

研究ノート

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

石 崎 誠 也

はじめに

本稿でいう「建築法における隣人利益の配慮原則」(des Gebot der Rücksichtnahme auf Interessen des Nachbarn im Baurecht)とは、簡単に言えば建築行為における隣人利益への配慮の要請であるが、⁽¹⁾西ドイツ連邦行政裁判所がこの原則に初

めて言及したのは一九六七年のことである。⁽²⁾当初、連邦行政裁判所が打ちだしたのは、いわゆる「客観法的配慮原則」であった。すなわち、建築計画に対立する公的利益(たとえば連邦建設法—当時—三五条)には個人的利益への配慮も含まれ、行政庁は建築許可にあたって周囲の個人的利益への配慮を考慮しなければならぬが、それは隣人を保護する効果を持つものではないと理解されていたのである。

しかし、連邦行政裁判所は、一九七七年二月二五日の判決でこの配慮原則に隣人保護効果を認める判断をした。⁽³⁾この判決は、許可の根拠法規の隣人保護性が認められない場合にも、一定の要件のもとで隣人の主観的権利保護を肯定しようとするもので、いわば主観的配慮原則（隣人保護的配慮原則）といえるものである。

連邦行政裁判所が配慮原則に隣人保護効果を承認するにあたって大きな影響を与えたのは、連邦行政裁判所裁判官ヴァイロイターの論文であるが、彼はこの隣人保護的配慮原則を憲法的基礎づけようとした。⁽⁴⁾しかし、連邦行政裁判所は、次第に隣人保護的配慮原則を個別法律上の要件に根拠づけられるものとして、憲法とのつながりを遮断する見解を強調するようになった。さらに、一九八六年以降、隣人保護に関する連邦行政裁判所判例に若干の変化が生じ、それに伴い隣人利益に関する配慮原則の考え方もいくつかわく変化が現れてきている。

本稿は、建築法上の隣人保護と配慮原則についての考察を行うための一資料として、この間の連邦行政裁判所の判例動向を一瞥しようとするものである。

(1) 建築法上の隣人利益への配慮原則については、拙稿「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』——二重効果的行政行為の取消理由に関連して——」(一)、法政理論一九卷一号(一九八六年)、同二〇卷二号(一九八七年)参照。

(2) BVerwG, Urt. v. 6. 12. 1967, E28, 268

(3) BVerwG, Urt. v. 25. 2. 1977, E52, 122=DVB1 1977, 722

(4) Weyreuther, F., Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz, Baurecht 1975, 1

一、一九七七年から八三年にかけて (配慮原則の提唱と適用の拡大)

(一) 連邦行政裁判所判例の動向

連邦行政裁判所が配慮原則に隣人保護効果を最初に認めたのは一九七七年二月二五日判決(以下一九七七年判決という)である。これは、連邦建設法三五条の適用される開発制限区域における事例であるが、その後連邦行政裁判所は連担建築区域及び地区詳細計画策定区域において、さらに異なる建築区域の隣接地域において隣人保護的配慮原則の適用を認めてきた。この時期は、いわば隣人保護的配慮原則の提唱と適用拡大期にあたる。(これらの点については、拙稿「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』」、法政理論第一九卷第一号(一九八六年)七六頁以下で紹介しているので、ここでは本稿に必要な限りで簡単に触れることにする。)

(一) 連邦行政裁判所一九七七年二月二五日判決 (BVerwG,

Urt. v. 25. 2. 1977, E52, 122=DVB1. 1977, 722.)

本判決は、配慮原則に隣人保護効果を認めた最初のかつ基本的な判決である。事件は、開発制限区域(連邦建設法三五条)における豚舎の建築許可を同じ開発制限区域に居住する住宅所有者らが争ったものである。本判決は、保護に値する個人的利益への配慮の要請は連邦建設法三五条三項の公的利益に含まれるとしつつ、以下のような新しい見解を示した。第一に、保護の必要性が正当化され同時に個人特定化される形で特別の法的地位への配慮がなされる限りで、隣人利益に対する配慮原則には隣人保護効果が生じることであり、第二に、被害者の法的保護の必要性とは別に、所与の状況から保護の必要性の正当化、個人特定化及び範囲の限定という要件が備わるほどにその被害者性が明白な場合にも、配慮原則に隣人保護効果が生じることである。

(二) 連邦行政裁判所一九八一年三月一三日判決 (BVerwG, Urt. v. 13. 3. 1981, DVB1. 1981, 928.)

本判決で、連邦行政裁判所は次のように判示した。地区詳細計画が無効であるとすれば連邦建設法三四条によって判定され

ることになるが、必要な配慮を欠く許可は客観的に違法である。配慮の要請は同条の「合致」の概念に含まれる（同条改正前は「問題のないこと」の概念）。もし、建築許可庁に特定の——通常は隣接の——隣人の特別の保護の必要性が各状況より明白であるとすれば、配慮原則の第三者保護に必要な「保護の必要性の正当化と個人特定化」(Qualifizierung and Individualisierung)が存在する。^(一)

〔三〕 連邦行政裁判所一九八二年二月一〇日判決 (BVerwG, Urt. v. 10. 12. 1982, DVBl. 1983, 349)

本件は、開発制限区域で養豚・養牛施設を経営する原告が隣接の連担建築区域における一世帯用住宅建築の許可を争ったものであるが、連邦行政裁判所は次のように判示した。開発制限区域の居住者が連担建築区域内の隣接する建築を一般に阻止できるものではないが、隣接する連担建築区域での建築に際して、開発制限区域の居住者は、その特別の保護の必要性により自己の建築物への配慮を期待できる。そして特別の場合には、本来は客観的な配慮原則も隣人保護の効果を持ち、防御権をもたらしうる。なお、本件のように両区域にまたがる場合の配慮原則

は、連邦建設法三四条一項の「周囲の特質への合致」ではなく、当該建築計画に対立する「公的利益」(それに隣人の利益も含まれる)の有無を基準とする。

〔四〕 連邦行政裁判所一九八三年八月五日判決 (BVerwG, Urt. v. 5. 8. 1983, DVBl. 1984, 143)

本判決は計画策定区域における例外許可を隣人が争った事件であるが、連邦行政裁判所は、当裁判所がそれまでに示した第三者保護の配慮原則の基準は計画策定区域においても原則的に妥当なるとした。もっとも地区詳細計画策定区域においては当該計画策定の際に必要な配慮原則がなされているのであるが、例外許可のような場合には、そのつど隣人への配慮が必要であると述べ、とりわけ、誰に対して配慮がなされるべきかが明白で、同時に被害者の特別の法的保護の必要性が認識しうる場合は、配慮原則に第三者保護効果が生じ得るとする。

〔二〕 連邦行政裁判所判例の特徴

これらの判決を通じて、建築法上の配慮原則は計画策定区域、未計画建築許容区域(連担建築区域)、開発制限区域とそれら

の隣接区域で適用され、またそれは一定の要件のもとで隣人保護効果を持つことが承認された訳である。これら初期の連邦行政裁判所判例の意義として以下の点を指摘することができよう。

第一は、建築許可に対する公法上の隣人保護の可能性の拡大である。その点では次の二点が挙げられる。ひとつは、根拠法規に隣人保護性が認められない場合でも、配慮原則に一定の要件のもとで隣人保護機能を認めたことであり、もう一点は、許可の根拠法規の保護目的あるいは隣人の法律上保護された特別の地位ではなく、事実状態（すなわち利益侵害という事実の明白性と被害者の特定化）によっても隣人の権利侵害性が認められるとしたことである。この点に関しては、連邦行政裁判所が従来のいわゆる保護規範理論から一歩踏み出したものであるのかが大いに問われることになった。

第二は、保護の基準をイミッシェン法の基準に求めたことである。それまでの判例によれば、行政行為の根拠規範が第三者保護機能を持たない場合でも、当該行政行為によって隣人が「重大且つ受忍しがたい所有権侵害、すなわち取用類似の侵害」を

受ける場合には、直接基本法一四条にもとづく隣人保護の可能性が認められていたが、配慮原則による隣人保護にあたっては、それ以前の侵害の段階で、すなわちイミッシェン法上の受忍期待不可能性の段階で隣人保護が認められることが強調されているのである。

第三に、必要な配慮の判定（すなわち建築許可の適法性の判定）にあたっては、建築主と隣人の対立する利益の比較衡量によるものとした。

第四に、配慮主体は建築主にあるとしていたようである。つまり、建築主が建築計画の策定にあたって隣人利益を配慮しなければならなかったのであって、配慮の有無は許可要件にかかわる問題として位置づけられていたといえる。（この点は、八六年以降の連邦行政裁判所判決が、配慮を行政庁の義務とし配慮原則を裁量審査基準としているのと若干違っている。）

第五に、隣人保護的配慮原則の根拠については、いずれの判決も法律上の要件規定（「公的利益が対立しないこと」、「周囲の建築状況に」合致すること」など）を手がかりにしていたが、その根拠づけは必ずしも明確ではなかった。一九七七年判決は、

所有権の社会的拘束をその基礎に求めるような表現があり、学説にも初期の判決は基本法ないし一般法原則に根拠を求めようとしていたと評価するものも少なくない。⁽²⁾しかし、一九八三年判決になると法律上の配慮を命じた規定に基づくものであることを強調している。

なお、補足的にいえば、隣人保護の配慮原則には、隣人の原告適格の根拠としての訴訟法的機能と許可の適法性審査基準としての機能が併存していたといえる。

(三) 連邦行政裁判所判決に対する学説の評価

(1) 肯定的見解

連邦行政裁判所が配慮原則に隣人保護効果を認め、それによって隣人の出訴資格を拡大しようとしたことに対して、当初、学説はおおむね好意的な評価をしたようである。⁽³⁾そのいくつかを紹介する。

① バッティスは、配慮原則を一般法原則としてとらえ、さらに連邦行政裁判所が一定の要件で客観的配慮原則に第三者保護効果を認めたことを、従来の隣人保護に関する判例に根本的変

化をもたらすものと評価する。⁽⁴⁾さらに、彼は、配慮原則は隣人保護を越えた、ゲマインデの建築基本計画をもコントロールするものと述べる。

また彼は、配慮原則の根拠を基本法一四条の所有権保障だけに求めるのは一面的であるという。なぜなら、計画に関係するのは基本法一四条だけでなく同一二条、二〇条、二条一項・二項が関係しているからである。

② ミュールは、連邦行政裁判所一九七七年判決は基本思考の一般化によってその適用領域でより重要な意義をかちえてきたとし、一九七七年判決はもっぱら連邦建設法三五条一項の解釈によっているが、その根底には基本法一四条の価値評価がある⁽⁵⁾としている。そして、配慮原則は利益衝突における調整を可能にするための、法律上の欠缺を補充する法原則であり、建築許可が受忍しえない侵害をもたらすとき(特に地区詳細計画の無効が事後的に生じた場合)の是正の根拠を与えるものだと述べる。そのうえで、彼は、この隣人保護的配慮原則はライヒ裁判所以来発展させられてきた相隣共同体の考えと指導理念は共通であると述べて、建築法領域における配慮原則と私法における

相隣共同体関係がみせた評価基準の適用や受忍限度に関する要件の一致などの両者のパラレルな展開は、相隣関係法領域で公法・私法の接近が相当に進んでいることを示すものだとしている。

③ ベルガーは、配慮原則理論による隣人保護が建築紛争において現実にマッチした個別的解決の可能性を与えたと評価する⁽⁶⁾。すなわち、「連邦行政裁判所によって近年発展させられてきた建築法上の一般的配慮原則による隣人保護——通常それは法律上の保護規範の構成要素とされる——は、……(完全に第三者保護的でない規範の補充にあたって——引用者——)基本法一四条や収用要件に立ち帰ることなく、考えられるあらゆる事件に対して現実に即した(Sachgerecht)問題解決を可能にした」と述べる。

(2) 批判的見解

① 上記のような好意的受けとめに対して、他方で保護規範理論からの批判も出された。その代表的見解はミュラー(プレーメン上級行政裁判所判事)⁽⁷⁾の批判である。彼は、隣人保護的配

慮原則は憲法からも一般法原則からも基礎づけることはできないし、個別法律を手がかりとしても非隣人保護的規範から隣人保護効果を導き出すことはできないとし、一九七七年判決は従来の連邦行政裁判所の立場と矛盾すると主張した。同じくメンガーも、客観的配慮原則違反の建築許可が許可し得ないという限りにおいては何ら異存はないが、それ以上の議論には疑問があるとし、これまでの判例理論からは、一九七七年判決の述べるように、特別の要件のもとで配慮原則に第三者保護効果が生じるとか、当事者の特別の法的保護の必要性とは別に事実上の状態から(すなわち、権利侵害性)がその状況から明白であり必要な保護の必要性の正当化と個人限定性が与えられる場合(第三者保護効果が認められるとの見解は導きだし得ないとするのである)⁽⁸⁾。

② さらに、第三者保護的配慮原則の適用が拡大されそれが下級審段階でも適用されるようになると、隣人保護的配慮原則に内在的な批判が出されるようになる。そのなかでも、特に強い影響を与えたのがプロイヤーである⁽⁹⁾。彼は、建築法上の配慮原則は一見合理的で均衡がとれており且つ柔軟でそれへの批判も

少ないが、近年の判例は、実務にとって重大な不安定性と容易ならざる不一致を露呈しはじめているとして、以下の五点を指摘する。①法的基礎の不明確性、②立法者による配慮と計画策定者による配慮の質的違い（両者は同一次元で比較できない）。③法律上の構成要件の軽視（法律上の構成要件だけが基準となるはずであって、判例は法治国家としての法律への拘束を軽視している）。④配慮原則の宿命的な「開放性」（判例上の配慮原則は、建築法上の配慮原則がいかなる地域的地平の上にならざる内容的基準でつくられるべきかを明らかにしていない）。⑤隣人保護の体系上の矛盾（判例上の客観的配慮原則から主観的配慮原則への移行は十分な法理論上の基礎を欠き、それは支配的な保護規範理論に対して和解できない矛盾を抱えている）。すなわち、配慮原則は裁判官の許されざる執政官法（超法規的法）であり、その宿命的な開放性の故に下級審での判例の不一致が生じるのであると述べ、隣人保護的配慮原則は判例法の迷路であり、それは廃棄されるべきであると痛烈に批判するのである。⁽¹⁰⁾

(1) Qualifizierung は「これまで（配慮を）法的な義務とする」と訳していたが、判例を通覧すると、配慮の質ではなく利益の質を示していることが明らかとなったので、本文のように訳語を変えた。

(2) 例えは Mühl, O., Das Gebot der Rücksichtnahme im Baurecht und die Verbindungslinien zum privaten Nachbarschutzrecht, in: Festschrift für Fritz Baur, J. C. B. Mohl (1981), S. 88; 及び Kleinlein, K., Das System des Nachbarrechts, Werner-Verlag (1987), S. 170 参照。

(3) Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht 2. Auflage, C. H. Beck (1981), S. 172; Barts, U., Bau- und immissionsschutzrechtliches Planungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1978, 577

(4) Barts, a. a. O., S. 577

(5) Mühl, O., a. a. O., S. 83

(6) Berger, U.-G., Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, Cahl Heymanns Verlag (1982), S. 122

- (7) Müller, H.-J., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme, NJW 1979, 2378; ders., Anmerkung zum BVerwG, Urt. v. 25. 2. 1977, DVBl. 1978, 80, 拙稿, 前掲¹⁾、一四六頁以下参照。
- (8) Menger, C.-F., Zum baurechtliche Nachbarschutz, Verw. Arch. 69 (1978), 313 (314 ff).
- (9) Breuer, R., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme—ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, 1065
- (10) そのほか、シエンケのように、配慮原則によって連邦行政裁判所が隣人權の拡大を図ろうとしていることは理解できるとしつつも、一般条項的な配慮原則では十分な解決はできないとし、むしろ基本法一四条に基づく隣人自身の所有権を基礎にした解決こそが隣人保護の理論的基礎を与えると述べる者もいる。シエンケは配慮原則に對しては、①隣人の権利保護を強めるために建築法上の配慮原則という一般条項に依拠することは問題の解決にはならない。むしろそれは下級行政裁判所の判例が区々

に分かれているように、配慮原則が様々の内容を持つことになる。だとすれば、それは法治主義原理の要請である予測可能性と計算可能性を破壊することになる。②さらに所有権の社会的拘束性が第三者の権利となることについても論理的基礎を欠く。第三者の権利の基礎になるのは第三者自身が有する基本法二条二項又は一四条の権利である。③さらに、連邦建設法三四条以下が建築法上の配慮原則の表現であるとすれば、例えば三四条の合致 (einigen) の審査に何故配慮原則という審査基準が必要か。ここでは、審査の二重化が生じている。——と批判している。Schenke, W.R., Baurechtlicher Nachbarschutz, Natur + Recht, 1983, 81 (82).

なお、隣人保護的配慮原則を批判しつつ基本権から隣人保護を基礎づけようとする最近のものに、Inheld, T., Das Gebot der Rücksichtnahme in der Diskussion um das subjektiv-öffentliche Recht des Nachbarn, Centaurus-Verlagsgesellschaft (1988).

二、一九八四年決定と一九八五年決定(配

慮原則の隣人保護効果承認に制限的な
判例)

(一) 連邦行政裁判所判例の動向

学説の批判の高まりの中で、連邦行政裁判所は隣人保護的配慮原則の基礎づけやその適用において慎重な姿勢を示すようになる。その最大のポイントは、隣人保護的配慮原則を憲法から切斷し、法律上の要件規定に結び付けて基礎づける姿勢を明確にしたことである。

(五) 連邦行政裁判所一九八四年九月二〇日決定 (BVerwG, Beschl. v. 20. 9. 1984, BRS 42, Nr. 184=NvWZ 1985, 37)

本決定は、上級行政裁判所の上告不許可決定に対する抗告事件に関するものであるが、事件の詳細は不明である。本決定において、連邦行政裁判所は、建築法上の一般原則としての配慮原則を否定し、隣人保護配慮原則は個別法律の基準に従っての

み与えられるものであることをあらためて確認した。

〔判旨〕配慮原則違反は重大且つ受忍しがたい所有権への侵害以前の段階でも生じるが、しかし、逆にこのような重大な侵害に常に第三者保護的配慮原則が結合しているとはいえない。当裁判部判例によれば、隣人保護的配慮原則は立法者がそれを規範化した限りで存在する。⁽¹⁾つまり、ここでは法律上の原則が——すなわち、立法者はそれを成文化することを憲法上義務づけられているのではないが、立法者がいくつかのところで（しかし、建築法上の一般原則としてではなしに）貫徹するものとして形成した法律上の原則が——ここでは問題となっているのである。⁽²⁾

(六) 連邦行政裁判所一九八五年四月二五日決定 (BVerwG, Beschl. v. 25. 4. 1985, BRS 44, Nr. 69)

本件は、一旦連邦行政裁判所において差し戻し判決を受け、⁽³⁾その後の上級行政裁判所で再び敗訴した原告が、上級行政裁判所の上告不許可決定に対し連邦行政裁判所に抗告した事件である。事件は、開発制限区域で豚・牛を飼育する原告が隣接する未計画建築許容区域地区で参加人に出された住宅建築許可を

争ったものである。抗告却下。

〔判旨〕もし未計画建築許容区域（unbeplanter Innenbereich）で住宅建築と異なつた建築的利用が連邦建設法三四条の基準により許されないなら、開発制限区域における優先的居住者への配慮原則といえども、当該住宅建築をやめさせ別の建築的利用を命じることにはならないであろう。（抗告理由がリユネブルク上級行政裁判所一九八三年二月二五日判決を援用したのに対し、連邦行政裁判所は、当該判決は建築許容区域の農業経営者が同じ建築許容区域内の隣接する住宅建築許可に対して提起した事件であり、しかも住宅建築と農業施設建築との双方から特徴づけられた当該区域の個別的状況より、上級行政裁判所が農業施設より四〇mしか離れていない住宅建築計画を周囲の状況の特質に合致しないと判断したものであって、本件とは状況を異にすると述べる。）

その結果、未計画建築許容区域の農家は当該区域における住宅建設に対し防御権を持ち、開発制限区域の農家は隣接の専ら住宅区域として特徴づけられた未計画建築許容区域の住宅建築に対する防御権を持たないことになつたとしても、そこには何

ら非体系性は存在しない。（なぜなら、土地が混合的に利用されている区域では住宅以外の建築も可能であり、エミツション施設への配慮は住宅以外の建設を要求することもできるが、専ら住宅建築で特徴づけられた区域ではこのような可能性は存在しないからである。）

また、連邦建設法三四条一項の許可要件に、配慮原則が「合致」の一要素として導入されるのか、それとも公的利益として導入されるのかによって、配慮原則の貫徹力に差が生じたとしても、その故に非体系的ということはできない。なぜなら、配慮原則は法律上の要件を越えてさらに建築計画の許容性に新たな要件を課す不文の独立した法的原則ではなく、その内容・範囲ともに（通常の）法律によって決まるものだからである。すなわち、周囲の特質に合致しない建築計画は全く許可しえないが、合致する建築計画が公的利益のために完全に阻止されることはないのである。未計画建築許容区域での建築計画の許容性にかかわる公的利益の判定に当たっては、立法者は当該土地における建築の原則的許容性を前提にしていることを考慮しなければならぬのである。

(二) 連邦行政裁判所判例の特徴

① これらの決定の特徴は、配慮原則を建築法上の一般原則あるいは憲法より導き出される原則ととらえることを明確に否定し、個別法律の要件規定に根拠づけられるものであることを強調している。すなわち「(周囲の建築状況への) 合致」(連邦建設法三四条)や「公的利益が対立しないこと」(同三五条)など、個別法律に隣人利益への配慮の手がかりとなる規定が存在する限りで、隣人保護的配慮原則は論じられうるとするのである。その結果、求められるべき配慮の程度や内容も個別法律規定によって異なりうる。

しかし、このように構成すると、ある意味では保護規範論的構成とそう違わないことになる。もともと、連邦行政裁判所の判例の流れからみれば、隣人保護規範と解釈しうるもの(同裁判所判例によれば、少なくとも保護される人的範囲が識別し得るほどに限定されていなければならない。この場合は、一般的に隣人保護効果が認められる)、隣人保護的配慮原則の根拠となるもの(この場合は、一九七七年判決が述べる要件——すな

わち、隣人の利益の保護されるべき地位と被害を受ける隣人の範囲の限定性——があれば、隣人保護が認められる)、もっぱら公益保護目的と解されるものに分けられることになろう。しかし、隣人保護が認められるためには何らかの根拠規定が法律上必要だということになると保護規範理論との差異は相対的である。むしろ、法律上保護されるべき当事者の範囲が限定される場合と現実が生じる被害が限定的であるかによって、保護規範理論で説明するか隣人保護的配慮原則で説明するかを分けることはいかにも技巧的である。さらに、被害者の範囲が限定されていることが隣人保護の要件であることと自体、その正当性には疑問もだされよう。事実、連邦行政裁判所は、その後、隣人保護規範の判定基準としての「利害関係者の明確に識別しうる限定された範囲」という要件を放棄することによって、隣人利益への配慮の根拠規定をもって、隣人保護規範であるという解釈を示すことになるのである(本稿七八頁以下)。

② これらの決定に見られるように隣人保護的配慮原則を個別法律の規定に結合させようとしたのは、学説による配慮原則への批判の高まりによる影響が強いと考えられる。⁴⁾しかし、配慮

原則のいわば法律主義的理解の結果、連邦行政裁判所判例に若干の矛盾も生じていると思われるところがある。

たとえば、一九八五年決定の差し戻し以前の最初の上告審判決は、連担建築区域の建築計画が隣接する開発制限区域の建築物に対し配慮原則を満たしているかどうかの判定は、周囲の状況に「合致」しているかどうかではなく、開発制限区域の建築に対する公的利益を基準としてなされるべきであると述べた。

判決はさらに次のように言う。当裁判所は、開発制限区域におけるエミッション施設は隣接する連担建築区域での住宅に対する配慮の義務を負うとしたが、それは、開発制限区域における建築許可に対立する公的利益に含まれる。この公的利益としての配慮原則は、利益衝突を避けることにある。本件は、エミッションを発生する施設の所有者が自己の優先権を脅かす住宅建築を争うものであるが、本質は同じである。結局、原告（隣人）は自己の利益が配慮されるべきものであることを主張することになる。

ところが、一九八五年決定は、再び三四条を連担建築区域にある建築許可の許容性審査基準とした。やや奇異に感じるが、

次のような意味であろうか。すなわち、開発制限区域の優先権者が自己への配慮を要求し得る根拠は、三五条の公的利益である（つまり、自己の優先権を維持し利益衝突を避けるという公的利益である）。但し、その公的利益に内在した配慮原則が未計画建築許容区域での建築計画を阻止し得るか否かは、当該建築計画以外の土地利用が三四条を基準として許容し得るかによる。それが許されない場合、一般には配慮原則が原則として建築可能な建築許容区域における他人の建築を阻止し得るほどに強くなることはないので、配慮原則を理由とする隣人の訴えは貫徹し得ない。本件の場合、問題の未計画建築許容区域は住宅地域としての特質を備えるにいたっていたので、住宅建築以外の建築を要求することはできないし、未計画建築許容区域の原則的建築許容性を勘案すれば、建築を阻止し得るほどに隣人の利益は強くないと判断したのであろう。本決定は、次のように言っている。もし、三四条の基準に従って、他の建築的利用が許されないとしたら、開発制限区域での優先権者に対する配慮もまた、他の建築を要求することはならないであろう。

たしかに、配慮原則を個別法律による要請とらえると「公

的利益が対立しないこと」(三五条一項)や「公的利益を害しないこと」(同条二項)は、何よりも開発制限区域における建築許可要件であつて、三四条を根拠とする連担建築区域での建築許可を争う基準となることは理解しにくい。他方、異なる区域では、三四条も適用しがたい(合致すべき「周囲の状況」に開発制限区域は含まれないから)からである。法律主義の矛盾の現れか。一般原則とすればその限りでは問題のないところである。あるいは開発制限区域の優先権者はその優先性を危うくする建築許可を争い得るとすることも不可能ではなからう。ちよつと、基本法一四条の所有権による保護がそれを危うくする建築許可一般に及ぶように構成するのと同じであるが、連邦行政裁判所の論理からは構成しにくい。

(三) 学説の状況

(1) 批判的見解

プロイヤーの指摘を受ける形で隣人保護的配慮原則への批判はますます強められるが、この時期は特に次の点が強く指摘されている。

第一に、配慮原則の適用範囲や内容の不明確さに対する批判である。この点は、多くの学説も指摘するが、実務サイドからも批判されている。例えば、弁護士であるレントスは、日照、いわゆる望息効果(密接した建築による圧迫)、眺望、通風という典型的な相隣被害について下級審判例の分析を行い、配慮原則に関する一般的定式が同じであるにも関わらず、その結論において判断が分かれていることを示している。⁽⁵⁾ また、その結果として、裁判官の主観的価値判断によるところが大きく、逆に法治国家の原則のひとつである法的安定性・予測可能性を失わせることになる⁽⁶⁾と指摘される。例えばレーデカーによる批判である。

第二に、配慮原則は法律にない要件を新たに加えることになり、建築主に過大な負担を課すことになるという批判である。またそれは、許されぬ裁判官の法創造であり裁判官の権限逸脱であるという指摘もなされている。⁽⁷⁾

勿論、これらの配慮原則への批判論者も、従来の判例理論が保護規範理論に立ちしかも連邦建設法三四条の隣人保護機能を拒絶したために隣人保護に欠ける点のあることは否定しない。

ただそれは、配慮原則という内容の不明確な一般原則によるべきではなく、率直に連邦建設法三四条の隣人保護機能を承認すればよいと述べるのである。

(2) 肯定的見解

他方で、連邦行政裁判所の判例法理を擁護しようとする見解が出される。同時に、連邦行政裁判所とは別の立場から、配慮原則の憲法的基礎づけないし再構成の試みもなされている。

① シュリヒターによる判例理論の擁護

連邦行政裁判所裁判官の立場から配慮原則理論を擁護しようとするのがシュリヒターである。⁽⁸⁾ 彼は、判例上最初に登場した客観的配慮原則を通常法律の解釈補助原理と性格づける。つまり「基本法一四条、しかしとりわけ連邦建設法一条六項に導かれた連邦建設法三二条二項、三四条、三五条及び建築利用令一五条の解釈は、緊張や侵害を避ける目的のために、隣接する土地の個々の状況が考慮されるべきであることを支持する。かようにして生じた配慮原則は、それぞれの該当法律のための一種の解釈補助原理なのである。」(DVBl. 1984, 876) そのうえで、

彼は、この配慮原則を「原則—例外的関係」として法体系上の位置づけを行おうとする。そもそもシュリヒターによれば法規範は原則—例外的関係に支配されているのであり、連邦建設法の解釈に即して言えば、例えば連邦建設法三四条の適用に関して、周囲の建築の枠にとどまる建築計画は原則として周囲の状況に合致しているが、それが周囲への配慮を欠く場合には例外的に合致しないものとなりうるし、逆も起こり得る。このように原則—例外関係の体系によって(配慮原則を適用しなければ不適切な結論になるであろうような非典型の場合に) 現実に即した妥当な問題解決が可能になるのである。

さらに彼は、配慮原則の第三者保護効果もこの原則—例外的関係として説明できるとして次のように述べる。一九六九年、連邦行政裁判所はそれまでの下級審の大勢を否定して、連邦建設法三四条の隣人保護性を否定したのであるが、配慮原則を通じて再び隣人保護へと回帰したのである。但し、第三者保護は一般的に認められるのではなく、例外的に生じるのである。すなわち、誰に対する配慮であるかが鮮明であること(個人特定性)と保護の必要性を正当化する特別の法的地位が認められ

る場合を要件とする。連邦行政裁判所が「配慮原則による隣人保護が連邦建設法三四条に認められるのは特定の例外的場合に限られる」としたことは、以上のことをあらためて確認したものである。このように解することによって、今日批判にさらされている配慮原則判例の氾濫現象に適切に対処できるのであると。

② シュルテによる配慮原則の憲法的基礎づけ

シュルテは、「建築法上の配慮原則を通常法律の構造に基礎づけることは、本来の法理論上の根拠を示すものではなく、より深い根底にある法理論的基礎の実定化された部分を示すにすぎない。……その基礎は、むしろ憲法に求められる。すなわち、それは基本権および法治国家原理より導かれる比例適合原則の両者の結果として生じるものである」と述べる⁹。

彼は、配慮原則は憲法的基礎を欠くとするプロイヤールの見解に対して、配慮原則を基本法の所有権保護にだけ求めるのは不十分であり、基本法二条一項及び二項の保障する第三者の一般的活動の自由と身体の不可侵との関わりを指摘する。同時に基本権の水平効（私人相互間の効力）を否定するミュラーを批判し、今日の社会では基本権を単に国家に対するためのものとし

て見るだけでなく、基本権が私人相互間の法関係の形成に対する全法秩序の客観的原理となっていることを、連邦憲法裁判所判例を引用しつつ示す。

そして、配慮原則を私人相互の基本権衝突における調整原理としての「衡量留保」（自己の基本権行使における他者の基本権の尊重の要請）のひとつの表現であると見る。同時に、法治国家原理より導かれる比例適合原則によれば、市民の基本権に制約を加える国家権力の行使は必要最小限の限りで許されるが、これは市民の利益や権利を配慮すべしということに他ならない。もし、高権的措施に基づく市民の過度の不利益が避けられなければならないとしたら、配慮原則はまさに比例適合性原則に基礎づけられるものであると述べるのである。

③アレクシーによる配慮原則の再構成

さらに、行政庁による基本権考慮義務という観点から、配慮原則を再構成しようとするのがアレクシーである¹⁰。彼は、配慮原則への批判に対し、四つのテーゼで第三者保護的配慮原則を基礎づけようとする。すなわち、第一に客観的配慮原則の中核としての比例適合性テーゼ、第二に憲法上の要請としての配慮

原則（私人相互の利益が衝突する場合、許可官庁は当事者の基本権を顧慮しなければならないという憲法上の要請）に即して連邦建設法三四条等は解釈されなければならないという意味での、憲法上の配慮原則の通常法律への導入のテーゼ、第三に建築主の侵害行為に対し国家による保護を求める権利、すなわち保護への権利のテーゼ（それは隣人の積極的地位における権利として位置づけられる）、第四に配慮原則違反の場合に主観的権利が生じる要件に関する権利化のテーゼである。

この四つのテーゼに基づく彼の第三者保護的配慮原則への見解は、次のようにまとめられる。

① 憲法上の要請としての配慮原則。建築法領域において法律上の規範が判断余地を残している場合、建築法上の諸利益間においては、公益対私益間の衡量だけでなく、不可避的に私益相互間の衡量も行政庁によって行われる。ここで行政庁は両当事者の基本権を顧慮しなければならないが、その際行政庁は基本権より生じる比例適合性原則と配慮原則によって拘束される。そのことは、通常法律の適用に際して、基本権に適合的な解釈が配慮原則の意味での解釈を要求していることを意味している。

② 行政庁の配慮義務。連邦行政裁判所判例は、建築主を配慮主体としているように読めるがそれは正しくない。公法上の配慮原則の直接の相手は行政庁である。問題はむしろ行政庁の配慮義務に、隣人の利益がどの程度対応しているかである。比較衡量の主観的権利化の問題は、建築法においては、単に市民—国家関係でなく、市民—国家—市民という行政上の三角関係が問われていることより生じる。

③ 三角関係という構造は、公権化がもはや規範の個人法益保護性だけに依るのではなく、本質的に対立する個人利益が尊重されることに依拠していることを導く（ここにおいて建築主と隣人の基本権が考慮される）。基本権に立ち帰るには、従来はいわゆる「防御権的構成」がとられたが、むしろ「保護への権利」的構成がとられるべきである。「保護への権利」とは、国家に対する個人の積極的地位に属する権利で、国家が隣人による権利侵害から保護することに向けられた権利である。かくして、建築法上の隣人保護においては、対等な法主体間の権利領域に関する国家による比例原則適合的な境界づけが問われていることが明らかになるのである。この境界づけは特

定の要件のもとでは主観的権利化を促すが、他の場合には単なる客観的規範による保護で十分な場合もありうる。

- ④ 主観的権利化は、被害の程度と隣人の特別の法的地位によって与えられる。この特別の法的地位は、基本法と法律によって与えられる。隣人が重大且つ受認しがたい侵害を受けたときは、隣人の特別の法的地位は基本法より直接生じる（つまり、従来基本法より直接生じるとされていた隣人の権利は配慮原則の特別の場合なのである）。それ以前の被害の段階での主観的権利化は直接基本法によるのは不安定なものであり、ここに個別法律の役割が発揮される。従って、通常法律は許可根拠規範としてだけでなく、保護資格を基礎づける根拠としても不可欠の役割を果たすことになる（例えば、連邦建設法三五条一項の優先的建築権者）。
- ⑤ 主観的権利化にとつては、被害の程度と特別の法的地位が決定的であつて、それ以外の、特に判例が述べるところの隣人の範囲の限定性等の基準は不要である。⁽¹⁾
- ⑥ 配慮原則と保護規範理論との関係。ここで述べた配慮原則理論によれば、個別法律には配慮原則が内包されており、そ

の主観的権利化は先ほど述べた定式によって生じることになる。従つて公法規範は、三つの保護規範モデルに分けられる。すなわち、潜在的な第三者保護規範、一般的第三者保護規範（常に隣人保護効果を持つ）、一般的に非第三者保護規範である。従来の保護規範理論は後二者のいずれかに分けていた。配慮原則はより広い潜在的第三者保護に導く。

(1) ここで本決定は、一九八三年八月五日の二判決及び同年八月一六日判決（全ての実体的建築公法が潜在的に隣人保護的であるとしたノルトライン・ヴェストファーレン上級行政裁判所判決を批判したもの）を示す。

(2) この流れの連邦行政裁判所判例として一九八四年二月二七日決定 (BVerwG, Beschl. v. 27. 12. 1984, BRS 42, Nr. 183—NVwZ 1985, 652) がある。本決定も上告不許可決定に対する抗告事件に関するものであるが、事件の詳細は不明である。連邦行政裁判所は、本決定において、「配慮原則は連邦建設法三〇条にも認められる不文の構成要件であるとする抗告理由は、相当ではない」

と述べる。

- (3) 最初の連邦行政裁判所判決(一九八二年二月一〇日判決)は、開発制限区域と連担建築区域のように異なった計画区域が隣接する場合にも隣人保護的配慮原則が適用されるとした著名な判決である。BVerwG, Urt. v. 10. 12. 1982, DVBl. 1983, 349. 拙稿、前掲〔一〕九〇頁。
- (4) 但し、隣人保護的配慮原則を積極的に適用し、隣人の権利侵害を認めた事例がないではない。zB. BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1986, DVBl. 1986, 1272.
- (5) Lenz, W., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme in der täglichen Praxis, Baurecht 1985, 402. 拙稿、前掲〔一〕一四五頁。
- (6) Redeker, K., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (I) DVBl. 1984, 870. レーナーカーは、連邦行政裁判所が配慮の内容は個々の状況における諸利益の比較衡量によるとしつつも、それを法律上の許可要件としたため、これまで判例上確立してきた比較衡量に対する裁判審査の理論と矛盾をきたしていると指摘する。すなわち、
- 従来の理論では、衡量を一種の計画裁量と考え、その裁判審査の方法も確立していた。ところが、配慮原則においては裁判官が配慮の有無を全面的に審査することになる。これは裁判官による裁量決定であり、ひとつの選択行為である。その結果、両当事者と行政庁は、配慮の有無という最も重要な判断を裁判官に期待しなければならぬ。「何という力が、法律の根拠も限界も示すことなく」、裁判官の判断に委ねられているのであろうか。」かく述べて、彼は、「ここでは法治国家の最も重要な前提である予測可能性が失われていると批判するのである。拙稿、前掲〔一〕一四四頁以下より引用。
- (7) この点はフロイヤーらも指摘していたことであるが、特に Peine, F.-J., Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, 963
- (8) Schlichter, O., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (II), DVBl. 1984, 875.
- (9) Schulte, M., Die dogmatischen Grundlagen des Rücksichtnahmegebotes im Baurecht, UPR 1984, 212

(10) Alexy, R., Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, 953

(11) この範囲限定性の不要なことは、テュールも指摘して
 5. 9°. Durr, H. Das Gebot der Rücksichtnahme—eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, NVwZ 1985, 719

三、一九八六年判決と一九八七年判決

ところが最近の判例理論において、隣人保護的配慮原則の論理構成に若干の変化が見られた。その特徴は、隣人保護規範の基準を広げ、従来配慮原則で例外的に隣人保護を承認してきた領域でも規範自体の隣人保護性を認めるようになってきたことである。その一方で、配慮原則自体は、隣人保護の根拠としてではなく、行政庁の裁量審査基準としての機能が前面に押し出されるようになってきた。

(一) 連邦行政裁判所判例の動向

(七) 連邦行政裁判所一九八六年九月一九日判決 (BVerwG, Urt. v. 19. 9. 1986, BRS 46, Nr. 173—DVBl. 1987, 476)

本判決の特徴は、第一に、建築法規範の隣人保護性が認められるためには「規範が明確に、限定し得る利害関係者の範囲を示すことを要す」とした従来の連邦行政裁判所判例を変更したことであり、第二に、配慮原則を行政庁の裁量判断基準として機能させていることである。そのため、行政庁が配慮主体と位置づけられている。

事件は、被告(行政庁)が参加人(建築主)に、地区詳細計画(Bプラン)によって緑地または庭園用地として建築禁止区域とされている土地において、特例として一二台用の駐車場を認め、さらに一三台用の駐車場の事後的届に同意を与えたことに対し、原告(隣人)が争ったものである。原審では原告が勝訴したが、上告審はそれを破棄し原審に差戻した。判旨は次の通り(見出しや番号は筆者が付したもの)。

1、建築法規範の隣人保護規範性について

① 「全ての公法上の建築法規範は潜在的に隣人保護的である」とする原審(ミュンスター上級行政裁判所)の見解は妥当ではない。第三者保護は、——連邦建設法三四条一項のように部分的でしかなかったとしても、——個人利益への配慮またはその調整をも目的とする公法上の建築法規定によってしかもたらされない。全ての規範がこのような目的を持つものではない。むしろ、もっぱら公益のためであり、第三者保護を排斥するものも多い。

② そのため、各規範がいずれであるかが判定されなければならないが、それが明文で判明しうることとは少なく、多くは規範の意義と目的に基づいた法解釈によることになる。その際、「規範が明確に「限定しうる利害関係者の範囲」を示しているかどうか」には依拠しない。(保護された人的範囲の明確な地域的限界づけは、例えばイミッション被害に関する限り、実際には規範化しえない。)その限りで当裁判部の従前の判例は変更される。(連邦行政裁判所一九六九年六月一日三日判決)¹⁾すなわち隣人保護性は、規範が例えば区域を示す

ことによって保護される人的範囲を限定するかにも、規範がその全ての適用範囲で個人的利益の保護を目的とするかにもよらない。

重要なのは、個人化しうるような構成要件から一般(Mitgemeinheit)と区別できる人的範囲を抽出しうるかによっているのである。その際、「隣人利益の尊重」(三一条二項)の言及や「受忍を期待できない負担や妨害を建築地域や周辺で」避けるという目的が、規範や隣人の個人的保護のために規定されたと言ふことの重要な指標たりうることは正しい。

③ しかし、第三者保護が常に損害の程度を配慮することなしに生じるものでもない。というのは、原則として第三者保護を与えようとする規範の解釈は、「第三者保護は、損害が一定の程度を越えたときにだけ与えられる」という結果を導きうるものだからである。その限りでは原審に同意できる。従って当裁判所はこれまで、連邦建設法三四条、三五条一項、建築利用令一五条一項は受忍期待不能をもたらすような特別の(qualifizierten)侵害の時にだけ第三者保護をもたらすとみていたのである。地区詳細計画の確定に関しても、その第

三者保護の有無及び程度に関しては解釈による。原審があらゆる建築法規範を潜在的に第三者保護的とみ、もっぱら損害の程度だけを問題にしたのはこの点を見落している。

2、特例による隣人の権利侵害について

① 地区詳細計画の確定自体が第三者保護的でないとすれば、特例に関する規定（連邦建設法三二条二項）がそれ自身として隣人の個人的利益を保護しようとする場合に限って、原告の権利が侵害されうる。一九六〇年法と一九七六年法では、特例要件は「（計画確定の遵守が）予期できなかつた不都合をもたらさないこと」にあり、これまでの判例は、そこに隣人利益の尊重を読み込んでいたが、一九七九年改正により、あらゆる特例における隣人利益の尊重に統一された。この「隣人利益の尊重」という文言によって連邦建設法三二条二項は都市建設上の秩序や建築主の利益だけでなく隣人の利益も保護しようとしていることが明らかとなった。

② いかなる要件のもとで特例が隣人保護の利益を侵害するかは、当裁判所の発展させてきた第三者保護的配慮原則の基

準に従って答えられる。この配慮原則の基準は、連邦建設法三五条二項及び三四条一項並びに建築利用令一五条一項の規定に置かれている。なお、配慮原則は全建築法をカバーするものではなく、また憲法から導き出せるものでもない。むしろそれは個別法規が第三者保護をも目的としているかどうかによる。従って第三者保護を媒介するのは通常法律であって、これらの規定の外にある配慮原則自体ではない。

③ ある特例が隣人の利益を侵害するか否かは、上記判例の示す諸原則と同時に本質的に個々の具体的事情による。特例を求める建築主の利益と特例による隣人の不利益とが考慮される必要がある。さらに、特例による不利益が隣人にたやすく受忍を期待できない程度であるかどうかの審査には、上記判例で発展させられた必要な「保護の必要性の正当化と個人特定化」の原則に従ってなされなければならない。本件において第三者保護が認められるかどうかについて、原審は審理を完結していない。

〔八〕 連邦行政裁判所一九八七年七月一五日判決 (BVerwG.

Urt. v. 15. 7. 1987, BRS 47, Nr. 181 = DVBl. 1987, 1265)

原告は、相当広い範囲で砂利採取を行い、その際浚渫された水面はそのまま残すことにした。下級水管理行政庁が許可を与えたのに対し、参加人（公共飲料水供給会社）が異議を申し立てた。本件は、異議審査請求の決定により被告が許可を取消したところ、異議審査判決に対し原告が出訴した事件である。一・二審原告勝訴。上告審で破棄差戻し判決。判旨は次の通り（見出しや番号は筆者が付したもの）。

1、水管理法七条の隣人保護性について

① 「水管理法上の通常の許可は、原則として第三者の権利を侵害しえない」との原審の立場には同調しえない。許可の実体的要件からは十分な明白性を以て他者の利益も考慮されるべきであることが導きだせる。それは水管理法一八条及び一 a 条二項と結合する四条一項の解釈より生じる。

② 全ての許認可の構成要件に共通なのは、第一に公共の福祉が優先的に考慮されるべきことであり、第二に、他者に対する不利益的效果が避けられるべきことである。後者の原則

は、既に水管理法一 a 条一項に、「避けられる損害は阻止されなければならない」と原則的な形で表現されている。また、四条一項二文によれば「他者に対する不利益的效果を防ぎ調整するために」負担が付けられる。これらの規定から、七条の許可や八条の承認に際しても、同様に少なくとも第三者の個人的利益が考慮されなければならないという原則が導きえよう。結局、水管理行政庁は許認可の形式を問わず、水管理法三条の意味での水利用に関するいかなる決定にも、他者の利害を「配慮」する義務を負う。その限りで水管理法四条一項二文には第三者保護機能が生じる。

③ たしかに、水管理法上の構成要件によって保護された人の範囲には明白に限定されているとはいえない。しかし、当裁判所の最近の判例によれば、それは決定的ではない。むしろ基準となるのは、許可の構成要件の個人特定のメルクマーから、一般と区別される人的範囲が抽出されるかにある。このことは水管理法上の許認可要件にも当てはまる。

水管理法一 a 条によれば、まず第一に公共の水管理上の利益が、特に飲料水供給上の利益が保護される。しかし、それ

以上に適法な水資源利用者、さらに自己の私的利益が水利用によって侵害され且つその侵害が法律によって避けうる者もまたこの保護された人的範囲に含まれる。

④ しかしながら、許可や承認の際に他者の利益を配慮すべしという原則は、その客観的な適用の要求を別とすれば、それが他者の利益を「保護の必要性が正当化され同時に個人特定化される形で」(in qualifizierter und individualisierter Weise) 侵害する場合にのみ第三者保護を導く。このような場合であるかどうかは、個別的状況によって判断される。

その際、水管理法に関しては、既存の水資源利用状況も念頭に置かれるべきである。もしこれまでの水資源の配分が許認可によって侵害されるならば、それによって生じる適法な利用者の損害は常に「保護の必要性が正当化され同時に個人特定化される形で」侵害されているといえる。本件で参加人は公共の水供給業者であり、しかも水管理法上の承認を受けた者であり、この意味で、参加人が「保護の必要性が正当化され同時に個人特定化される形で」保護された者の範囲に含まれることは当然のことである。

2、裁量権行使に対する参加人の請求権

① 一般に水管理行政庁は、水資源利用の許認可に際して、自己の裁量の範囲内で他者の利益を考慮しなければならぬ。行政庁は水資源利用の許可に当たっては、自己の義務的裁量によって決定しなければならない。その際、水管理法四条一項一文は、他者を不利益的な影響から守るために負担や条件を課すことも行政庁の裁量事項としている。

② 行政庁によるこの裁量は公益のためにだけ行使されるのではなく、上記の人的範囲の者に、自己の利益を尊重し衡量した裁量権行使への請求権が存在する。

原審及び従来の学説は、私権形成的な高権的許認可に対する隣人保護を、枠法(水管理法)を補充するラント法の基準に依拠させようとしているが、これは、第一に第三者保護が水管理法四条一項から直接生じることを見落している。第二に、従来の見解は水管理法あるいはもっと一般的に公法上の隣人権に関する新たな展開に対立している。

③ 水管理法上の許可は、周囲の土地所有者やその他の水資源利用権者にとってその状況を変更させる。水管理法一

条一項により承認に関してだけ私法上の妨害排除ないし利用差止め請求権が排除されているということは、水管理法上の許認可に対する取消訴訟が承認だけに限定されているというを意味するものではない。自己の利益が許認可によって侵害される危険にさらされる隣人は、行政裁判所に訴えることができるだけでなく、——彼が自己の利益を擁護しようとするならば、——許可手続きにおいて利益を主張することも認められる。なぜなら、許可は隣人に対しても存続効を有するからである。

水法 (Wasserrecht) は特定の場合に——例えば被承認者に——私法上の保護された地位をもたらすということも、この結論に対立するものではない。なぜなら、許可のようにこのような法的地位をもたらさないものもあるからである。いずれにせよ、私法上の保護があるからといって、公法上の第三者保護性に対立するなものも存在しない。

二 考 察

上記二判決の意義は、第一に隣人保護規範の判定基準を緩和したことであり、第二に、配慮原則が例外的第三者保護の根拠としての機能より行政庁の裁量基準としての機能へと、その意味合いが変化したことである。

(1) 隣人保護性の判定基準の緩和

一九八六年判決に明確であるが、連邦行政裁判所は従来の判決を変更して、隣人保護規範の要件としての「限定しうる利害関係者の範囲」の基準を放棄した。すなわち、「行政庁の権限行使に際しての個人的利益への配慮が義務づけられているかどうか問題であつて、その利益主体としての個人の範囲が限定されているかにはよらない。むしろ、一般から分離しうる人的範囲を抽出し得るものであればよいとする。それにより、連邦建設法（連邦建設法典）三一条二項の隣人保護性及び水管理法四條の隣人保護性が承認された。前者については、これまで配慮原則による例外的隣人保護で隣人の権利侵害を説明していたも

のである。⁽²⁾なお、本判決は、これまで隣人保護規範性は否定していた連邦建設法三四条も部分的に隣人保護規範のことを認めている。後者に関しては、連邦行政裁判所の最初の判断である。

この判旨によれば、相当広い範囲で隣人保護規範性の承認が可能となろう。というのは、法律に何らかの形で第三者への配慮が規定されていたならば、第三者保護規範と解釈し得る余地がでてきたからである。しかも、それは必ずしも許可等の根拠法条に限られない。全く他者の利益に触れていない規範はそんなには考えられないであろう。連邦建設法との関係で言えば、建築許可に関しては、ほぼ全分野で隣人保護規範性が承認されることになる。この点では、これまで配慮原則の根拠とされていた、隣人利益への配慮の手がかりとなる法律要件が法規の隣人保護性承認の根拠となつていことがあげられる。もっとも、客観的配慮原則が例外的に隣人保護効果を生じさせる要件とされてきたのは、利害関係者の範囲の限定性であったのだから、上記のように、「限定しうる利害関係者の範囲」の要件が放棄された以上、配慮の根拠がそのまま法規の隣人保護規範性の根拠となることは、むしろ当然である。

ところが、その理論的枠組みは、むしろ伝統的な保護規範理論に立ち帰っていることも否めない。⁽³⁾配慮原則による隣人保護は、法規の隣人保護規範性が認められなかった場合の例外的隣人保護の承認の理論として登場し、それは事実上の損害であっても権利侵害性を肯定しようとするものであった。しかし、今回の判例は、それらを隣人保護規範の中に取り込んでしまったのである。原告適格性の拡大という観点からは評価に困るところである。(事実上の損害だけでは保護されないことになりうる。)

ただし、次のような疑問が生じる。つまり、隣人保護規範性を肯定した上で、なぜ配慮原則による審査が必要か(利益侵害の程度の審査が必要か)ということである。もし隣人保護規範に客観的に違反しておれば、本来はそれだけで隣人への権利侵害は生じうるはずである。この点につき、連邦行政裁判所は、連邦建設法三一条の特例許可に関して次のように述べる(一九八六年判決)。特例の対象となつた計画確定事項が隣人保護的である場合は、保護されるべき資格の審査は不要であり、特例が客観的に違法であれば権利侵害が認められる。しかし、計画確定事項が隣人保護的でない場合は、配慮原則の基準による。

この点につき、さしあたり二通りの理解が可能であろう。第一には、アレクシーらが提起しているように、潜在的第三者保護規範という領域を連邦行政裁判所も念頭においているのではないかということである。つまり、受忍しがたい被害が生じた段階で、第三者保護機能が顕在化する規範グループを考えていると理解することである。前述した隣人保護的計画確定と連邦建設法三一条二項の場合とを区別した説明は、このような理解を思わせる。ただし、このように理解すると、敢えてミュンスター上級行政裁判所に異をとる必要性も乏しいことになろう。つまり、全ての建築公法は潜在的に隣人保護的であると解しても大差ないように思われるのである。

第二に、違法性判断基準としての配慮原則という理解でも説明できる。すなわち、隣人保護規範性を承認したとしても許可等の要件が一般的で客観的な違法性がただちには導きだし得ない場合、許可等の違法性審査基準として配慮原則理論が示したような比較衡量基準により判断することになると考えることである。この場合、隣人の原告適格性は当然に認められている。

これらの点は、今後とも調査する必要があるであろう。

(2) 配慮原則の機能の変化

上述の枠組みでは、(例外的) 第三者保護の根拠としての配慮原則はその意味を失い、行政庁の裁量権行使基準としての配慮原則がその主要な機能となる。例えば一九八六年判決の要旨は、その三で「行政庁がその裁量決定に際し隣人利益に対する必要な配慮を行わなかったら、特例の決定は隣人の権利を侵害する。これは、一九七七年二月二十五日判決ではじめて提示された原則に従って判断される。」⁽⁴⁾としている。

勿論、従来の配慮原則にも、隣人の権利侵害要件としての違法性判断基準の側面があったことは否定できない。すなわち、配慮を欠く建築計画は要件不適合であり、従って許可し得ないものであるという文脈で登場している。ただ、ここでは、配慮は許可要件の問題であつた。⁽⁵⁾しかし、本判決の構成をとると配慮主体は建築主ではなく、許可官庁としての行政庁と構成される。⁽⁶⁾これは配慮原則の機能上の変化にとどまらない配慮原則の構造上の問題である。この場合、配慮原則は行政庁の裁量権行使におけるいわゆる要考慮事項として位置を持つことになるのであろうか。今後の検討課題としたい。

(1) BVerwG, 13. 6. 1969, E 32, 173. なお、拙稿、前掲
 (一)六四頁以下参照。

(2) 連邦行政裁判所は、「これまで、連邦建設法三一条二
 項は、この規定が建築許可官庁の裁量をして、隣人保護
 の利益を尊重してもなお、公的利益と合致しなければな
 らないと拘束する限りで、第三者保護的であるとしてき
 た。ここで、隣人利益の尊重は計画の確定自体が隣人保
 護的でない場合にも命じられている。」として、連邦行
 政裁判所一九七八年六月九日判決を示している (BRS
 33, Nr. 150)。なお、本三一条二項に隣人保護効果に関
 しては、配慮原則による例外的隣人保護で説明していた。

BVerwG, Beshul. v. 20. 9. 1984, BRS 42, Nr. 184

(3) 図式的に書けば次のようになろう。

保護規範理論

↑

保護規範理論+基本権による隣人保護 (一九六九年)

↑

保護規範理論+基本権による隣人保護+配慮原則による

隣人保護 (一九七七年)

↑

広い保護規範理論 (+基本権による隣人保護) (一九八
 六年)

(4) DVBl. 1987, 476.

(5) zB. Schlichter, a. a. O. S. 878: 配慮の有無は裁判官が
 全面的に司法審査できるとする。

(6) たしかに、これまでも下級審では配慮原則を行政庁の
 裁量基準として適用している例もなかった訳ではない。

zB. OVG Lüneburg, Urt. v. 19. 10. 1982, BRS 39, Nr.

62; また最近のものとして OVG Bremen, Beshul. v. 21.

10. 1987, BRS 47, Nr. 97

(本稿は、一九八八年度科研費補助金 (奨励 A) による調査
 結果の一部である。)