撃される (Belange eines anderen in einer qualifizierten und individualisierten Weise betroffen sein) 場合にだけ、第三者保護をもたらす。ある許認可によって既存の水の配分が侵害される (eingriffen) かぎり、打撃されるその他の適法な水利用者は、通例、資格づけられ個別化されるように打撃されている。資格づけメルクマールとして、さらに、ある水利用の持つ水管理上の意義が加わる。これは、とりわけ公共の水供給主体に当てはまる。本件参加人が、資格づけられ

個別化されて保護される第三者の範囲に属していることは自明である。」(435)<sup>7)</sup>

#### (4) まとめと問題の所在

①本判決は、水管理法の許可に関する実体法規定が隣人保護を与えるとした、初めての連邦行政裁判所第四部の判決である。<sup>8)</sup> 判旨①の引用する、同部一九七二年一月二〇日判決 (GE 41, 38633) の事案は、本件同様、水法上の第三者訴訟でありながら、第三者保護的性格を問われたのが、実体法規定ではなく許可手続規定であつたうえに、その第三者保護的性格も否定されていた。<sup>9)</sup>

②本判決がとる、関連規定の隣人保護的性格を判断する枠組みは、緩和されたいわゆる「保護されるべき人々の範囲の《画定可能説》」である (判旨②、および③)。<sup>10)</sup>

③判決がいう《配慮原則》とは、建築許可の取り消しを求め、隣人が取消訴訟で争う公法上の建築隣人訴訟の中から登場してきた判例法理であり、《保護規範説》と比べて、つぎのような特色をもっている。つまり、《保護規範説》によれば、隣人保護規範がない場合には、隣人に権利はないことになり、隣人原告は敗訴する。これに対し、《配慮原則説》によれば、隣

人原告を保護する規範がない場合であっても、保護される人々の範囲が画定されることを条件として、隣人の利益が、資格づけられ個別化されるあり方で打撃される場合には、隣人保護が与えられる（判旨①、および④参照）。

《配慮原則説》の登場により、（西ドイツの建築隣人訴訟において、三つの権利論が存在することになった。つまり、《配慮原則説》、伝統的な《保護規範説》、そして、次に紹介する《基本権説》である。

#### ④問題の所在

本判決は、参加人（隣人）にも権利が認められる、と結論した。その理由は、「法四条一項二文に、第三者保護効が属する」（判旨②）からであり、本件では、《配慮原則》が「第三者保護をもたらす」（判旨①）からである。

ここで、判決のもとづく権利論は、《保護規範説》か、《配慮原則説》か、判然としない。融合していると考えるのが素直でないか。しかし、両者は、論理的には、融合できないのではないか。また、形式的問題にすぎないけれども、本件許可の根拠規定は、法七条であるが、判決が隣人保護規範たることを認めた規定は、法四条一項二文である。これは、「他の者への損失的影響を阻止するか、もしくは調整するために」許可・承認に

負担（Auflage）を賦すことを許す規定である。<sup>①</sup>さらに、判決は、権利を認めるにあたり、法一a条一項、四条、六条、七条、八条、一八条、三一条を参照し、水管理法全体を考慮している（特に、判旨②）。

こうした態度はいったい何を意味しているのだろうか。

以上とは別に、本判決には、《基本権説》<sup>③</sup>への言及がない。これに注目しなければならぬ。<sup>②</sup>連邦行政裁判所第四部一九六九年六月一三日判決以来、判例は、隣人保護規範のない場合であっても、建築許可、もしくは、その実施によつて、重大かつ受忍できない（schwer und unerträglich）打撃を破る第三者隣人に、直接、基本権にもとづく訴訟を承認してきた。<sup>④</sup>《基本権説》への言及がないのは、他の権利論で処理できた本判決だけの現象だろうか。背景になんらかの事情があるのではないか。<sup>⑤</sup>

さて、本判決は、根拠規定に視野を限定した狭い《保護規範説》を採用していない。あるいは、権利を認めるにあたり、法律制度全体を考慮に入れている。また、《保護規範説》は、法律規定から問題をみているように思われるのに対し、《基本権説》はもちろん、《配慮原則説》も、どちらかといえば、隣人・関係者の権利利益から物事を考えているように思われる。《保護規範説》と《配慮原則説》の融合を図るかにみえる判決は、権

利利益状況の全体を視野に入れてるように思われる。

狭い『保護規範説』の不採用、あるいは全体的考察、そして『保護規範説』と『配慮原則説』の融合の先にあるものはないか。<sup>18)</sup>

- (1) Wasserhaushaltsgesetz, 16. 10. 1976(BGBI. I S. 3017).
- (2) BVerwGE 78, 40 = DVBl. 1987, S. 1265 ff. = DöV 1987, S. 1017 ff. = NJW 1988, S. 434 ff. なお、本判決につき、詳しくは、石崎誠也「隣人保護的配慮原則に関する西ドイツ連邦行政裁判所判例の展開」法政理論二二巻四号(一九九〇年)五九頁以下、八〇頁以下参照。
- (3) Vgl. Ph. Kunig, „Anmerkung“, 1988, S. 237 ff. (238).
- (4) 『保護規範説』については、参照、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造(三)」国家学会雑誌九八巻一一一一号(一九八五年)八四頁以下、宮井清暢「法律上保護された利益」説の再検討」早稲田大学大学院法研論集四〇号(一九八七年)二九九頁以下。
- (5) 『配慮原則説』については、参照、石崎誠也「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』(一)(二)」法政理論一九巻一五五頁以下、同巻二二二頁以下(一九八六年)。
- (6) 本文のカッコ内の数字は、判決を掲載する、NJW 1988,

S. 434 ff. の該当頁数である。砂利採取跡地にスリ鉢状の穴が残ることについては、たとえば、寄本勝美「ごみとリサイクル」(一九九〇年、岩波新書) 四〇頁参照。

なお、後に出てくるものを含め、本件に関連する水管理法の条文の内容を、予めここに示す。ただし、ラント法による追加・補充規律があるが、本稿では触れない。

一 a 条一項「河川(Gewässer)は、自然の構成部分として、公衆の福祉と、これに一致した個人の利用にも役立つように、またすべての回避できる打撃が生じないように、管理される。」

四条一項「許可と承認は、利用条件の指定(Festsetzung)と負担を付けて交付することができる。負担は、他の者への損失的影響を阻止するか、もしくは調整するために許可される。」

六条「許可と承認は、予定された利用から、公衆の福祉への打撃や、負担、あるいは公法団体の措置(法四条二項三文「略」)によつては、阻止、あるいは調整されないような、とりわけ、公共の水供給の危険が予測されるとき、拒否できる。」

七条「許可は、河川を、特定の目的のため、方法と程度の定まったやり方で利用する資格を与える。期間を定めることができる。」

八条一項「承認は、河川を、方法と程度の定まったや

り方で利用する権利を与える。それは、他人に属するもの、他人の占有する土地や施設を利用する権利を与えない。」

一八条「許可、承認の実施方法、程度および時期、旧来の権利と義務は、水(Wasser)が、数量と性質に照らし、すべての利用者にとって十分でないか、あるいはこれらの者を打撃する場合、公衆の福祉、とりわけ公共の水供給が要求する場合に、関与人の申立て、あるいは職権で、調整手続(Ausgleichsverfahren)の中で規律され、もしくは制限される。この手続の中で、調整金も確定できる。」

三一条一項「河川、あるいは川岸の復元、除去、もしくは重大な変形(Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer)(改修(Ausbau))は、計画確定手続の事前の実施を要する。(以下、省略)」

同条二項「当該手続の中で、建築措置の方法と程度、および、公益のため、もしくは他の者の権利への損失的な影響を回避するために必要な設備が確定され、損害の調整が命じられる。」

(7) 判決は、以下、適正な裁量行使請求権について述べ、さらに差戻審での審理について指示を与えている(435 f.)。Vgl. auch Kunig, aao (Fu. 3), S. 239 (4); H. Bauer,

„Zum öffentlichrechtlichen Nachbarschutz im Wasserrecht – BVerwG, NJW 1988, 434“, JuS 1990, S. 24 ff. (30 mit Fn. 86, 87).

(8) 従来、法七条の許可は第三者保護と無関係だ、と理解されていた。Vgl. R. Schmidt, Einführung in das Umweltrecht, 2. Aufl., 1989, S. 86; vgl. auch R. Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl., 1987, Rd. 496.

(9) Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973, GE 44, 235 (239 f.) (〈手続法違反が第三者保護に意味をもつのは、手続規定自体が、独自に実行できる手続法上の法的地位を第三者に与えている場合だけである。判例によれば、水管理法七条、八条の手続規定は第三者保護的機能をもっていない〉)。判旨①が引用するもうひとつの決定(Beschl. v. 17. 8. 1972, Buchholz 445, 4 § 32 WassHG Nr. 1)によつては、掲載判例集を参照できなかった。

(10) 《画定可能説》については、参照、大西有二「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』——」北大法学論集四一卷四号(一九九一年)一五二頁以下、一五二五頁以下。本文にいう「緩和された」の意味は、「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ことを指す。なお、石崎・前掲注(2)七〇頁、七八頁以

下は、「放棄」、「変更」と評するが、「隣人保護性の判定基準の緩和」(八三頁下段)(傍点引用者)との表現もあり、その趣旨は本稿の評価と同じと思われる。

- (11) 本判决と同じように、根拠規定そのものでなく、関連する負担規定から「隣人保護を導いた判決として」(BVerwG, Urt. v. 13. 1. 1961, GE 11, 331(333))がある。なお、〈法四一条一項二文は一般的第三者保護の根拠を意味しない〉、〈単純な許可に際して法四一条一項二文は隣人保護効をもたない〉とするものがある (vgl. Breuer, aao (Fn. 8), Rd. 496 mit Fn. 1420, Rd. 447)。

- (12) Vgl. Künig, aao(Fn. 3), S. 238 (「WHGの全体的解釈 (Gesamtinterpretation des WHG)」, 「全体的考察 (Gesamtbetrachtung)」を語す。なお「法一一条一項一八条の参照は余計 (unergiebig)」とも述べる)。

- (13) 《基本権説》については、大西有「公法上の建築隣人訴訟(五)——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』——」北大法学論集(掲載巻号数未定)で紹介検討する予定である。

- (14) Vgl. Bauer, aao(Fn. 7), S. 25 mit Fn. 16.

- (15) BVerwGE 32, 173(179).

- (16) 水法におけることば: BVerwG, Urt. v. 11. 11. 1970, GE 36, 248(249, 251 f.); Breuer, aao (Fn. 8), Rd. 455 mit Fn. 1225, Rd. 496; Schmidt, aao(Fn. 8), S. 86 f. mit

Fn. 61, 63. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 7. 1977, GE 54, 211(222 f.) (「憲法に基礎づけられた『隣人訴訟』の可能性は、たんに基本法一四条『所有権保障』によってだけ根拠づけられるのではない」)。

- (17) 異議審査請求人・参加人たる水道事業株式会社の法的性格の問題は、本稿では論じない。かりにみぎ株式会社が単純な私人でない場合には、基本権享有主体適格が問題になり得る (vgl. Breuer, aao(Fn. 8), Rd. 458 (〈近時、連邦憲法裁判所の決定は、公法上の社團、および唯一の構成員が公法上の社團であるような私法人について『基本権能力』および基本法一四条の保護を拒否している。後者にはいゆる特有会社形式 (in der Rechtsform der sog. Eigenesellschaft (AG oder GmbH)) の自治体水供給事業体が含まれる〉)。本件会社は「き」〈私的水供給主体 (private Träger der Wasserversorgung)〉を語るものがある (vgl. Künig, aao(Fn. 3), S. 239)」。それゆえ、本判决に《基本権説》への言及がないことの評価は慎重でありたい。なお、参照、コンラート・ベッセ(阿部照哉ほか訳)『西ドイツ憲法綱要』(一九八三年、日本評論社)一四六頁以下。

- (18) 本稿は「おもに次の文献の問題意識に依拠している。Bauer, aao(Fn. 7); R. Wahl, „Der Nachbarschutz im Baurecht“, Jus 1984, S. 577 ff.; J. Martens, „Der

verwaltungsrechtliche Nachbarschutz — eine unendliche Geschichte?“, NJW 1985, S. 2302 ff.; E. Schmidt-Almann, „Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns“, DVBl. 1989, S. 533 ff.; vgl. auch W. Martens, „Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr“, DöV 1982, S. 89 ff. (96 f.).

## 二 三つの権利論

すでに触れたように、(西)ドイツ行政法の隣人訴訟において、《保護規範説》、《基本権説》、そして《配慮原則説》の三つの権利論が存在している。ここではまず、議論の現状を知るため、これら三つの権利論の内容を、判例学説に即して紹介する。これにより、《保護規範説》と《配慮原則説》の融合を図るかにみえる一九八七年七月一五日判決の意義・問題点をいっそう明らかにしたい。

### 1 三つの権利論の内容<sup>(1)</sup>

#### (1) 《保護規範説》

ここでは、二つの《保護規範説》を紹介する。

① 一般に伝統的な《保護規範説》を確立したといわれるビューラー (O. Bühler) によれば、公権の承認は、個人的利益を保護するための客観法の存在を条件にしている。そして、個人の利益保護を目的にしていることが明らかな・特定の組織法規定がある反面、基本権規定のように、明らかに個人の利益を保護するものがある。問題は、明らかでない規定である。一九一四年、ビューラーは大概、次のようにいう。

「当然、まず、立法資料に遡る。きわめてしばしば、これらから何かを取り出すことはできない。そこで、疑わしい場合には、事実上 (faktisch)、個人利益に役立つ法規は、少なくともそれが直ちに予見できるときには、それに役立つという目的をも持っていること、そして、当該法規は、それゆえ……この法規の受取人のために公権を生み出すことに適切であり、このことは、公衆の利益と個人利益の両方に役立つ規定に対しても当てはまる。」<sup>(2)</sup> (傍点、省略引用者)

立法資料に示された、〈歴史的な立法者意思の尊重〉と、事実上 (faktisch)、個人利益に役立つ法規は、権利を基礎づけるという〈推定〉<sup>(3)</sup>を語る点が特徴である。

② つぎに、一九八五年、ハイデルベルク大学教授シュミット・アスマン (Schmidt-Abmann) による『保護規範説』理解をみることにしよう。

シュミット・アスマンによると、「権利の規範的な基盤は、まず個別法に求められる」。明文のないとき、その時々々の規範が、「個人利益に役立つように規定されている」か、が審査される。ここで重要なことは、規範の保護目的が立法者の参照可能な意思からだけ引き出されるわけではない、という点である。規範の保護目的は規範自体からだけではなく、周辺の規範複合体と制度的枠条件からこそ引き出される、という。そして、保護目的の探求に際して、基本権は、「その規範内在的効力により、価値明確化、体系化の役割を演じる」。こうした解釈作業は、「事実上の打撃の確認によって代替されることがない。」<sup>(4)</sup>

シュミット・アスマンの『保護規範説』理解において、歴史的立法者意思は後退、ないし放棄され、規範複合体と制度的枠条件が登場している。また、基本権について、規範内在的効力<sup>(5)</sup>が語られるにとどまっている。

## (2) 《基本権説》

ここでは、ビューラーとシュミット・アスマンの基本権理解を確認し、つぎに連邦行政裁判所の判例をみることにする。

① ビューラーにおいて、基本権は、個人的利益保護性（公権三要件の第一要件）の明らかな規定であるとされ、したがって基本権は公権である、と理解されていた、と思われる。<sup>(5)</sup> また、第二次大戦後、ミュンヘン大学教授レルヒエ (P. Lerche) は、「主観的」基本権は保護規範である (Grundrechte Schutznormen sind) ことに疑いはない、と述べている。<sup>(6)</sup>

こうした立場からは、基本権にもとづく、たとえば建築隣人訴訟が登場するのも当然だ、ということになる。<sup>(7)</sup>

② シュミット・アスマンは、「基本権直接的な (Grundrechtsunmittelbaren) 権利を、「憲法上確定した」基本権」保障領域が打撃されるところ」で認めているものの、<sup>(8)</sup> 少なくとも、基本権は保護規範だ、という認識を示していない。全体として、基本権に対し抑制的であるように思う。

③ 連邦行政裁判所第四部は、一九六九年六一三日判決において、<sup>(9)</sup> 隣人保護規範のない場合であっても、建築許可、もしくはその実施によって、重大かつ受忍できない (schwer und unerträglich) 打撃を破る第三者隣人に、直接、基本権にもと

づく訴訟を承認した。<sup>(10)</sup>もつとも、判決は、所有権毀損を否定し、上告を棄却している。

本件の事案は、一九六〇年連邦建設法三四条適用地域における免除(Dispens)の取り消しを求めて隣人が争った、というものである。判決は、みぎ法三四条の隣人保護規範性を否定してから、基本権について次のようにいう。

「基本法一四条一項が、——ほとんどの基本権規定と同じく、——国民の保護を目的に持つことは詳しい説明を要しない。<sup>(11)</sup>」連邦建設法三四条にもとづく違法な許可<sup>(12)</sup>「は、なるほど、通常、基本法一四条によつて保護された隣人の所有権を毀損(verletzt)しない。けれども、許可もしくは許可の利用が既存の土地状況を持続的に変更し、そのことにより、隣人を重大かつ受忍できないように打撃する場合には毀損している。これは、実践的には、次のことを意味する。つまり、建築主にも認識できるほど著しい許可行政庁の過誤は、原告が、この過誤によつて、重大かつ受忍できないほど打撃される場合には、小さな見通し得る範囲の原告によつて攻撃できるものとなる、ということである。」<sup>(13)</sup>(傍点引用者)

《画定可能説》(「小さな見通し得る範囲の原告」)が採用されているほか、ビューラー流の《基本権は保護規範である》との認識が示されている、といえようか。

④なお、基本法一四条一項に直接もとづく隣人保護の余地は、実務上、ほとんどない。<sup>(14)</sup>とする見解がある。みぎ判決の結論が原告敗訴であること、その後も、基本権毀損を認めて、隣人を勝訴させた連邦行政裁判所の建築法関連判決はないことなどから、この見解にも相当の根拠があるように思われる。

### (3) 《配慮原則説》

①一九七五年、連邦行政裁判所第四部裁判官ヴァイロイター(F. Weyrauch)が、画期的な論文を公表した。<sup>(15)</sup>ヴァイロイターの出発点は、《関係者隣人の範囲の《画定可能説》》に関する次の疑問である。

「その時々々の規範によつて“示される受益者の範囲”という要件の充足に、他の規範は、それが特定の所有権者を特別な保護の下に置くことによつて、貢献できないか。人はこれに対して、ただちに、できるわけがない、と答えるだろう。打撃を被る土地、もしくは既存の施設が、特別な地位を取り出

すような規定を引き合いに出す余地はない。なぜなら、ここでは、ただ、打撃を与える建築案の評価、またその案に適用される規範が問題であって、打撃を被る土地や、その状況がどのように評価されるか、ではないからである、と。しかし、これは本当に正しいのか。」<sup>(17)</sup> (傍点引用者)

ヴァイロイター論文の目的は、次の点にある。つまり、建築法規範に隣人保護的性格を肯定する条件たる「権利者の範囲の画定」は、係争建築許可の根拠規定以外の規定によつても獲得される場合があることを示すこと、である。ヴァイロイターによれば、根拠規定に視野を密着させる考察は、法的に特別に保護された原告の地位を評価判断の中に持ち込む機会を、原告から奪っている。<sup>(18)</sup> こうした機会を原告に与えるのが《配慮原則》である。

みにみた機能を有するとされる客観的《配慮原則》は、ある場合に、隣人原告に権利を与える。《配慮原則》の主観化要件が問題である。次のようにいう。

「客観法上の一般的《配慮原則》は、第三者保護機能を持たない。しかし、特定の第三者の要保護性を特権化する規律

のもと、資格づけられると同時に、個別化された配慮が要求されるところで、これは変わりうる。」——注意せよ。変わる必要はないが、変わりうる。<sup>(19)</sup>

「一般的配慮義務が、この義務を資格づけるとともに個別化するような法的に特別に保護された地位——たとえば、連邦建設法三五条一項の「優先性」(Privilegien)、あるいは、特権的に計画された地域(privilegierend beplante Gebiete)——にかかわるところで、この配慮義務は、特別な要保護性にもとづく隣人保護になりうる。実際にそうなるかは、一般的にいうことはできない。」<sup>(20)</sup> (傍点引用者)

②一九七七年二月二五日連邦行政裁判所第四部判決(BVerfGE 52, 123)が、ヴァイロイター論文を引用しつつ、《配慮原則説》を實踐した。しかも、ヴァイロイターの目的を越えてそうしたのである。<sup>(21)</sup>

原告らは住宅所有者で、道路の向い側の農家に交付された豚小屋建築許可の取り消しを求めた。豚小屋からの悪臭が問題となった。周辺は農業用地(開発制限地区)であり、豚小屋は優先的事業であるから、根拠条文は連邦建設法三五条一

項である。《配慮原則》に関して、大要次のようにいう。

「本件では、連邦建設法三五条一項に直接もとづく隣人保護が考えられる。すなわち、建築主が原告らの利益に対して、要請される配慮を払っていないため、係争建築許可が客観的に違法であるなら(a)、この配慮義務違反のため事情によっては、原告らの権利が毀損される(b)。」<sup>(23)</sup>

「(a) 開発制限地区における建築案は、他人の利益への配慮が不十分な時、不許可になりうる。判例である。」<sup>(24)</sup>

「《配慮原則》が、(客観法上) いかなる要求を課すか、はその時々状況による。」<sup>(25)</sup>

「悪臭インミッシオンの受忍限度の決定は、状況に左右される。」<sup>(26)</sup>

「(b) 以上の基準に基づき、《配慮原則》が客観法上侵犯されているなら、本件許可は、原告らの権利を同時に毀損しているにちがいない。」<sup>(27)</sup>

「一般的に、《配慮原則》に第三者保護効を承認することは禁じられる。なぜなら、建築法規定に第三者保護効が属するのは、当該規定が、一定の・限界づけうる、すなわち個別化することができ、広すぎない・権利者の範囲を示すことができる場合だからである。」<sup>(28)</sup>

「したがって、《配慮原則》に一般的には権利は対応しない。しかし、このことは、《配慮原則》を資格づけると同時に、原告を個別化する特別な事情が出現した場合に、第三者保護効が承認されるべきことまで排除しない。本件の事情こそ、まさにこの通りのものである(Weyreuther, BauR 1975, S. 117 ff.)。」<sup>(29)</sup>

「本件の問題は次の点にある。配慮の名宛人たる・打撃を破る者の範囲が明白であるのに、《配慮原則》により利益を受ける者「本件原告」の法的地位が保護に値するものでない場合には、第三者保護効は承認されないのか、という点である。言い方を変えると、打撃を破る者「本件原告」の法的地位は傑出しておらず、他の周辺から区別もされないし、ただ建設法三五条二項にもとづくだけであるが、状況から、実際には、ただ一人打撃を被る者として、いわば建築主のドアの前に立つており、それゆえ建築主は誰を配慮しなければならぬのかについて、深刻な疑いのあり得ない場合にも、受益者範囲の限定可能性の不十分さを理由に、《配慮原則》に第三者保護効を承認することは許されないのか、が問われている。当法廷は、この問いを隣人保護に有利に解答すべきだ、と考える。したがって、第一に、《配慮原則》を資格づけると同

時に、個別化されるようなあり方で、特別な法的地位への配慮がなされるべきかぎり、『配慮原則』に第三者保護効の属すること、第二に、そういう事例は、打撃を被る者の特別な法的保護に値することは無関係に、打撃を被ることが明らかで、そのことが、必要な資格づけと個別化、「権利者範囲の」画定を引き起こしている場合にも、ありうる事が分かる。」<sup>(30)</sup>  
(傍点引用者)

本判決の意義は、まず第一に、ヴァイロイターにしたがつて、『配慮原則』によって資格づけられると同時に個別化されるようなあり方で、特別な法的地位への配慮がなされるべきかぎり、『配慮原則』の第三者保護的性格を認めた点にある。さらに、ヴァイロイターを越えて、同様の事態が、次の場合にもありうることを認めた点に第二の意義がある。つまり、打撃を被る者の特別な法的地位とは無関係に、状況にもとづき打撃を被る者が明白で、それゆえに、必要な資格づけ、個別化、そして権利者範囲の画定が生じている場合である。<sup>(31)</sup>

『配慮原則説』は、その後、連邦建設法三四条、三〇条などの事案にも適用されている。<sup>(32)</sup> 一で紹介した一九八七年七月一五日判決によって、水管理法上の隣人訴訟にも適用された。<sup>(33)</sup>

## 2 まとめ

『保護規範説』、『基本権説』、そして『配慮原則説』という三つの権利論を概観した。これに、一九八七年七月一五日判決を合わせて考えると、いずれにあつても、権利者範囲の『画定可能説』が採用されていることがわかる。保護されるべき人の範囲が画定されるところで、それぞれの権利論がいわば活性化する。三つの権利論の共通点はこれだけであろう。一見したところ、これらの権利論は、相互に無関係であるようにみえる。

一で紹介した連邦行政裁判所第四部一九八七年七月一五日判決には、『保護規範説』と『配慮原則説』が登場していた。しかも相互に融合しているかのようであった。しかし、権利論を概観した今、融合の可能性を論理的に受け入れることは困難である。

ところで、『基本権説』が判例上に登場した前後、エアランゲン・ニュールンベルク大学教授ヘンケ (W. Henke) の『公権論』(一九六八年)と、エアランゲン大学助手だったバルトゥルス・ペルガー (R. Bartsperger) の『建築隣人法のディレンマ』(一九六九年)などの関連論文が公表された。<sup>(34)</sup> これらの議論と、『基本権説』、『配慮原則説』との関係は目下、不明である。<sup>(35)</sup>

また、学説の一部には、いわゆる侵害的行政行為の名宛人についても、保護規範にのみ権利の根拠を求め、基本権の参照を不要と理解するかにみえるものがある。<sup>②</sup> 関連する学説全体の考察はもとより不十分であり、学説と判例の相互関係についても、なお明確な点が残されている。

けれども、いわゆる隣人訴訟の判例において、関係者の権利利益状況の全体を考察の対象とするともに、関連規定全体を総合的に検討するという立場が有力になってきていることは確かである。まず、第三者原告の法的地位を考えるに際して、『保護規範説』や『配慮原則説』が活躍しており、さらに、『基本権説』が登場することもある（少なくともかつてあった）。また、『配慮原則説』を定礎したヴァイロイターにおいて、係争建築許可の根拠規定以外の規定も問題解決に取り込まれるべきものとされていた。それが依って立つ権利論は必ずしもはつきりしないけれども、連邦行政裁判所第四部一九八七年七月一五日判決においても、水管理法上の複数の、しかも従来第三者保護と無関係と理解されてきた規定が考察の対象になっている。一九八五年に『保護規範説』の状況を整理したシュミット・アスマンにおいて、〈規範複合体と制度的枠条件〉が登場している。

このように、関係者の権利利益と関連規定との両面において、〈全体的、総合的、多面的考察〉が正面に出ている。しかしながら、これは現象の理解・説明であって、なお理論的に整理されていない。理論的に考える手がかりはないのか。

(1) 以下の叙述は、三つの権利論の内容検討と相互の比較をしよう。H. Bauer, „Altes und Neues zur Schutznormtheorie“, AöR 1988, S. 582 ff. にとりわけ依拠している。本論文について、詳しくは、参照、白藤博行「H・バウアー『新旧保護規範論』」札幌学院法学六巻一号（一九九〇年）一四七頁以下（バウアー論文の翻訳と解説がある）。なお、筆者自身による判例に即した三つの権利論の紹介検討については、参照、大西有「公法上の建築隣人訴訟（三）（四・未完）——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』——」北大法学論集四一巻三号一一三八頁以下、同巻四号一五二二頁以下（一九九一年）。

(2) Vgl. Böhler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 45.

(3) 第二次大戦後、西ドイツ連邦憲法裁判所第二部は、「疑わしい事例に際して『国民に権利を与えるような法律解釈

- に優先権を与える」という原則を承認した (Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5. 2. 1963, GE 15, 275(281 f.))。もともとこの憲法上の推定原則には、建築法など第三者訴訟において、疑問が寄せられている。つまり、「この解釈規律に対しては、第三者の関与する建築法において常に、……次の疑問が対立する。つまり、余りに広く隣人の権利を承認する場合には、建築主……は、数年を越えて、見通すことのまったくできない危険にさらされる。」(BVerwG, Urt. v. 14. 6. 1968, NJW 1968, S. 2393 ff. (2394)) (省略引用者) Vgl. Bauer, aaO(Fn. 1), S. 600; vgl. auch E. Schmidt-Albmann, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Grundgesetz Kommentar, stand 1985, Rd. 124 zu Art. 19 Abs. IV.
- (4) Vgl. Schmidt-Albmann, aaO(Fn. 3), Rdn. 127 f., 136, 138.

- (5) Vgl. Bauer, aaO(Fn. 1), S. 588 f. Fn. 26 (「ユエーラー自身は、その著書 [aaO(Fn. 2)] で、後になって、基本権と法律適合原則「法律による行政の原理」の関係を論じた際、なるほど、基本権は法律適合原則によって、一部オーバーホールされている」という結論に至った (S. 61 ff., insbes. S. 155 [参照: 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造 (三)」国家学会雑誌九八巻一一二二号 (一九八五年) 八八頁注(6)]。けれども「ユエーラーは、

(直接的法として通用する) ワイマル憲法の基本権について、ふたたび、はっきりとこれらの権利は公権であり、しかも、公権の原型 (Prototyp) である」ということを指摘している (Bühler, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, Kommentar, 3. Aufl., 1929, S. 121.) ; ders., *Geschichte der Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S. 178 f. Fn. 110. もともと、その後「ユエーラーの議論が基本権も保護規範だ」という意味で一般に理解されたかは疑わしいように思ふ (vgl. W. Krebs, „Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle“, in: H. -U. Erichsen / W. Hoppe / A. von Mutius (Hrsg.), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz: Festschrift für Christian-Friedrich Mengler zum 70. Geburtstag*, 1985, S. 191 ff. (201 f. (「ユエーラー、バットホフ、ヴォルフによる権利の定義は「民法一九四条にある請求権の定義に類似している。けれども、そういう請求権構造を、基本権たる自由権などは持っていない。基本権に権利たる性格を拒否することもある」(傍点引用者) ) , 209 mit Fn. 101, 202 mit Fn. 68 (「行政裁判所法四二条二項、一一三条一項一文、そして四項一文が「公法上の請求権」および基本権にも関連するならば、……」(傍点「省略引用者」); vgl. auch Erichsen, „Das Verwaltungshandeln“, in: Erich-

- sen / W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 137 ff. (155 ff.) (個別法適用の優先を語りつゝ「基本権は『権利たる排除請求権 (subjektivrechtliche Abwehransprüche)』として登場する」))。
- (9) Lerche, „Wirtschaftliche Agenda Gemeinden und Klagerrecht Privater“, Jura 1970, S. 821 ff. (831 Fn. 40), 842 mit Fn. 86. なお、次注参照。
- (7) Vgl. Lerche, aaO(Fn. 6) (「学説上ではしばしば『保護規範説 (Schutznorm-Theorie)』を狭く捉へ、評価される。たゞそれでは、リッパース (Reiner Schmidt, NJW 1967, 1635 ff., 1637 ff.) などと同じく、基本権の影響を『通常の保護目的思考 (Schutzzweckdenken)』と対決させているけれども、それによつて、実際には、保護目的説の廃棄がなされたわけではなく、ただ、通常の場合以上に緻密に適用されているに過ぎる。』なぜなら、(主観的) 基本権は保護規範であることに疑いはないから」(傍点引用者))。なお、前注参照。
- (8) Vgl. Schmidt-Abmann, aaO(Fn. 3), Rd. 126.
- (9) BVerwGE 32, 173(179).
- (10) Vgl. K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987, S. 159 f. m. w. Nachw. なお、基本権訴訟における「重大かつ受忍すべきない打撃」という概念の意義につき、vgl. Krebs, aaO(Fn. 5), S. 206.
- (11) BVerwGE 32, 173(174 ff.).
- (12) BVerwGE 32, 173(178).
- (13) BVerwGE 32, 173(179).
- (14) Vgl. K. -M. Orloff, „Die Entwicklung des Bauordnungsrechts“, NVwZ 1987, S. 374 ff. (381 mit Fn. 127).
- (15) 基本権にもとづく建築隣人訴訟の状況については、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(五)——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』——」北大法學論集(掲載巻号数未定)で紹介検討する予定である。また基本権訴訟については、近年の基本権理解をめぐる連邦憲法裁判所の判例を検討する必要があるかもしれない。というのは、BVerfG, Beschl. v. 15. 7. 1981, GE 58, 300 以来、連邦憲法裁判所と、連邦行政裁判所などとの間に、基本権理解をめぐる対立が生じたと思われるからである。Vgl. auch G. Schwerdtfeger, „Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung — BVerfGE 58, 300 („Nabauskiesung“), Jus 1983, S. 104 ff.; H. Schulte, „Die Tragweite der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung für das Grundeigentum“, VerwArch. 1986, S. 372 ff.; 高橋寿一「所有権制限法理の展開——西ドイツにおける近年の所有権概念の変遷をふまえて——」一橋研究九卷二号(一九八四年)五七頁以下、棟居快行「財産権保障の現代的意義」ジュリスト八八四号(一

九八七年(二一九頁以下、二二五頁注(2)、宇賀克也『國家責任法の分析』(一九八八年)二八六頁以下、成田頼明『予防接種健康被害救済制度の法的性格について』『公法の基本問題・田上稜治先生喜寿記念』(一九八四年)四四九頁以下、四六三頁、西壁章『損失補償の要否と内容』(一九九一年)一六頁以下。

(16) Vgl. Weyreuther, „Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz“, BauR 1975, S. 1 ff.

(17) Weyreuther, aaO(Fn. 16), S. 7 f.

(18) Weyreuther, aaO(Fn. 16), S. 8.

(19) Weyreuther, aaO(Fn. 16), S. 8 f.

(20) 一九六〇年連邦建設法三五条の内容は以下に示す通りであるが、本条適用地区は、開発制限地区と呼ばれ、原則として、建築禁止地区である(第二項参照)。しかし、農業用建築物などは、原則として、このでの建築を許されており、優先的事業と呼ばれる(第一項参照)。

第一項「開発制限地区においては、建築案は、次の各号の一つに該当し、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可される。

一 農業経営のための建築

……(略)

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可される。」

(21) Weyreuther, aaO(Fn. 16), S. 11.

(22) 本判決の内容「および、ヴァイロイター論文との関係など詳しくは、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(六)——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』——」北大法学論集(掲載巻号数未定)で、紹介検討する予定である。

(23) BVerwGE 52, 122(125).

(24) BVerwGE 52, 122(125).

(25) BVerwGE 52, 122(126).

(26) BVerwGE 52, 122(127).

(27) BVerwGE 52, 122(128).

(28) BVerwGE 52, 122(129).

(29) BVerwGE 52, 122(129).

(30) BVerwGE 52, 122(130 f.).

(31) ヴァイロイターにあってなお、法規定との結び付きが残っていた。ヴァイロイターは、建築許可根拠規定以外の規定に眼を向けさせようとしていた(他の規範は、特定の所有権者を特別な保護の下に置くことによって、貢献できな

判示内容は、一見したところ、法規定との結び付きを度外視している。

- (32) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 1981, DVBl. 1981, S. 928 ff. (連邦建設法三四条); Urt. v. 5. 8. 1983, GE 67, 334 (連邦建設法三〇条)。

- (33) 《配慮原則説》は、いわゆる《相隣共同体 (Nachbar-gemeinschaft)》の認められるところで活躍できるように思われる。建築法でこれがしばしば語られるのは周知のところであろう。水法においても、《自然の共同体 (natürliche Gemeinschaft)》が登場したことがある (vgl. BVerwG, Urt. v. 11. 11. 1970, GE 36, 248(251)) (「すべての水利用者」、その他の水関与人は、水への結び付きによって、自然の共同体を形成している。この中で、彼らは、水ができるだけ多方面に、またできるだけ一般の利益になるように、利用できるような配慮しなければならない (Rücksicht zu nehmen) 』)。

- (34) 参照、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開(四・完)」法学新報八五卷一・二・三号(一九七八年)一一五頁以下、一三三頁以下、中川義朗「ドイツ公権理論に関する若干の考察(五)」——C・F・ゲルバーの法理を中心として——」宮崎大学教育学部紀要社会科学四九号(一九八一年)二三頁以下、三四頁以下、など。

- (35) 《配慮原則説》判例を引きつつ、判例とこれら学説とは、

実際には同じことをいっている」と理解するものがある。Vgl. Bauer, aaO(Fn. 1), S. 610 mit Fn. 157.

- (26) Vgl. J. Schwabe, „Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagegenehmigungen?“, NVwZ 1983, S. 523 ff. 参照、大西有二「取消違件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——」北大法学論集四〇巻五・六号上巻(一九九〇年)六二二頁以下、六三二頁(「所有権に直接影響を受ける者にあつても、保護規範の存否が決定的に重要」(シュヴァーペ))。なお参照、同前・六四〇頁(「行政行為のすべての違法が名宛人の権利を侵害する。侵害されるのは、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」(ベッターマン))。

### 三 《行政法関係説》

以下では、いわゆる給付行政についてだけでなく、隣人訴訟など、いわゆる多面的行政法関係についても、近年、盛んに唱えられ始めた《行政法関係 (Verwaltungsrechtsverhältnis) 説》<sup>(1)</sup>を、隣人訴訟に関連したもの、具体的には、財政裁判所副長官

マルテンス (J. Martens) とバウアー博士 (H. Bauer) の著作に限定して紹介検討する。二人の議論の中に、さきに示した現象を理論的に考える手がかりがある、と考えるからである。少なくとも、理論的に考えようとする姿勢を認めるからである。<sup>(2)</sup>

## 1 出発点と課題

《行政法関係説》の出発点は、伝統的行政法学説への批判である。批判は次の点に向けられている。つまり、オットー・マヤー (O. Mayer) によって定礎された伝統的学説は、国民の行動には二次的な役割しか与えず、行政行為などの行政活動にその視線を密着させ、それゆえ国民の地位・権利を不明確にしている。<sup>(3)</sup> また、国家と国民の実体的な権利義務を規範化している特別行政法の意義を十分に考慮しておらず、行政活動の諸原則をまとめる一般行政法をも、実体行政法に属させている。<sup>(4)</sup> さらにまた、通説的公権論(《保護規範説》)などは、今や、もっぱら、いわゆる第三者の権利をめぐる論じられ、公権論全体を把握できないでいる、<sup>(5)</sup> というのである。

《行政法関係説》の課題は、一般的に、「特別行政法の持つ請求権構造は、どのようにして、現実へと置き換えられるのか」という問いとの取り組みであり、断片的で、<sup>(6)</sup> 第三者の権利へ集

中するこれまでの限定的な考察態度を放棄し、「公法上の権利の全体を把握すること」<sup>(7)</sup>、である。

## 2 一般的内容

### (1) マルテンス

マルテンスは、社会法典総則四〇条一項(「社会給付請求権は、法律の中で規定されたか、もしくは法律に基づいて規定された要件が存在するとき、直ちに成立する。」)と、租税通則法三八条(「租税債務関係に由来する請求権は、法律がそこに給付義務を結び付けた構成要件事実が具体化したとき、直ちに成立する。」)を引用して、いう。「二つの規定は、次のことを表現している。つまり、請求権関係を特徴づける権利と義務は、直接法律から生じること、つまり行政活動に由来しないこと、あるいは行政決定に左右されないこと、である。国民と行政は、法律に同様に服しており、実体法関係が問題になるかぎり、他の領域(たとえば、民事法関係)における債権者・債務者の状況と区別できない債権債務関係の中で、諸々の地位を占めている」<sup>(8)</sup>。「社会法と租税法の法律状況によれば、関係法主体間の実体法関係を、請求権と給付義務によって特徴づけられた法関係として評価することが要請されている」<sup>(9)</sup>。(以上、傍点原文イタリック)

マルテンスによれば、「他の特別行政法分野における法的関係を別様に判断する説得的根拠は認められない。物や金銭の給付が問題となるところで、請求権関係は分かりやすい。そして、国民の特定行為の行政統制に関しても、国民の権利は、国民の行為を行政が受忍するように求める請求権として……理解される。さもなければ、——明白に請求権関係と性質づけられる

——「社会法、租税法などの」その他の法分野から、これらの「統制が問題となる」領域を体系的に分離することが必要になろう、との考慮が、もちろん、統一的な法的評価を支持する」(傍点、省略引用者)。

マルテンスは、物や金銭給付が問題となる場合と、行政による国民の統制が問題になる場合とを、前者を基準として、請求権関係として、また法関係として、統一的に考えようとしている。そういうマルテンスにとつて、「行政法関係は、特定の構成要件事実によつて結合された権利と義務の一種のコピーとして登場する」<sup>11)</sup>。もつともこのコピーはそう単純ではない。「なぜなら、法主体の具体的な権利(Berechtigung)にとつて基準となる法規範は、通例、単一の規定からなるのではなく、多少とも大きい数の、成文・不文の法から生ずるからである」<sup>12)</sup>。

以上がマルテンスの『行政法関係説』の基本である。特別行

政法を強調し、また、行政と国民が法律に同様に服していると考え、そして、国民と行政の関係を請求権と義務の関係、つまり法関係と捉える、このようにまとめることができる。マルテンスの議論の射程は、行政法理論全体に及んでいる。それはマルテンスは、行政活動、行政決定、とりわけ行政行為に、どのような意義を与えるのだろうか。次のようにいう。「行政決定は、手続行為(Verfahrenshandlung)を意味する」<sup>13)</sup>。「行政行為の機能的特色は次の点にある。つまり、行政行為は、行政に、それを交付することによつて、手続メカニズムを進行させる可能性を提供する。行政行為は、一定期間内に、行政によつて示された法状況を受容するのか、それとも、これに対して権利救済手続をとるのかの決定を、国民に法的に強制する」<sup>14)</sup>(以上、傍点原文イタリック)。行政行為の意義は、これまでの学説に比較して、決定的に縮減されているのである。

## (2) パウアー

パウアーは、『法関係説』が行政法ドグマティクに対して持つ意義について極めて争いのあることを率直に認めている。<sup>15)</sup>しかし、これまでの公権論が、断片的で、公権論全体を把握できないでいる現状に照らして、新しい構想が必要なのだ、と考えている。<sup>17)</sup>パウアーによれば、『保護規範説』によつては、憲

法の意義と、その時々、の關係領域の有する事實構造(Sachstruktur)の意義とが、説得的には解明されていない、という。《法關係説》には、大きく三つの意義がある、というのである。<sup>(18)</sup>  
大略、次のようにいう。

第一に、《全体的考察》がある。つまり、「權利を具體的な法關係に引き込むことは、関連する法關係の全体的な考察(Gesamtbetrachtung)をもたらし、關係するすべての規範素材(Normenmaterial)から權利を引き出す道を開く」(傍点原文イタリック)。パウアーによれば、こうした態度は、《保護規範説》にあつて、《規範複合体と制度的枠条件》から保護目的を探ろうとする立場(シュミット・アスマン)から、それほど離れていない、という。<sup>(19)</sup>

第二に、《基本権の考慮》がある。つまり、みぎの《全体的考察》は、關係する規範全体への視野の拡大を意味し、「憲法、とりわけ基本権を強く配慮する可能性を開く。基本法の条文によると、行政は、直接通用する法たる基本権に拘束される。行政と国民の間の法關係は、規範的に、行政法と憲法によつて規律され、整序されている。多くの規律領域において、まず、憲法を評価しなければならない」。<sup>(20)</sup>パウアーによれば、こうした態度は、基本権に対し抑制的な立場(シュミット・アスマン)

となるほど対立している。けれども、ビューラーにあつて、基本権は保護規範だ、と理解されていた、といつてよいであろうし、シュミット・アスマン自身、基本権をも考慮して、權利を探索している、という。<sup>(21)</sup>

第三に、公権の探索に際して、《具體的な事實構造・生活關係》が引き込まれる。つまり、「具體的な行政關係を基準にする、ということとは、權利の探索に際し、関連する領域の具體的な事實構造を引き入れることである。なぜなら、法關係への權利の引き込みに、同時に、——そこに法が適用され、またその中で法が効力を持つ——「具體的な生活關係(Lebensverhältnis, 96a)」との交流が結合しているからである」。<sup>(22)</sup>パウアーによれば、こうした態度は、「事實上、個人利益に役立つ法規は、權利を基礎づける」としたビューラーに共通し、また、權利義務の探索に際し、「規範素材」と「事實与件(Sachgegebenheiten)・生活実態」の間を、あちこち見回すとする「エンギッシュ(Engisch)らの法律解釈学の基礎理論とも共通する、という」。<sup>(23)</sup>  
結局、パウアーは、ドグマティクの基盤を、基本法のもとで、その正統性が失われている「一般權力關係から一般法關係へ(vom allgemeinen Gewaltverhältnis zum allgemeinen Rechtsverhältnis)」転換をせよのである。<sup>(24)</sup>

なお、パウアーにおいて、「法」は、基本法についていえば、基本権規定に制限されない<sup>(26)</sup>。行政行為の根拠規定にはもちろん制限されていない。つまり、類推により、あるいは一般的（しばしば不文でもある）法原則を用いつつ獲得される法もまた明らかに法である。この（行政）法関係の内容はむしろ、その時々に関連する成文・不文の法規範にしたがって規定される<sup>(28)</sup>。

以上のように、パウアーの公権論は、基本権の考慮、具体的な事実構造・生活関係の引き込みを強調する見解であり、ひとことでは、〈全体的考察〉を特色とする公権論である。

### 3 隣人訴訟

#### (1) マルテンス

マルテンスは、建築隣人訴訟についても、論文をひとつ公表している<sup>(29)</sup>。内容を要約して紹介しよう。①の部分が最も重要であろう。

##### ① 行為規範たる特別行政法

判例学説による行政活動への執着は、実体法状況を審査する裁判官の思考に特殊な方向を与える、という。つまり、「裁判官は、特別行政法上の諸規範から生ずる権利義務（たとえば、原告は建築申請書の中で詳細に示された建築案設置請求権を持つ

か）を問うだけでなく、同時に、（しばしば第一に）、行政庁は、主張されている建築請求権を、係争行政行為の中で適法に決定したか、つまり、正しく評価した（Beurteilt）か、審査する。こうして、特別行政法の諸規定は、行政の評価規範（Beurteilungsnormen）として、つまり、紛争を決定する資格のある裁判官に対して実体法規定が持つ効果に関し、一般に認められているのと同じように、行政庁に向けられた規定として、登場する。しかし、評価規範という特別なカテゴリーの分類は、裁判官が紛争法関係に関与していないことに基づいている<sup>(30)</sup>。ところが、行政庁は当事者である。特別行政法は、「国民と行政庁に対する行為規範（Verhaltensnormen）である」<sup>(31)</sup>（以上、傍点原文イタリック）。

##### ② 建築主・隣人の行為規範

建築公法の諸規定は、建築主は自分の土地をどのように利用できるかを語っている。建築案が建築法に対応しているなら、隣人は、行政と同じく、建築物の設置と利用を容忍しなければならぬ<sup>(32)</sup>。行政庁は、建築申請決定を通じて、建築公法の遵守を配慮する。隣人保護にとつて、立法者によつてすでになされている「建築主と隣人との」紛争決定を参照することが決め手である<sup>(33)</sup>。

### ③民法との比較

立法者の紛争決定にもかかわらず紛争は残る。私法における所有権の利用・受忍の限界など、「すべての紛争」について、裁判所が拘束力ある決定を下す。ところが、公法において、違法な行政活動に対する権利保護だけが問題になり、隣人は保護規範を必要とする「「保護規範説」」。ここでは、おそらく、建築主と隣人は無関係である、と考えられている。<sup>(34)</sup> 建築公法による、建築主と隣人との間の紛争決定が、建築主と行政庁、もしくは隣人と行政庁の間の紛争決定に変質している。<sup>(35)</sup>

ところで、連邦行政裁判所が展開した「配慮原則説」は、私法相隣法と同じ方法で、相隣共同体関係における調整を獲得しているのではないか。<sup>(36)</sup>

### ④隣人保護の再構成

それでは、隣人訴訟はどのように理解されるのか。大要、以下のようである。

再構成の条件は、隣人と建築主の関係が、公法上規範化された行為義務<sup>(37)</sup>によって特徴づけられていることを承認することである。

隣人が主張する所有権毀損（*Verletzung*）の審査にとって必要な問いは、隣人の所有権たる地位の侵害（*Beinträchtigung*）

があるか、この侵害は、公法規範によってカバーされているかである。隣人は保護規範を探索することなく、所有権侵害を説明できればよい。<sup>(37)</sup>

隣人と行政庁との間の行政法関係の内容は、公法上の行為規範違反と見なされるような、隣人土地所有権への侵害から隣人を守る、という行政庁の義務である。建築許可の取り消しは、建築許可によって建築行為が許されている場合にのみ適切である。建築許可なしに、あるいは、許可の取り消しにもかかわらず、建築が続行されたなら、行政庁は違法行為の阻止、また既成事実の除去に必要なことすべてをしなければならない。その場合、隣人の請求は、行政庁の介入<sup>(38)</sup>に向けられ、通説に反し、行政庁に裁量余地はない。

### (2) パウアー

パウアーは、隣人訴訟などの三面的法関係における具体的個別的权利義務の探求に際し、憲法が参照されるべきことを、まず指摘する。そして、憲法上保障された土地所有権の状況拘束性を語りつつ、建築相隣法という領域の事物構造の特色として、隣接する土地が、法的な「運命共同体」、利得と損失の共同体、相互の交換関係<sup>(39)</sup>の中にある、という。したがって、隣人間の紛争においては、土地所有権行使の自由の衝突が問題であり、

料 結局、国家（行政）、建築主、そして隣人の三面的法関係が、憲法に基礎を持つことを確認している。<sup>⑩</sup> みぎ関係の規律は、立法者のフリーハンドに委ねられているのではない。つまり、大要次のようにいう。

「建築主や隣人の所有者としての権利・義務の詳しい形成・

具体化は、憲法に適合した個別の法律によつてなされ、とりわけ建築監督庁の権限をも同時に確定する建設計画法や建築法によつてなされている。隣人の権利を基礎づけるに際して、建築公法が、隣接する土地所有権利用をめぐる紛争の包括的な規律を含んでいることに決定的な意義がある。その客観的な規律内容に照らして、相隣共同体上の所有権利用紛争を規律し、調整に持ち込んでいるような建築公法の規範は、建築主の権利だけでなく、隣人の権利をも具体化している。隣人は、建築許可によつて許され、これらの規範に適合した建築案を受忍しなければならない。しかし、違法な場合には、受忍義務はなく、許可に對抗できる。つまり、憲法上の所有権保障は、隣人の権利を原則的に規律し、個別法上の規範が、隣人の法的地位の具体的内容、範囲を規定している。このことは次のことを意味する。つまり、建築主の権利だけでなく、

隣人の権利も、重要な点で基本権に根を持ち、その具体的形成は個別法によること、次に、建築主、隣人の具体的権利の探求に際し、憲法と行政法が引き込まれることである。しかも「保護規範説」に頼ることなしに、そうなのである。」<sup>⑪</sup>（傍点引用者）

パワーによれば、「具体的に打撃される隣人が、これらの権利義務の主体である。土地の状況拘束性や、相互関係が、隣人公権には基本権に基礎があることを示す以上」、この「具体的打撃は憲法上の要求である、という。「いかなる隣人がその時々」に打撃されるかは、状況と個々の事案に応じて決定される」。<sup>⑫</sup>

### (3) 共通点

マルテンスとパワーの隣人訴訟をめぐる議論は、つぎの点で共通しているように思われる。

①まず、建築公法によつて、建築主の権利ばかりでなく、隣人の権利も具体化されている、という認識である。建築公法の規定は、建築主にとつてばかりでなく、隣人にとつてもまた、行為規範を意味している、と理解されている、といつても同じであろう。これを別の角度からいえば、行政、建築主、そして隣人の三面的関係は、従来の理解のように、行政と建築主、行

政と隣人に二分されているのではなく、一体として理解されている。あるいは、少なくとも、建築主と隣人の関係もまた建築公法の規律対象になつていて、と理解されているように思う。ここがおそらく最も重要な点であろう。まさしく、隣人保護再構成の条件は、隣人と建築主の関係が、公法上規範化された行為義務<sup>43</sup>によつて特徴づけられていることを承認することである<sup>44</sup>。

② マルテンスにおいて、適法な建築案を受忍すべき隣人の義務と、違法な建築案から隣人を守るべき行政庁の義務が語られている。パウアーにおいては、適法な建築案を受忍すべき隣人の義務のほか、違法な建築許可に隣人は対抗できることが述べられている。

③ マルテンスにおいて、隣人は、「保護規範を探求することなく、所有権侵害を説明できればよい」とされている。パウアーにあつて、隣人の具体的権利の探求に際し、『保護規範説』に頼ることなく、憲法と行政法が引き込まれる、と述べられている。『保護規範説』が放棄されている。

④ マルテンスにおいて、法主体の具体的な権利によつて基準となる法規範は、多少とも大きい数の、成文・不文の法から生ずる。パウアーにあつても、類推や、法の一般原則から獲得

される法もまた法であり、行政法関係の内容は、関連する成文・不文の法規範によつて規定される。行政行為の根拠規定だけを考慮の対象にしているのではない。

#### 4 批判

『行政法関係説』に対し、学説からの批判がある<sup>45</sup>。しかし、いづれも一般的見地からのものであつて、特に、隣人訴訟を念頭においた批判はないように思う。しかも、根本的な疑問を寄せたものはほとんどなく、ただいわゆる行政活動に焦点を合わせる伝統的な行政法体系のすべてを『行政法関係説』によつて置き換えることに反対するか、この点で控え目な態度を要求している。

たとえば、コンスタンツ大学教授マウラー (H. Maurer) の、今や代表的となつた教科書は、行政法関係を強調する最近の傾向を「なるほど、肯定的に評価できる」としつつも、「しかし、期待は高すぎないか、が問われる」としている。マウラーによれば、ひとつの行政法関係があるのではなく、その時々状況に応じたさまざまな法関係があるにすぎない。行政法関係が論じられる場合、社会給付法 (Sozialleistungsre-

ch)など、給付行政法が話題になっている。これらの法領域は、もっぱら金銭的な権利義務にかかわり、法関係による把握が最も容易な領域である。他の法領域でのテストはまだない。結局、いまだ、行政法関係は行政法体系を指導する概念になっていない、と結論として<sup>(46)</sup>。マウラーは、マルテンスやパウアーの業績を知らないのだろうか。それとも、無視しているのだろうか。

ハイデルベルク大学教授シュミット・アスマン(E. Schmidt-Abmann)は、「我々は、法関係説を、名宛人の地位をいっそう強く意識させ、行政法における国民の地位を強化する試みと理解できよう。これに対し、一般的平等を獲得するテコとして、法関係は適当でない。」「法関係説による法形式説の解体(Ablösung der Rechtsformenlehre)は、確認も推奨もされていない。逆に、両方とも、行政法体系のアルキメデスの点ではなく、——手続説と基準説(Verfahrens- und Maßstabtheorie)と合わさって——、二つの相補的な認識の試みである。」(傍点引用者)としている<sup>(47)</sup>。

トゥリアー大学教授プロイアーは、一九八六年に開催された第四五回国法学者大会の討論において、「行政行為は、まさに、国民の法的地位と法治国家原理に関して、行政法関係に

よつては充足できない四つの重要な機能を果たす」(傍点引用者)として、つぎの機能を挙げている。つまり、法律と個々人の打撃との間で法律を明確にする機能、行政行為という形式による公益実現機能、法律だけからでは得られない明確化機能、行政手続法以来明らかになってきた、手続における国民の法的地位の保護機能、である<sup>(48)</sup>。

(1)《法関係説》について、一般論を中心に、すでに次の文献が紹介・検討を加えている。参照、塩野宏「紹介、O・バッホフ、W・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティク』」法学協会雑誌九一卷二号(一九七四年)二九三頁以下(同『公法と私法』(一九八九年)所収)、間田穆「N・アハターベルクの『法律関係論』・『行政法関係』」法律時報五七巻一号(一九八五年)一〇七頁以下、堀内健志「立憲理論の主要問題——Rechtssatz論の方法と構造——」(一九八七年)二〇一頁以下、村上博「ヴォルフガンク・マイヤー——ヘーゼマン『行政法学における方法の変遷』」鹿児島大学法学論集一八巻一・二号合併号(一九八三年)九七頁以下、一一五頁以下、人見剛「西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』(一九八七年)一頁以下、三四頁以

下、高橋正徳『西ドイツにおける「インフォーマルな行政作用」の法的統制』岡山大学法学会雑誌三八卷二号（一九八八年）一四七頁以下、一五九頁以下、一六九頁以下、村上武則『給付行政』成田頼明編『行政法の争点（新版）』（一九九〇年）一〇頁以下、一一頁、村上「西ドイツにおける給付行政の法関係係論について」、比較公法学の諸問題・伊藤満先生喜寿記念』（一九九〇年）一五九頁以下、人見ドイツ行政法学における法関係係論の展開とその現状』東京都立大学法学会雑誌三二卷一号（一九九一年）一〇五頁以下。

本稿との関係では、特に、参照、中川義朗「西ドイツ公権理論の新傾向——建築法上の権利保護を範例として——」宮崎大学教育学部紀要・社会科学六二号（一九八七年）三一頁以下、四五頁以下（H. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986を紹介・検討している）、四八頁以下（基本権と公権、『配慮原則説』が紹介・検討されている）、五一頁注（20）（権利論をめぐる西ドイツと日本の違いが指摘されている）。

(2) 以下の叙述は、基本的に、次の文献に依拠している。H. Bauer, „Subjektive öffentliche Rechte des Staates — Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht —“, DVBl. 1986, S. 208 ff. (参照)

川上宏二郎「西ドイツにおける『国家』の公権論——パウアーの見解に対するブレックマンの批判とパウアーの反論——」『行政法の諸問題・上・雄川一郎先生献呈論集』（一九九〇年）一一九頁以下）；ders., *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S. 161 ff. (zit. *Geschichtliche Grundlagen*); ders., „Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht“, *VerwArch.* 1987, S. 241 ff. (256 ff.); ders., „Altes und Neues zur Schutznormtheorie“, *AöR* 1988, S. 582 ff. (参照「白藤博行」H・パウアー『新旧保護規範論』札幌学院法学六卷一号（一九九〇年）一四七頁以下）；ders., „Zum öffentlichen Nachbarschutz im Wasserrecht — BVerwG, NJW 1988, 434“, *JuS* 1990, S. 24 ff.; Jürgen Materns, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, 1986(zit. *Die Praxis*, 1985); ders., „Der verwaltungsrechtliche Nachbarschutz — eine unendliche Geschichte?“, *NJW* 1985, S. 2302 ff. なお、以上の文献について、書名は括弧内ものに簡略化し、論文タイトルは省略して雑誌名のみを引用する。

(<sup>3</sup>) Vgl. Martens, Die Praxis, 1985, Rdn. 5, 7, 29.

(4) Vgl. Martens, Die Praxis, 1985, Rd. 8; ders., NJW 1985, S. 2302 f. なお参照, 塩野「行政法の対象と範囲」

成田編・前掲書注(1)四頁以下、九頁(第三に、行政法各論として取り上げられる分野で重要なことは、そこにおける実体的な権利義務の具体的内容であるが、これについては、行政法総論が一般論を、各論がその個別論を展開するところ関係にはなっていないのである。)

(5) Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 161 ff, ders., DVBl. 1986, S. 213.

(6) Vgl. Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 11(S. 8) (傍点引用者)。なお参照「塩野『行政作用法論』公法研究三四号(一九七二年)一七九頁以下、二一〇頁(同・前掲書注(一)所収)(公法関係の特色は、専ら、具体的権利義務の形成実現過程における、行政に特殊な法現象にある)」、遠藤博也『実定行政法』(一九八九年)はしがき。

(7) Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 167.

(8) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 16; vgl. auch Rd. 8.

(9) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 19.

(10) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 19.

(11) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 29.

(12) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 31.

(13) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 30.

(14) Martens, *Die Praxis*, 1985, Rd. 238. なお参照「乙部

哲郎『行政行為の觀念と種類』、『現代行政法大系2』(一九八四年)九二頁以下、九七頁、遠藤・前掲書注(6)八九

頁以下、同「取消請求権の構造と機能」、『行政法の諸問題・下・雄川一郎先生献呈論集』(一九九〇年)一四九頁以下、一六六頁(「行政行為は、…権利救済上の必要から認められた行政手続過程上の、一結節点にすぎない。」(傍点原文)、塩野『行政法I』(一九九一年)八六頁(「行政行為は行政過程の一段階として機能しているにすぎない」)。

(15) 一貫して「公権論」を論じるパウアーは、「公権論」の歴史を振り返って「かのイエリネック(G. Jellinek)やシュエーラー(O. Bühler)において、一方、(国民ではな)臣民(Untertanen)の地位が問題だったこと(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 162)」、他方、「イエリネックにおいて、「公法の『すべての構造がすべての点で権利という網によって覆われている、』との自覚があったこと(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 166 (引用者)とG. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., 1905, S. 8 (以下略))」また「すべての法は法主体の關係にある(Alles Recht ist Relation von Rechtssubjekten)」と述べられていたことを指摘する(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 170 (引用者)とG. Jellinek, *aaO*, S. 50 (以下略))。そして「現在の通説的権利論は、こうした伝統的学説の自覚などを広く放棄しており、また、権利の多様な発現形態(たとえば、支配権、請求権、形成

- 権)を考えるなら、法的に保護された個人の利益」という権利の定義は狭すぎる」と言う(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 162 f. mit Fn. 6, 165 f., 173)。
- (16) Bauer, *VerwArch*, 1987, S. 259 mit Fn. 108.
- (17) Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 161 ff.; ders., *ÄoR* 1988, S. 607 f. (《保護規範説》の柔軟性と開放性、輪郭の不鮮明なものと法的不安定を指摘しつつ)。

- (18) Bauer, *ÄoR* 1988, S. 610 ff. (傍点引用者)。パウアーは別の論文で《法関係説》の二つの意義を語っている。ひとつは、相互性・相関関係を基準にしていることに求められている。つまり、これまでの考え方は、一方的に、行政の法的拘束と法的義務を強調してきたが、たとえば、公法上の契約締結上の過失責任などに関する法的規律は、たんに、行政庁の義務の規範的根拠を与えるだけでなく、むしろ、国民の義務の根拠をも与え、これに、通例、行政の権利が対応している」と言う(Vgl. Bauer, *VerwArch*, 1987, S. 265 f.)。パウアー公権論は、国家の公権を承認するのみである(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 172 f.; ders., *DVBl*, 1986, S. 208 ff.)。パウアーは、いう。「公権の探求に際し、国民の孤立した請求権的地位と、多少とも思弁的に探求される保護目的ではなく、法関係への関与と人の相互関係が基準となる。この

ことが、その時々、の事物構造と具体的状況を特に配慮した、両面での権利・義務の強化された細分化を可能にする」。均衡が獲得され、「オール・オア・ナッシング (Alles oder Nichts)」と言う、これまでの議論の持つ問題解決能力の限界が克服される(Vgl. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 174 f.)。

他のひとつは、《法関係説》が、行政と個々の国民との間の二極的関係に、もっぱら関係しているのではないため、三極・多極関係を適切に理解できることにある。つまり、現代国家の特徴のひとつとして「一方から奪うこと無しに、他方に与えられない」という認識があるが、「こうした法現象を、一方的ではない考察に援助を与えたいドグマティクは、その構想の中で考慮しなければならない」。法関係ドグマティクは「三極」および多極的法関係をともなう「すべての関与人の権利(義務)の適切な規定を可能にする」というのである(Vgl. Bauer, *VerwArch*, 1987, S. 265 f.; ders., *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 176)。<sup>16)</sup>なお、パウアーの言う「二つの意義」について、参照「高橋・前掲注(一)一六二頁」。

- (19) Bauer, *ÄoR* 1988, S. 612 mit Fn. 163; vgl. auch ders., *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 176 f., 178 f. mit Fn. 110.
- (20) Bauer, *ÄoR* 1988, S. 612.

- (17) Bauer, AöR 1988, S. 613; vgl. auch ders., Geschlithche Grundlagen, 1986, S. 182 ff.
- (22) Bauer, AöR 1988, S. 613 f. mit Fn. 169, Fn. 170; vgl. auch R. Breuer, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, DVBl. 1983, S. 431 ff. (436 f.).
- (23) Bauer, AöR 1988, S. 614; vgl. auch ders., Geschlithche Grundlagen, 1986, S. 185.
- (24) Bauer, AöR 1988, S. 614; vgl. auch E. Schmidt-Abmann, Rd. 121 zu Art. 19 Abs. IV, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Grundgesetz Kommentar, stand. 1985, noch, „パウアーは、本文で示した三つの意義を持つ《法関係説》を、以下の三つの事案類型に当てはめて、若干ではあるが、具体的な検討を試みている。つまり、基本権によって保障された自由への古典的警察侵害の排除請求権、社会扶助法における配慮請求権(社会扶助請求権)、「実体的相隣建築公法における、第三者の許可排除請求権」である。最後の検討内容については、本文で後述する。
- (25) Vgl. Bauer, Geschlithche Grundlagen, 1986, S. 167 ff.
- (26) Vgl. Bauer, Geschlithche Grundlagen, 1986, S. 163, 165.
- (27) Vgl. Bauer, VerwArch. 1987, S. 260 Fn. 111.
- (28) Vgl. Bauer, VerwArch. 1987, S. 264; vgl. auch ders., Geschlithche Grundlagen, 1986, S. 176 f., 178 f. mit Fn. 110.
- (29) Martens, NJW 1985, S. 2302 ff.
- (30) Martens, NJW 1985, S. 2303.
- (31) Martens, NJW 1985, S. 2303.
- (32) Martens, NJW 1985, S. 2303 mit Fn. 35, 37.
- (33) Martens, NJW 1985, S. 2304 (傍点引用者) .
- (34) Martens, NJW 1985, S. 2304 (傍点引用者); vgl. auch ders., NJW 1985, S. 2307 (「建築主と隣人との関係は、行政法上の判断の間接的な対象にとどまっている」。「純粹に私法上のもの、ととらえるのびなぐ……」)。
- (35) Martens, NJW 1985, S. 2305.
- (36) Martens, NJW 1985, S. 2306.
- (37) Martens, NJW 1985, S. 2307 (以上、傍点引用者) .
- (38) Martens, NJW 1985, S. 2308. なお、私法上の隣人保護と公法上の隣人保護の関係について「つぎのようにいう。〈建築公法上の行為規範、また隣接する土地の建築利用の内容と程度に関する法規への注目は、私法上の隣人保護と公法上のそれとの関係の整理に寄与する。つまり、公法規範から引き出され、また《配慮原則説》によって見いだされた諸々の基準は、私法規範や、相隣共同体関係から引き出された基準と同じような役割を演ずる」という見解が普

- 及するならば、建築主に、建築公法によって一度許された利用が後になって拒否されるといふことはなくなるであらう。(2308)
- (36) Bauer, AöR 1988, S. 625 f. (傍点[用者]) ; ders., *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 183.
- (40) Bauer, AöR 1988, S. 627 f.
- (41) Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 185.
- (42) Vgl. Martens, NJW 1985, S. 2304, 2305, 2307; Bauer, AöR 1988, S. 622.
- (43) Martens, NJW 1985, S. 2307.
- (44) 参照、人見・前掲注(一) 東京都立大学法学会雑誌三二一巻一号一二三頁以下。
- (45) Vgl. H. Meyer, *Aussprache*, in: VVDStRL 45, 1987, S. 272 (「法関係とどう古く、また新しい用語に関心を引くのは、ただ、それ無しには存在しないものに、そこから生ずる場合だけである。」「それ「法関係」は、まったく価値がなす。」)。
- (46) Vgl. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., 1990, Rdn. 24, 25 zu § 8(S. 138 ff.).
- (47) Schmidt-Abmann, „Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns“, DVBl. 1989, S. 533 ff. (540). 「アルキメデスの点」とは「ハイロイト大学教授ヘルンの言葉 (P. Häberle, „Das Verwaltungsrechts-

verhältnis-eine Problemskizze“, in: ders., *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, S. 248 ff. (250))。

- (48) R. Breuer, *Aussprache*, in: VVDStRL 45, 1987, S. 272 ff. なお、《法関係説》の重要性を、おそらくはじめて指摘したバツホフ(参照、塩野・前掲注(一))も今や、大要次のように述べている。つまり、「戦後、行政行為なきところ、権利保護なし」といった状況が存在していた。それゆえ、私は、行政活動、とりわけ行政行為に視野を限定することに抵抗した。行政行為を法関係で置き換えることは私の真意ではない。」(VVDStRL 45, 1987, S. 279) なお参照、高木光『事実行為と行政訴訟』(一九八八年)二〇五頁。

#### 四 若干の検討

ここでは、『行政法関係説』と、『保護規範説』などの伝統的な学説との関係、とりわけ伝統的学説によるその受容可能性、およびわが国の議論状況との関係を中心に若干の検討を加えたい。

1 隣人訴訟との関係における『行政法関係説』にとって、最

も重大な問題点は、マルテンスが指摘していたように、〈建築主と隣人との関係が建築公法によって規律されていることを承認できるか〉という問題にあるように思われる。

マルテンス自身は、「特別行政法の規定は、個々の国民（ここでは建築主という特徴を備えた者）の行為を、他の国民への影響を配慮せずに規律しているのではなく、——すべての実体法規範と同じく——法仲間の共同生活を、正義という指導原理のもとで、整序することを目的にしている」という理由で、みぎの問いに肯定的に答えている。

他方、パウアーは、「隣人の権利を基礎づけるに際して、建築公法が、隣接する土地所有権利用をめぐる紛争の包括的な規律を含んでいることに決定的な意義がある。その客観的な規律内容に照らして、相隣共同体上の所有権利用紛争を規律し、調整に持ち込んでいるような建築公法の規範は、建築主の権利だけでなく、隣人の権利をも具体化している。」と述べている。パウアーはここで、「保護規範説」を基本的に支持する、トゥリアー大学教授プロイアーらの業績を参照している。これが重要である。プロイアーによれば、「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によって規律し、平衡状態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。適用可能な規定の客観的規律対象が決め手である」とし、建築関連法上のいくつかの規定を隣人保護的とする。要するに、プロイアーらにあつて、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。したがって、パウアーの理解によれば、マルテンスの提示した問題は、「保護規範説」の中で肯定的に解決済み、とみなされる可能性がある。そうであれば、隣人第三者は、「行政法関係説」ばかりか、「保護規範説」によつても、部外者たる第三者としてではなく、議論の中に取り込まれうることになる。

2 みぎの点とも関連して、さらにいえば、少なくとも、パウアーの《法関係説》と、プロイアーやシュミット・アスマンらの《保護規範説》とは、相当程度似ているように思う。つまり、パウアーの《法関係説》はプロイアーらの《保護規範説》と、建築公法が建築主と隣人間の利益紛争を解決決定していると考ええる点で共通し、また、すでにみたように、シュミット・アスマンの《保護規範説》とは、〈全体的考察〉、〈基本権の考慮〉、そして〈事実構造・生活関係〉の引き込み、といった重要な点で共通しているといえるからである。このことと、マルテンス

にあつて、これまでの学説判例に比べて小さいながらも、行政行為の存在意義が承認されていることを合わせ考えるならば、ドグマティックの基盤を一般権力関係、具体的には、行政活動、とりわけ行政行為から、法関係へと転換しても、実際上の変化はそれほど大きくない、ということになる。つまり、判例はもとより、伝統的行政法学説もまた、《法関係説》を受容する用意を整え終わっていることになる。

しかし、《保護規範説》が、わが国の原告適格論にいう《法律上保護された利益説》と同じく、権利救済における「実体法上の列記主義」との根本的疑問から逃れられない以上は、これに代わる権利論が必要である。みぎにみたように、少なくとも、建築隣人関係をめぐる権利論において、パウアー公権論が受容されることに、それほどの障害はもはやないのではないか、と思う。あるとすれば、それは、慣れ親しんだ伝統的な思考方法への執着、あるいは、そうした理論的基盤の移動の必要性に関する消極的な評価かもしれない。つまり、理論的にはともかく、修正された《保護規範説》で十分ではないか、という見解があるように思われる。

### 3 《配慮原則説》を用いる建築隣人訴訟判例において、民事相

隣共同体関係論と同一の実体判断がなされているように思う。<sup>(6)</sup> 諸利益の総合的考察にもとづく隣人と建築主との間の利益調整が、公法上も、これによつて獲得されている、と考えられるのである。ドイツ行政判例実務において、いわゆる《全体的考察》は日常的になされるに至っているのである。

原告適格論が権利論をも果たしているわが国においても、たとえば、新潟空港訴訟最高裁判決にみられるように、《全体的考察》、あるいは行政行為の根拠規定にだけ焦点を合わせることをしない考察態度が、登場するに至っている。みぎの最高裁判決は、航空法関連規定を総合的に解釈している。しかも、航空法上の事業免許とのかかわりが、それほど明確でない規定などから、周辺住民の利益が保護されていることを、かなり強引に導き出している。最高裁の解釈にかなりの無理があるとの点については、特に、判決の論理を批判的に分析している阿部泰隆評釈が明らかにしている。<sup>(8)</sup>

4 わが国原告適格論でいう《保護に値する利益説》は、これを権利論としてみた場合には、《全体的考察》などを特色とするパウアー公権論と、きわめて類似しているように思われる。また、とりわけ大阪空港訴訟に関する最高裁昭和五六年判決をひ

とつの契機として、行政法においても「実体法上の法律関係に関する考察」の必要性が認識され始めているように思われる<sup>(1)</sup>。そうであれば、わが国においても、少なくとも、学説における権利論の場で、パウアー公権論、そして《行政法関係説》を受け入れる素地があることになる。《行政法関係説》は、少なくとも、その一般的枠組みにおいて、隣人第三者を行政法上の議論に取り込むにあたつて、なんら障害をもたらない理論枠組みであるように思われる<sup>(2)</sup>。

- (1) Martens, „Der verwaltungsrechtliche Nachbarschutz — eine unendliche Geschichte?“, NJW 1985, S. 2302 ff. (2303 mit Fn. 36).
- (2) Bauer, „Altes und Neues zur Schutznormtheorie“, AöR 1988, S. 582 ff. (627 f.).
- (3) Vgl. R. Breuer, „Baurechtlicher Nachbarschutz“, DVBl. 1983, S. 431 ff. (437); ders., Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des öffentlichen Rechts“, DVBl. 1986, S. 849 ff. (854 mit Fn. 58). フロイアーの見解は、フラインブルク大学教授ヴァール(R. Wahl, „Nachbarschutz im Baurecht“, Jus 1984, S. 577 ff.)、フランクフルト大学教授

シュタインベルク(R. Steinberg, „Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts“, NJW 1984, S. 457 ff.)によつて支持されている。

- (4) 本稿筆者は、こうした見解を《保護規範説》の内部におけるひとつの亜種と理解し、《規律対象説》と呼び、若干の検討を加えたことがある。参照、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(四)——西ドイツ行政判例における『権利』『権利毀損』および『違法事由』——」北大法学論集四巻四号(一九九一年)一五二頁以下、一五六二頁以下。
- (5) なお、《裁判上保護に値する利益説》と比較しつつ、《法律上保護された利益説(法律の保護する利益説)》に対する最も整理された批判を試みるのは、遠藤博也・阿部泰隆編『講義行政法Ⅱ(行政救済法)』(一九八二年)二二二頁以下(阿部執筆)、である。
- (6) 《配慮原則説》によつて、建築行政庁は、建築許可を拒否したり、職権取消をする場合があるため、《配慮原則説》には隣人間の紛争の事前防止機能が認められよう。手続上の機能的特色である。
- (7) 最判平成元・二・一七判例時報一三〇六号五頁。なお、参照、最判昭六〇・二・一七判例時報一一七九号五六頁(伊達火発埋立免許取消事件)。
- (8) 阿部泰隆「航空法の事業免許を争う近隣住民の原告適格——最高裁平成元年二月一七日第二小法廷判決、本誌六

九四号七三頁——判例タイムズ六九六号（一九八九年）四九頁以下。なお参照、遠藤「取消請求権に関する一考察」『行政法学の現状分析・高柳信一先生古稀記念論集』（一九九一年）四五七頁以下、四五八頁以下。

（9）最大判昭五六・二・一六民集三五卷一〇号一三六九頁。

（10）塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」『新・実務民事訴訟講座9』（一九八三年）一一三頁以下、一四七頁以下、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（一）」『国家学会雑誌九七巻一一二二七二一頁以下、七二八頁以下（注（二〇））。なお、遠藤「実定行政法」（一九八九年）は、国民の権利自由、とりわけ請求権の観点から、行政法総論体系全体を構築しようとするものと思われる。

（11）『行政法関係説』とわが国における方法論議との関連について、参照、村上武則「西ドイツにおける給付行政の法関係論について」『比較公法学の諸問題・伊藤満先生喜寿記念』（一九九〇年）一五九頁以下、一七九頁以下。

## おわりに

本稿は、ドイツの行政判例における錯綜した権利論の状況を紹介した。その際、水管理法に関する連邦行政裁判所第四部一九八七年七月二五日判決に手をかりを求めた。みぎ判決におい

て、『保護規範説』と『配慮原則説』とが融合しているかにみた。『保護規範説』、『基本権説』、そして『配慮原則説』を順に紹介・検討した結果、両者はしかし融合できない性質のものであった。そこで本稿は、こうした判例の現状を説明する枠組みを探索し、それを『行政法関係説』に見いだした。

本稿が検討の対象にした、連邦財政裁判所副長官マルテンスとパウアー博士の『行政法関係説』は、建築隣人訴訟の領域において、次の諸点で共通していた。つまり、①建築主と隣人との関係が建築公法によって規律されていると考える。②「適法な建築を容忍すべき隣人の義務」を語るほか、「行政庁の隣人に対する義務」など、建築主、隣人、行政庁の権利義務が語られている。③『保護規範説』が放棄されている。④行政行為の根拠規定だけを考察の対象にするのではない。

マルテンスは、国民と行政との関係を請求権と義務の関係、つまり法関係と考えている。パウアーは、ドグマティクの基盤を「一般権力関係から法関係へ」転換させようとしている。

本稿は、みぎにみた『行政法関係説』が、ハイデルベルク大学教授シュミット・アスマンや、トゥリアー大学教授プロイアーらの『保護規範説』と、多くの共通点を持っていること、それゆえ『行政法関係説』が採用されても、実際には大きな変化は

料 生じないであろうこと、などを指摘した。

最後に、わが国における学説にも《行政法関係説》と共通する発想があるように思われることを述べた。

《全体的（実体法的）考察》をするドイツでは、《法関係》をことさら強調する必要に乏しいのではないか、と思われる。これに対し、《処分根拠規定中心主義》・《制定法準拠主義》ともいうべき考察方法が判例・行政実務を支配しているかにみえる日本では、《法関係》への注目が重要ではないか、と考える。

なお、本稿の知るかぎり、ドイツにおいて、《行政法関係説》を本格的に展開しているのは、本稿でも紹介した、連邦財政裁判所副長官マルテンス（J. Martens）の『行政手続の実務（Die Praxis des Verwaltungsverfahrens）』（一九八五年）だけであろう。しかし、批判説からもうかがえるように、行政行為の機能理解がやや単純であるように思われるほか、行政救済法を対象にしていない。また、各論・特別行政法レベルで関連する議論は、租税法や社会保障法を除くと、本稿の紹介した建築隣人訴訟だけではないか、と思われる。

## 追記

わたくしは、北海道大学の教養課程において、ブルンナー

の講読演習への参加を許されて以来、石川武先生から、ドイツ語の手ほどきを中心に、さまざまなご指導を賜って参りました。特に、修士課程の演習において、先生のご指導のもと、スメントの論文を講読する機会を得たことは貴重な経験となりました。もともと、五時間におよぶ演習の半分以上が、日常の話題をめぐる議論でした。振り返ってみますと、論文からでなく、むしろこの議論を通じて、わたくしは、ドイツ「的」な、なにかを学ばせていただいたと感じています。多くの話題のなかで、日航機ハイジャック事件に関するお話は、おそらく今後わたくしのなかで、くり返し反題されてゆくものだと考えております。これまでのご指導に対しまして、謹んでお礼申し上げます。

本稿は、非力を省みず、当初の予定をいそぎ変更して執筆したため、粗雑な内容となり、さらに、ドイツの判例・学説の理解に疲れては、肝心の検討をほとんどなら加えていない、まことに浅薄な論文となつてしまいました。石川先生には、はかり知れないご学恩を賜りながら、このようなものしか書けないことを心からお詫び申し上げます。不備不完全さを少しずつでもおぎなうよう、今後とも日々努力をつづけることで、お許し願えれば幸いです。

## Ein Beitrag zu den öffentlichrechtlichen Nachbarklagen

— Drei Rechtslehren und „Verwaltungsrechtsverhältnislehre“ —

Yuuji OHNISHI\*

Einleitung

I. Problemstellung

II. Drei Rechtslehren

III. „Verwaltungsrechtsverhältnislehre“

IV. Stellungnahme

Zusammenfassung

---

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