

論説

西ドイツ建築法における

「隣人利益の配慮原則」(一)

——二重効果的行政行為の取消理由に関連して——

石 崎 誠 也

- 一、はじめに
- 二、ヴァイロイターの「財産法―建築法的配慮原則」
- 三、連邦行政裁判所判例の展開（以上本号）
- 四、下級審および学説の対応
- 五、考 察

## 一、はじめに

### (1) 問題の所在

本稿が取り扱う「建築法における隣人利益の配慮原則」(das Gebot der Rücksichtnahme auf Interessen der Nachbarn im Baurecht)とは、近年西ドイツの行政裁判所判例によって——特に、連邦行政裁判所判例によって——形成されてきた建築法上の一法原則である。それは、あらかじめ簡単に要約すれば、「建築主は、建築計画(Bauvorhaben)の策定にあたっては、隣人の利益に十分な配慮を払わねばならず、その配慮を欠く建築計画は許しえないものである」というものである。本稿は、判例法として形づくられてきたこの配慮原則の内容をより詳しく検討しようとするものである。この配慮原則をとりあげた理由は、次の二点である。

第一に、取消訴訟の原告適格性に関し、いわゆる「保護規範理論」(Schutznormtheorie)が確立しているかにみえるドイツ行政法理論において、本判決がいかなる地位を占めているかを明らかにすることである。<sup>(2)</sup>後に詳しく説明するが、この「配慮原則」は、公益保護を目的とする法規範から主観的隣人保護を媒介する機能を果たしている。その点で、この配慮原則による隣人の原告適格性の承認が、従来の西ドイツの判例とどのような関係にあるのか検討したいと考えたのである。

第二に、——筆者のより中心的な問題関心はここに存するが——いわゆる二重効果的行政行為の取消理由の考察

に関して、ひとつの検討素材を提供しているからである。二重効果的行政行為が注目されてきた背景に取消訴訟の原告適格性の拡大があることはあきらかである。ところが、原告適格性の拡大がなされたとしても、本案での審理基準が示されないと現実には権利保障にはならない。しかし、係争行政行為の根拠法規の隣人保護性が明白で隣人保護規定が詳細な場合はともかくとして、明確な隣人保護規定のない場合は、隣人の原告適格性が認められたとしても、当該行政行為の違法性の論証の困難なことが少なくない。ましてや、訴えの利益に關し、「法的保護に値する利益説」にたつたとすると、行政行為の根拠法規と切り離されて原告適格性が肯定されることもありうるのであり、当該行政行為の違法性を指摘するのが一層困難となることもおこりうる。

さらに、ここでは、行政事件訴訟法一〇条一項の「取消理由の制限」との関係が問題とされうる。この点は既に指摘されてきたことでもあるが、いわゆる東海第二原発訴訟での水戸地裁昭和六〇年六月二五日判決がそれとの関係で重要な論点を含んでいる。<sup>(3)</sup> 同判決は、訴えの利益について、いわゆる「法律上保護された利益説」にたつたものであるが、行訴法一〇条一項を厳格に解することによって、「専ら公益の実現のための規定」および「もっぱら公共の安全の保護の観点からのみ問題となる事項及び原告ら以外の者の個人的利益にのみ関係を有する事項」にかかわる違法を理由に行政処分取消を求めることはできないと判示した。つまり、この判決の論理では行政行為の違法性と根拠法規の個人利益保護性とが密接に結びついているのである。

同様の問題は西ドイツにおいても生じうる。むしろ、西ドイツ行政裁判所法では、その四二条二項において「原告の権利侵害の主張」を出訴の要件とし、その一一三条一項において「原告の権利侵害」を行政行為の取消しの要件としているだけに、この問題を避けることはできないであろう。たとえば、代表的な行政裁判所法コメンタール

は、「訴訟は、行政行為またはその取消しもしくはその不作為が原告の権利を侵害しかつ違法であるときに理由あるものとなる。違法性は、まさに原告との関係において存在しなければならない。」とし、また「原告は、行政行為が自己の保護を(も)目的とする規範に違反するが故に違法であると主張しなければならない」としている。<sup>(6)</sup>

ところが、連邦行政裁判所は、隣人利益の配慮原則を媒介に、従来原告の利益保護を目的としているとはいえないとされてきた規範の違反を建築許可取消しの理由とした。それがどのような論理のもとになされたかを考察したいと考えたのである。

(1) das Gebot der Rücksichtnahme は「配慮の要請」と訳されているが(参照、山下淳「西ドイツ行政法における土地の建築的利用規制——建築自由に関する予備的考察」(二)自治研究五九卷一一号、昭五八、一二二頁)、本稿ではかかる法原則として「配慮原則」とした。文脈に応じて「配慮の要請」とした箇所もある。

(2) 保護規範理論について、最近のものとして、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造」(三)国家学会雑誌九八卷一一・一二号八四頁以下。なお、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴の利益)」、同、『訴の利益』弘文堂、昭四八年、二四五頁以下、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』東大出版会、一九八三年、参照。

(3) 参照、原田尚彦『行政法要論(全訂版)』学陽書房、昭五九年、三二一—三二四頁。同「東海原発訴訟第一審判決の意味」ジュリスト一九八五年九月一日号、七四頁。

(4) 参照、小早川光郎「集团的訴訟」、同、前掲書、二五五頁。

(5) 判時一二四号一一六頁以下。

(9) Eyermann/ Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8 Aufl., C.H. Beck, 1980, S. 330, S. 326.

## (2) 連邦建設法三四条・三五条の隣人保護機能に関する連邦行政裁判所の従来の判例

「隣人利益の配慮原則」が最初に登場したのは、開発制限区域（連邦建設法三五条）で、優先的建築計画とその他の建築計画との衝突の調整原理としてである。<sup>(1)</sup>その後、それは、連担建築区域（同三四条）そして計画策定区域へと適用範囲を広げていった。このようにこの「配慮原則」は、主に連邦建設法による建築の計画的（地域的）規制との関係で論じられている。そこで、本論に入る前に、連邦建設法上の建築の地域的規制及び関係法条の隣人保護機能について、連邦行政裁判所の判例を簡単に見ておきたい。

### ① 連邦建設法上の建築規制について<sup>(2)</sup>

建築の地域的規制と建築許可の要件については、連邦建設法第三章第一節「建築計画の許容性」（一九条―三九条）が規定している。（周知のように、西ドイツでは建築許可はラントの権限に属しており、建築許可官庁は原則としてクライス（郡）または規模の大きいゲマインデである。この建築許可は総合的なもので、申請された建築計画が連邦建設法やラント建築令、その他の公法規範にすべて適合しているときに与えられる。ラント建築令が単体規制（日本の建築基準法にあたる）であるのに対し、連邦建設法は計画的規制、地域的規制である。<sup>(3)</sup>）

連邦建設法による建築規制は、基本的に三つの地域に分けられる。

1、完全地区詳細計画 (qualifizierter Bebauungsplan) 策定区域——ここでは、地区詳細計画 (Bebauungsplan, 以下Bプラン) に合致した建築計画は、地区整備<sup>(4)</sup> (Erschließung) が保障されている限り許可される (連邦建設法——以下単に法とする——三〇条)。地区詳細計画は、街区程度の小さな地区を対象とする詳細で総合的な計画であって、ゲマインデ (市町村) によって条例の形式で定められる法的拘束力をもった計画である。完全地区詳細計画とは、法三〇条に規定する①建築的利用の種類と密度、②敷地内の建築許容範囲、③地区内の交通用地についての確定を含むものである。

2、連担建築区域 (im Zusammenhang bebauter Ortsteil) ——連担建築区域とは、建築物が連続して建ち並んでおり、全体としてまとまりのある区域である<sup>(5)</sup>。ここで建築計画が許可される要件は、簡易Bプラン (前述の完全Bプラン以外のもの) のある場合はその確定に反しないこと、その建築計画がその風致を特徴づける定住構造を配慮して、建築的利用の種類と程度、建築される敷地部分について、周囲の特質と合致すること、地区整備が保障されていること、その他の公的利益とりわけ健全な居住・労働関係が維持され、地区像 (Ortsbild) が害されないことである (法三四条一項<sup>(6)</sup>)。

3、開発制限区域 (Außenbereich) ——開発制限区域とは、Bプランも定められてなく、かつ連担建築区域にも属さない区域であって、ここでは原則として建築行為が制限されている。開発制限区域は、農林業・保養・スポーツなどの用地とされており、ここでは開発制限区域にふさわしい建築のみが例外的に許されるのである<sup>(7)</sup>。

連邦建設法三五条は、開発制限区域での建築について、大きく二つに分けて規定している。

第一は、「優先的建築」 (privilegiertes Vorhaben) と呼ばれるもので、農業用施設など開発制限区域での建築に

ふさわしいものとして、同条一項に一号から五号まで制限的に列举されている。これらの建築計画は、対立する公的利益が存在せず、十分な地区整備が保障されている場合にのみ許可される（法三五条一項）。

第二は、「その他の建築」（sonstiges Vorhaben）であって、これらは、その建築や利用が公的利益を害さない場合に、個別的に許可されるものとされている（同二項）。

また、同条三項は、これらの許可に際して考慮しなければならない公的利益を列举している。（なお、これらの条項は、判例を説明するのに必要な限りで、注（8）に紹介している。）

（1） Ernst/ Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumordnungsrecht, 2. Aufl., C.H. Beck 1981, S. 173.

（2） 連邦建設法による建築規制については、ディーリッヒ／コッホ著、阿部成治訳『西ドイツの都市計画制度』学芸出版社、一九八一年、日本建築センター『西ドイツの都市計画制度と運用——地区詳細計画を中心として——』日本建築センター、一九七七年、藤田宙靖「国土整備計画法制——都市的土地利用と農村的土地利用との調整を中心として」、渡辺洋三、稲本洋之助編『現代土地法の研究（下）』岩波書店、一九八三年、四二三頁以下、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制（一）（六完）」自治研究五九巻一〇号一六〇巻三号等を参考にした。

（3） 阿部成治、「西ドイツにおける建築許可制度——日本の制度との比較」『都市計画、別冊14』（学術研究発表会論文集14号）日本都市計画学会、昭五十四年度、一〇九頁。

（4） 地区整備とは、連邦建設法上定義されないまま用いられているが、「必要な用地を準備して土地を宅地として利用する上で必要あるいは望ましい施設を整備するための行為となる。……これに含まれる主なものとしては、道路・歩

路・広場・駐車場などの地区交通用地、緑地・上下水道・エネルギー供給施設（電気・ガス・熱）・街路照明・電話線などがあげられる。」との説明がある（ディールリッヒ／コッホ、阿部訳、前掲書、一六八頁。）

(5) 参照、藤田、前掲四二七頁、阿部訳、前掲書、一一七頁。

(6) 参照、山下、前掲（自治研究五九卷一一号）、一二二頁。

(7) ディールリッヒ／コッホ、阿部訳、前掲書、一一八頁。

(8) 西ドイツ連邦建設法（第三章第一節「建築計画の許容性」）

第三〇条 Bプラン区域内での許可

単独で、または他の建築規則と共同することにより、少なくとも建築的利用の種類と程度、敷地内の建築許容範囲、および地区内交通用地に関する確定を含むBプランの適用区域においては、建築計画が確定に違反せず、かつ地区整備が確保されている場合には、申請が許可される。

第三一条 例外許可と特例許可

(1) 建築行政庁は、ゲマインデの合意を得て、Bプランの確定から、Bプランにその種類と範囲が明示された例外を許可することができる。

(2) さらに、建築行政庁は、ゲマインデの合意および上級官庁の承諾を得て、次の各号の一に該当し、かつその離反が隣人の利益を考慮して公的利益とも合致する場合には、特例を許可することができる。

1 公共の利益のために特例許可が必要な場合

2 その離反に都市計画的な根拠があり、かつプランの基本に影響がない場合

3 Bプランを実施すれば、明らかに意図されていなかった困難が生じる場合



## (3) (略)

## 第三四条 連担建築区域における許可

(1) 第三〇条が適用されない限り、連担建築区域においては、建築計画がBプランの確定に違反せず、かつその建築的利用の種類と程度、建築方式および建築の行われる敷地が、風致を特徴づけている定住構造を考慮しても、周囲の特質と合致しており、地区整備が確保されており、かつその他の公的利益が対立せず、特に健全な居住・労働関係の条件が維持され、地区像が害されない場合には、その建築計画は許可される。

## (以下略)

## 第三五条 開発制限区域における許可

(1) 開発制限区域においては、建築計画が公的利益と対立せず、十分な地区整備が保障されており、かつ次の各号の一に該当する場合に限り、その建築計画は許可される。

1 農林業の経営のために、経営敷地の一部のみを占めるもの

2 生前相続を目的とする譲渡後に経営を廃止した農夫の居住のために、次のaからdに該当するもの

a 経営の譲渡前であっても、第一号により隠居屋の建築が許可されたものであること

b 譲渡契約中に、隠居屋の建築が合意されていること

c 屋敷のごく近傍に建築が行われること

d 隠居屋の建築される敷地が、家数から独立して売却されない法的保障があること

3 農業労働者の住居

4 電話、電気・ガス・熱・水の公的な供給、排水、または立地の制約された営業のためのもの

5 環境に対する特別な要求、環境への有害な影響、またはその特別な目的により、開発制限区域にのみ建築できるもの

(2) その他の建築物は、その建築および利用が公的利益を侵害しない場合に、個々に許可することができる。

(3) 公的利益への侵害が存在するのは、建築計画が特に次に該当する場合である。

- ・ 国土計画および地方計画の目標、またはFプランの表示に反するとき
- ・ 環境上の有害な影響を及ぼしうるとき、あるいは受けるとき
- ・ 道路その他の交通施設、供給施設、下水・塵介の処理施設、安全もしくは健康またはその他の目的のために、非経済な出費を必要とするとき

- ・ 水利を脅かすとき

- ・ 自然と景観の保護の利益を害するとき

- ・ 地区像や風景を悪化するとき

- ・ 地区固有の風致、または保養地としての条件を害するとき

- ・ スプロールを発生、強化、または拡大する恐れのあるとき

なお、農業構造の改良のための措置には、特別の配慮がなされなければならない。

(以下略)

なお、一九七六年改正前の三四条は、「……建築計画が既存の建築および地区整備からみて問題のない場合、許可される。」としていた。また三五条三項に、「環境上の有害な影響を及ぼしうるとき」という部分はなかった。参照、BGBl. I, 1960, 341 (353); BGBl. I, 1976, 2256 (2274); BGBl. I, 1979, 949 (952)。なお、これらの条項の訳出は、阿部訳、前掲書、二四七頁以下を参考にさせていただいた。

## ② 法三四条、三五条の隣人保護性に関して

西ドイツにおける取消訴訟の原告適格性に関する支配的見解がいわゆる保護規範理論にあることは、我国にもよく知られている。<sup>(1)</sup>西ドイツ行政裁判所法は、「原告の権利侵害」を訴訟要件としているが（四二条）、ここでの権利とは、広い意味での公権つまり「法的に保護された利益」と解されている。<sup>(2)</sup>そして、この法的に保護された利益が与えられるためには、「該当法規が公益だけでなく、——少なくとも——個人的利益保護を（も）目的としなければならぬ」<sup>(3)</sup>のである。その結果、建築許可などに対して隣人が取消訴訟を提起できるかは、許可の根拠法規の個人利益保護（隣人利益保護）目的性の有無に依ることになったのである。<sup>(4)</sup>

では、連邦建設法三四条、三五条の隣人保護性について、連邦行政裁判所は従来どのような判断を示していたのであろうか。

連邦行政裁判所（第四部）は、建築法（Baurecht）の条項の隣人保護性の判定にあたって、建築法で隣人に権利が認められるためには「（建築法上の）個別規範から、原告適格者の特定かつ限定できる範囲が確定されることが必要である」という基準を示していた。<sup>(5)</sup>これは、次のような文脈で語られている。つまり、当該条項が明示的に隣人保護目的を示さずに、例えば「周囲の静穏」の保護を目的としている場合、それが隣人に権利を付与するか否かは、保護された者の範囲が当該条項から特定のかつ限定的に確定されるかを基準として判断すべきであるということである。その理由は建築主の保護にあるとされている。すなわち、言葉の本来の意味での隣人に限られず、しかも明確に限定されていないために全部を把握できないような原告適格者の存在は、建築主に予期しがたい、しかも一年以上にわたる不安定をもたらすからである。<sup>(6)</sup>連邦行政裁判所がこの考えを最初に示したのは、ライヒ車庫法の

解釈に關してであるが、その後、連邦建設法の解釈にあたつてもこの基準を適用している。

連邦行政裁判所は、この基準を適用して、連邦建設法三四条(連担建築区域)と三五条二項(開発制限区域の「その他の建築」)の隣人保護機能を否定した。三四条に關しては、改正前のそれにつき一九六七年六月一三日の判決が、「既存の建築および地区整備からみて問題のないこと」という本案の規定の仕方は、柔軟であり、しかも、人的範圍に關する規定の仕方ではないので、原告適格者の限定を實際上不可能にしていると、隣人保護性を否定した。<sup>(7)</sup> 七六年改正後も、連邦行政裁判所は、「(法改正に伴う)『土地法上問題となる矛盾』から『合致すること』への基準の嚴格化も要件の拡充も、(隣人に權利を与えない点では)何ら変わるものではない」とした。<sup>(8)</sup> しかし、七六年改正後も、三四条の隣人保護性を否定したことについては、學說上、異論もだされている。<sup>(9)</sup>

また、三五条二項については、一九六七年二月六日の判決が、同項より生じる建築の限界は「公的利益」であつて、私權ではないこと、同項は原告適格者の特定かつ限定しうる範圍を欠いていることを理由に、同項の隣人保護機能を否定している。<sup>(10)</sup>

なお、「原告適格者の範圍の特定と限定」という考え方は、後に示すように、「配慮原則」の隣人保護効果を導く際にも使われている。しかし、「配慮原則」の場合は、該当法規の隣人保護性の有無とは別のレベルで論じられているのに対し(注(8)参照)、ここでは法規の隣人保護性の判定基準として用いられている点に違いがある。

それに対し、連邦行政裁判所は、一九六八年一〇月二日の判決で、連邦建設法三五条一項の優先的建築物の所有者は、自己の優先的地位をおびやかすような建築計画を、——それが優先的建築であれ、非優先的建築であれ——争うとした。つまり、同項は、優先的建築権者に、法的に保護された地位を与えているとしているのである。

る。この事件は、開発制限区域に居住する原告（農業経営者）が参加人（隣人）に与えられた住宅建築許可を争ったものである。判決は、多数説が同項の隣人保護性を否定していることを認めつつも、開発制限区域での優先的建築権者の防禦権については異なった考察方法が必要であるとして、次のように判示した。連邦建設法三五条一項の優先的建築はいわば立法者の「計画」であり、開発制限区域で優先的建築を行なおうとする市民の権利は、計画策定区域でその計画に即して建築を行なおうとする者の権利に匹敵するものである。たしかに三五条一項の「計画」は一般的であり多様であることは否めないが、同項のもたらす利益はまさにその優先性に存在している。つまり、その利益を享受する者（優先権者）の請求権は、その優先的状态の利用を妨げられないことにのみ向けられたものであるが、しかし優先権者は、新たな建築許可に対し、それが優先的建築であるか否かを問わず、次のような公的利益——つまり、もし無視されたとすれば、自己の優先権の行使に危険と重大な損害をもたらすことになるような公的利益を主張できる。<sup>(12)</sup>

この判旨は、同裁判所一九七一年四月一六日判決にも受け継がれていく。<sup>(13)</sup>

これらの判決には、法三五条で建築許可に対立する「公的利益」には周辺に住む者の個人的利益も含まれるという前提があるが、同裁判所は既にこのことを示していた（これらの判決については、後述七七頁）。ところで、ここの隣人保護効果肯定の理由づけは、法三五条一項が優先権者のために他の建築計画の許可要件を厳格にしていることではなく、同項が一定の建築物を特別に承認していることに基づいている（同項は、直接的には自己の優先的建築の根拠規定である）。また、判決の論理から言えば、優先権者は、自己の優先権を脅かす「その他の建築」も争いうることになるが、その許可は、自ら隣人保護性を否定したはずの同条二項によってなされるものである。

つまり、ここでは、許可の根拠法条の隣人保護性だけの問題ではなく、同法三五条全体の構造から隣人保護機能が導かれているのである。後述するように、ヴァイロイターは、このことから「特別の法的地位にもとづく配慮原則の隣人保護効果」を説明しようとするのであるが、そこでも法規範の総合的考察の必要性が説かれている(本稿七三頁・七五頁)。

これらの判決とは別に、連邦行政裁判所一九七九年六月一三日判決は、連邦建設法三四条の隣人保護効果を否定しつつも、基本法一四条の財産権を根拠に隣人の原告適格性を肯定している<sup>(14)</sup>。すなわち、客観的に違法な建築許可またはその行使が第三者の土地の形状を継続的に変化させ、それによって隣人に重大かつ受忍できない損害を与える場合は、隣人の権利が侵害されるというものである。

ヴァイロイターが、前者の判決については連邦建設法の優先性にもとづく特別の保護が認められ、後者の判決については侵害の重大性にもとづく特別の保護が認められた事例であると説明しているのは、後述の通りである(七三頁)。いずれにせよ、そこには、従来の保護規範理論とは異なる原告適格性の根拠づけが試みられている。

- (1) 参照、五七頁注(2)にあげた他、雄川一郎、「訴の利益と民衆訴訟の問題」『田中二郎先生古稀記念、公法の理論(中)』、有斐閣、一九七六、一三〇頁以下等。
- (2) Eyermann/Fröhler, 前掲書, S. 314; BVerfG, B.v. 17. 12. 1969, EzT, 297 (307); BVerwG, U.v. 31. 1. 1958, E6, 167等。
- (3) BVerfG, B. 前掲, S. 307.
- (4) Berger, U.G., Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, C.Heymanns Verlag, 1982, S. 97f.

- (5) BVerwG, U.v. 28. 4. 1967, E27, 28 (33).
- (6) 同前。従つてこの基準は、隣人保護規範を制限する機能を果たすことが少なくない。
- (7) BVerwG, U.v. 13. 6. 1969, E32, 173. しかし、この判決は、隣人の土地に重大かつ受忍しがたい侵害が生じるときは、基本的二四条(財産権)に直接基づく訴訟が可能であるとしたものとして、むしろこの点で著名である(本稿六七頁)。
- (8) BVerwG, B.v. 13. 2. 1981, NJW 1981, 1973. しかし、この判決は、後述のように、「隣人利益の配慮原則」による隣人保護が、法三四条においても認められるとした。
- (9) vgl. Wahl, R., Der Nachbarschutz im Baurecht, Jus. 1984, 577 (582).
- (10) BVerwG, U.v. 6. 12. 1967, E28, 268.
- (11) BVerwG, U.v. 21. 10. 1968, DVBl 1969, 263.
- (12) 同前, SS. 263-264.
- (13) BVerwG, U.v. 16. 4. 1971, DVBl 1971, 746. 本判決については、参照、遠藤博也『計画行政法』学陽書房、一九七六年、二七一頁。
- (14) BVerwG, U.v. 13. 6. 1969, E32, 173 (178-179).

## 二、ヴァイロイターの「財産法—建築法的配慮原則」

西ドイツ建築法上の「隣人利益の配慮原則」は、何よりも連邦行政裁判所(特に第四部)の判例によって形成さ

れてきたものであるが、その判例形成に重大な影響を与えたのが、連邦行政裁判所裁判官ヴァイロイターである。とりわけ、彼の論文「建築法上の配慮原則とその隣人保護のための意義」<sup>(1)</sup>は、建築法上の配慮原則の隣人保護機能を理論的に基礎づけようとしたものであり、その後の判例の指針的役割を果たしたものである。<sup>(2)</sup>そのため、判例の紹介に入る前に、ヴァイロイターの所説を見ておきたいと考える。(なお本章中の(一)の引用頁は、注(1)に示した上記論文からの引用頁を示す。)

### (1) 財産法—建築法的配慮原則

ヴァイロイターは、建築法上の配慮原則を基本法一四条二項の、とりわけ土地所有権の社会的制約に基礎づけた。すなわち、土地所有権の行使は周辺土地に対して相互に影響を及ぼし、また制約されるものであり、ここに連邦憲法に基礎をおく財産法—建築法的な相互配慮の一般的義務が存在するとするのである。この基本関係は、建築法、イミッシェン法などに、たとえば「建築計画が既存の建築からみて……問題のないこと」(改正前連邦建設法三四条)などの形で現れており、これらを手がかりとして、連邦行政裁判所は、判例を積み重ねて包括的な配慮原則へと解釈を発展させてきたとする。<sup>(3)</sup>

彼の示す配慮原則の典型的な例は、連邦建設法の建築許可に関する三四条、三五条の規定である。すなわち、前述の「既存の建築からみて問題のないこと」(旧三四条、改正後は「周囲の特質に合致すること」とより明確になっている)や「公的利益が対立していないこと」という建築許可要件に、配慮の要請を読み込むのである。とりわけ、



三五条については、「公的利益」という表現であつても、何よりもまず周囲の私的な利害が考慮されていることを指摘している（三頁、六—七頁<sup>(4)</sup>）。

もつとも彼自身は、この配慮原則がどのような内容のものであるかについては明確にしていない。むしろ、「配慮」の概念は本質的に相対的で多義的なものであり、「いかなる法益に対して、いかなる程度の配慮をしなければならぬかによって異なりうる」ものであると述べている（四頁）。たとえば、建築行為が隣人の土地に重大かつ受忍<sup>(5)</sup>したい損害をもたらす場合には、基本法一四条より直接隣人保護が認められるが、この場合の保護は完全なものである。しかし、隣人は、被害がかかる程度に至るまで保護されないのではなく、それ以前の段階でも隣人の利益に対する配慮が要請されている。ここでは、法一条四項二文が計画作成に要求するように、建築許可にあつても私的利益相互の法益較量が求められていると彼は述べる（四—五頁）。

このように、彼は、土地の社会的拘束性によって一般的な財産法—建築法的な相互配慮原則が存在するとし、収用類似の重大かつ受忍<sup>(5)</sup>したい侵害が生じるときは基本法一四条によって完全な保護が与えられるが、侵害がそれに至らない場合でも、立法者は多様な形で配慮原則の内容を定めることができるとした。彼によれば、法三四条や三五条の「周囲の特質への合致」や「公的利益が対立しないこと」という規定は、その表現なのである。

(1) Weyreuther, F., Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, Baurecht (Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht) 1975, 1ff.

(2) 参照: Berger, 前掲書, S. 113; Wahl, 前掲, S. 584.

(3) これらの判例については、七六頁以下参照。

(4) 法三五条による配慮義務に関する彼の見解については、ders, *Bauen im Außenbereich*, C.Heymanns Verlag, 1979, S. 310ff. をも参照のこと。

なお、法三〇条については、次のように述べている。「連邦建設法三〇条は、たしかにそれ自身は周囲に対する配慮に触れていないが、建築利用令がそれに——従って同法三三条にも——手がかり以上のものを与えている。許される建築的利用の形態に関する始などの規定は、周囲との関係を明確に表明しており、同令一五条一項の一般条項がこの問題を改めて包括的にとりあげている。」建築利用令一五条一項は、「第一条から第一四条までに示された建築施設およびその他の施設は、それらの数量、位置、範囲、目的が建築地区の特性に矛盾する場合には許可されない。当該建築地区の特性に鑑み、当該地区自体または周辺地区に受忍しえない負担または被害を及ぼす場合も同様とする。」と規定する (Kloepfer, M., *Umweltschutz, Textsammlung des Umweltrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, 1984)。参照：阿部成治訳、前掲書、一七三頁。

さらに建築法のレベルで周辺地区に対する配慮が要請されるとすれば、それは当然、計画法のレベルでも同様の配慮義務を導くとする (三三頁)。彼は連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決 (いわゆる「板ガラス判決」(Flotglas-Urteil)) の「異なる建築計画区域に隣接している場合は、相互に交換的な配慮原則に服す。」との判示を引用して、「これによって、計画作成に置き換えられた (それによって、計画作成者宛にいわば読み替えられた) 配慮原則の特に重要な部分が浮き彫りにされた」と評価している (三三頁)。参照：BVerwG, U.v. 5. 7. 1974, E45, 309 (327), 本判決については、遠藤、前掲書、一五三頁以下に詳しい。

(5) BVerwG, U.v. 13. 6. 1969, E32, 173.

## (2) 配慮義務の第三者保護機能

ヴィイロイターが、この論文の主要なテーマとしたのは、論文タイトルが示すように、この財産法―建築法に基礎づけられた配慮原則が、隣人保護機能を有しうるか否か、また有しうるかすれば、いかなる要件のものでかを解明することであった。たしかに、彼は、これまでの確定した判例理論によれば、憲法上のものであれ、法律上のものであれ、一般的配慮原則の第三者保護機能は否定されてきたことを認めている（一頁、七頁）。しかし、常にそうだとは言えないこと、条件によってその内容は変化しうることを、彼は再三にわたって強調している（一頁、八頁）。彼は次のようにいう。「財産法的―建築法的配慮原則の考察は、不可避免的に、それがいかにして隣人保護のために行使されうるかの問題をもたらし。なるほど、この配慮にあつては、――まず第一には――国家に対して配慮の義務を負う者の権利の制限以上のものは問われていない……。しかし、この負担は同時に、――基本法一四条二項一文が既に明示しているように――義務であり、この義務が直接的には公共のためだけにあるとしても、いずれ第三者保護機能の問題を引き起こす。なぜなら、この義務の履行が、なによりもまず、具体的な状況において配慮される者の利益のために役立つものであることは、多言を要しないほど明白だからである」。（六―七頁）

しかし、一般的配慮原則から隣人保護機能を導きだすためには、クリアしなければならない問題がある。それは、建築主の建築計画に適用される規範、つまり一般的配慮を要求するにとどまり、いわば原告と関係のない規範が、果たして、特定の限定された隣人グループに、行政裁判所法一一三条一項の意味での「権利」を付与するかという問題である。そこで、彼が手がかかりとしたのが、「特別の保護の必要性」という概念である。すなわち、

隣人保護は、何かに対して (gegen etwas) 与えられるだけでなく、何かのために (wegen etwas)、換言すれば、優先的地位を認められた者のために、その権利に基礎を置く隣人保護も考えられる必要があるということである。そして、建築計画を規律する規範に内在する客観的配慮原則は、一般には第三者保護機能を持たないとしても、特定の第三者の保護の必要性に優先性を与える規律の効果として特別の法的意味を持ち、かつ、特定個人に向けられた配慮が要請される場合にまで同様に考えるべきではないと論ずる (八―九頁)。

このような特別の保護の例として、彼は二つの例をあげる。第一は、連邦建設法三五条一項の優先的建築物の保護である。連邦行政裁判所一九六八年一〇月二一日判決<sup>(1)</sup>と同一九七一年四月一六日判決<sup>(2)</sup>は、同法三五条一項の優先的建築物の所有者が、その優先権の故に、隣人になされた建築許可を「公的利益」を主張して争うことを示したが、ヴァイロイターは、これらの判決を引用しつつ、連邦法(法律)に基礎を置く「特別の保護の必要性」を認める。第二は、前出一九六九年六月一三日判決に示された、土地所有権への重大な侵害を理由とする基本法一四条に基づく「特別の保護の必要性」である。そして、両者の特徴について次のように説明する。前者(連邦建設法三五条一項による隣人保護)にあつては、法律上認められた保護特権が、従つて、質的に特定された保護の必要性が基礎にある。他方、後者(基本法一四条による隣人保護)の場合は、土地所有権に対し、一般に要求しうる不利益の量的限界が、つまり侵害の重大性が問題となつている。ここでの特徴は、被害者側に関する保護規範が加害者側を規律する規範として適用されるという、いわば規範の置き換えがなされていることである。

また、一般的配慮義務から隣人保護機能を導出するもうひとつのハードルである原告の「十分明瞭に限定された人的範囲」の要件も、前者では、その優先性がいわば名宛人のない周辺区域から識別可能な特定の人的範囲を生み

だすのに対し、後者では、侵害の重大性が必然的に識別可能性をつくり出すという違いが存在する。もちろん、前者も広義の財産権保護の問題であり、両者を対立的に捉えるのは正しくないが、前者の場合の隣人保護は連邦建設法による一種の財産権的地位の形成によってなされるのであって、侵害の重大性を前提としないことが重要である（九一〇頁）。

(1) BVerwG, U.v. 21. 10. 1968, DVBl 1969, 263 (本稿六五頁参照)。

(2) BVerwG, U.v. 16. 4. 1971, DVBl 1971, 746.

### (3) ま と め

以上の見解は、次のようにまとめられる。

①基本法一四条（財産権の保障とその社会的拘束性）により、土地の建築的利用には財産法—建築法的配慮原則が存在し、土地利用者は公共および隣人に対する配慮の義務を負う。

②この義務は、配慮の対象が不特定である限り隣人保護機能を持たない。しかし、この一般的配慮義務が法的に特別に保護された地位に関わると、この配慮原則は隣人保護的性格を有するに至る。その特別の地位とは、配慮義務を特定個人に対する完全な義務とするような地位である（二二頁）。ヴァイロイターが示した例は、第一に、隣人の財産権に対する侵害の重大性により、保護の必要性が生じ、かつ相手方が特定される場合と、第二に、優先的建

築のように法律上認められた特別の地位と人的範囲の確定する場合である。

③しかし、この二例は、いずれも、既に連邦行政裁判所は隣人に原告適格性を承認しているのであって、あえて「隣人利益の配慮原則」から隣人保護を導き出す必要性はなかった。しかし、彼はこれらの判決のドグマティッシュな基礎づけがやはり必要であると考えたのであろう（それは次の④に関係する）。それを彼は、財産権の社会的拘束にもとづく、「財産法―建築法的配慮原則」として、憲法的基礎づけを試みたのである。その結果、それは建築法および都市計画法に内在する基本的法原則としての地位を与えられ、さらには、イミッション法など適用領域を広げていった。このような適用拡大の可能性を持っていたのである。<sup>(1)</sup>後述するように、判例上、「配慮原則」の隣人保護効果が最初に認められるのは、開発制限区域の非優先的建築の所有者の保護に関してであり、ヴァイロイターの提起を超えたところで機能している。

④この論文で、ヴァイロイターの強い問題意識となっていたのは、行政裁判所法一一三条一項の取消事由としての「原告の権利侵害」と規範目的との関係であった。たとえば、隣人の保護規範ではあるが建築許可の根拠規定ではない基本法一四条一項が何故建築許可の違法的判断基準となるのかであり、あるいは、連邦建築法三五条一項（それは、優先的建築の許可要件を緩和した規定であって、優先権者保護のために他の建築を規制したものではない）によって保護されていた者が、何故三四条や三五条二項によって与えられた許可を争いうるか（これらの条項は隣人保護性を否定されている）という問題であった。そこには、許可の根拠法規の隣人保護目的の有無だけでは十分に説明できない問題がある。彼のいう「規範の置換」はこのような文脈の中で語られている。彼が「配慮原則」という一般法原則から隣人保護を提起したのも、この点を考慮してのことであると考えられる。彼は、具体的場合に

「配慮原則」から隣人保護効果が認められるか否かは、①配慮義務の根拠規定、②係争建築計画に適用される規定①と②は必ずしも同一規定とは限らない、③被害を受ける側の優先性の基礎となる規定、これらの諸規範の協働によるとしてしている（一一頁）。つまり、彼は、たとえば隣人保護の問題でも建築関係諸法規を総合的に考察する必要性を認め、その原理的法理を提起しようとしているのである。いわば建築法条理ともいふべきものであろうか。ここには、隣人保護を許可の根拠法規の目的からのみ個別的に把えようとする方法の問題点が示されているともいえよう。しかしその後の判例では、この点は十分に論究されているとはいえないようである。<sup>(2)</sup>

(1) vgl. Ernst/Hoppe, 前掲書, S. 173.

(2) 規範の総合的考察の重要性を指摘するものに、Schmidt-Abmann, Bauen in unbeplanten Bereichen, Jus 1981, 731 (736).

### 三、連邦行政裁判所判例の展開

#### (1) 「配慮原則」に関する先行判例

連邦行政裁判所は、ヴァイロイターの影響を強く受ける形で、一九七七年に「配慮原則」に隣人保護効果を認め

るのであるが、それには、当然のことながら、「客観法的配慮原則」に関する先行判例が存在する。それらについて、簡単に触れておきたい。

一九六〇年代終盤より、建築法上の配慮原則について言及する判決が登場するが、そのもつとも初期のひとつが、連邦行政裁判所一九六七年二月六日判決である。<sup>(1)</sup>事件は、計画未策定区域で隣人(参加人)にだされた建築許可が争われた隣人訴訟である。前述のように、この判決は、連邦建設法三五条二項の隣人保護機能を否定した。しかし、次のように周囲の住宅への配慮も同条一項の優先的建築を阻止する「公的利益」たりうるとした。すなわち、法三五条によれば、いわゆる「優先的建築」も(一項)、「その他の建築」も(二項)、公的利益が対立するときは許可されない。判決は、この公的利益という概念には開発制限区域での建築にとって法的に重要なすべての観点が含まれるとする。そして、周囲の連担建築区域やその他の保護に値する環境の保護に向けられ、それにより既存の私的財産に有利に作用するであろう考慮もそれに含まれるとする。<sup>(2)</sup>但し、これは、法三五条二項の隣人保護機能を否定する文脈の中で語られている。つまり、これらはいくまで「公的利益」の一部であり、行政庁が許可に際して考慮すべき観点なのであつて、建築許可を阻止しうる請求権まで隣人に認めているのではないとしていた。

その半年後の、連邦行政裁判所一九六八年四月一〇日判決は、隣接する住民の利益も、開発制限区域での優先的建築に対立する公的利益に含まれるとした。<sup>(3)</sup>判決は、法三五条は公益の保護を目的とし個人利益保護を目的とするものではないとしつつも、立法者が隣人の権利とは認めなかった個人的利益も、それが十分な強さを持てば、開発制限区域での優先的建築に対抗できる公的利益となりうると述べる(本件では、周囲の静穏も公的利益のひとつであるとした)。そして、優先的建築といえども対立する利益との衡量が必要であり、その衡量される利益には個人



的利益も含まれるとしたのである。<sup>(4)</sup>

このような考え方は、連邦行政裁判所一九七二年三月三日判決に受けつがれ定着していく。<sup>(5)</sup> 本判決は、ミニゴルフ場建設が隣接する住宅専用区域に騒音等をもたらすことを指摘しつつ、「隣接する土地が建築法上の全体的状況に調和するよう利用されることへの」「配慮の要請」(das Gebot der Rücksichtnahme)もまた、連邦建設法三五条二項にいう公的利益として、ミニゴルフ場の許容性に対立する」と述べた。なお本判決は、法三五条二項の隣人保護性は否定しているが、客観的に違法な建築許可に対する基本法一四条にもとづく隣人保護の可能性があると、事件を原審に差し戻している。<sup>(6)</sup>

これらは、隣人に原告適格性が認められるか否かは別として、ある建築計画に対立する公的利益には個人的利益も含まれること、また建築許可にあたっては、それらの利益への考慮も必要であることを示したものであって、いわば建築法上の「客観法的配慮原則」を認めたものといえよう。<sup>(7)</sup>

これらの判決は、個人的利益の配慮も法三五条一項又は二項の「公的利益」に含まれると解釈することによって「客観法的配慮原則」を根拠づけようとしている。ヴウイロイターが試みたような憲法的基础づけは展開されていない。またこれらの条項の隣人保護機能を否定したためでもあるが、「隣人利益を配慮した建築計画であるか否か」は、行政庁が建築許可に際して考慮すべき、いわば要考慮事項として位置づけられていることを指摘しておきたい。

また、「板ガラス判決」として著名な連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決は、「異なる建築計画区域が隣接している場合は、相互の交換的な配慮原則に服す」と、計画策定段階における配慮原則を示した。<sup>(8)</sup> 計画策定に際して当該計画に影響される公的および私的利害が適切に比較衡量されなければならないことは、法一条七項にも明記さ

れており、一連の判決でも確認されているが、この判決は、それを計画策定における配慮原則と表現したのである。<sup>(10)</sup>さらに、連邦行政裁判所一九七五年二月二日判決は、イミッション法にもとづく許可に関して、相互の配慮の義務を示した。<sup>(11)</sup>

(1) BVerwG, U.v. 6. 12. 1967, E28, 268. 本稿六五頁参照。Wahl, 前掲, S. 584 は、建築法上の配慮原則に触れる最初の判決のひとつとしてゐる。

(2) 同前, SS. 274-275. 本判決は、ここで同裁判所一九六七年一〇月二五日判決を援用している。それは、開発制限区域での農業用施設の建築許可申請を行政庁が拒否したことに対して提起された事件であるが、判決は「悪臭の発生や拡大を避けることは、開発制限区域での優先的農業用建築計画にも十分対抗しうる公的利益たりうる」としている。BVerwG,

U.v. 25. 10. 1967, E28, 148 (152).

(3) BVerwG, U.v. 10. 4. 1968, E29, 286 (Autokino-Urteil)

(4) 同前, SS. 288-289.

(5) BVerwG, U.v. 3. 3. 1972, DVBl 1972, 684.

(6) 同前, S. 685.

(7) vgl. Weyreuther, 前掲 (BauR. 1975), SS. 1f; Wahl, 前掲, S. 584.

(8) BVerwG, U.v. 5. 7. 1974, E45, 309 (327).

(9) 参照, BVerwG, U.v. 12. 12. 1969, E34, 301; BVerwG, U.v. 16. 4. 1971, DVBl 1971, 746; BVerwG, U.v. 20. 10.

1972. なお、前一判決については、遠藤、前掲書、八八頁、二七二頁参照。

(10) 参照、Weyreuther, 前掲、S. 3.

(11) BVerwG, U.v. 12. 12. 1975, E50. 49.

## (2) 配慮原則の隣人保護効果を認める判例

以上の判例を経て、連邦行政裁判所は、一九七七年二月二五日判決で、配慮原則に隣人保護機能を正面から認めるに至った。<sup>(1)</sup> 本判決は、連邦建設法三五条（開発制限区域）に関するものであるが、その後、同法三四条（連担建築区域）そして同法三〇条（計画策定区域）にもその適用は広げられた。本節では、これらの判例の動向を見ていくことにしたい。

### ① 開発制限区域に関して

連邦行政裁判所一九七七年二月二五日判決（以下、一九七七年判決とする）

本判決は「隣人利益への配慮原則」に隣人保護効果を認め、隣人利益に対する十分な配慮を欠く建築計画への許可は、（行政裁判所法一二三条の意味で）隣人の権利を侵害すると初めて判示した画期的な判決である。

事件は、複数の原告が隣人（参加人）にだされた豚舎の建築許可を争ったものである（この豚舎は、原告らの住宅から約二五メートル離れて、その許可によって既に建てられている。この施設は、農業用施設として、法三五条一項一号に該当する、いわゆる優先的建築物である）。一審、二審ともに原告敗訴。連邦行政裁判所は、以下の理

由で、事件を原審に差戻した(本項中の( ))の頁数は、DVBl 1977からの引用頁を示す)。

①「隣人利益への配慮義務について」 開発制限区域での建築計画は、それが優先的建築計画であれ、その他の計画であれ、建築計画者が他者の利益に対する十分な配慮を行なっていないならば、それ故に許可しえないものとなる。これは、当裁判部が既に繰り返し判示してきたところである。たしかに、法三五条の文言上は、建築計画の障碍要件となっているのは公的利益だけである。しかし、保護に値する個人的利益への配慮の要請は公的利益に対立するものでなく、むしろ、この要請は、同条三項の公的利益に含まれているのである(七二四頁)。

②「配慮義務の内容について」 配慮原則が(客観法的に)いかなる要求を根拠づけるかは、本質的に、個々の事情による。所与の状況で、配慮されるべき者の地位が侵害を受けやすく、保護に値するものであれば、それだけ多くの配慮を求めることができる。逆に、建築計画の追求する利益が合理的でありかつ不可避のものであれば、建築計画を施行しようとする者は、より少ない配慮しか必要としない。結局は、配慮により保護される者と配慮の義務を負う者との間の比較衡量によることになる。その際、建築計画によって不利益を受ける者に受忍を要求しうる程度の判定は、連邦イミッション法の概念規定にたしかえることができる。<sup>(2)</sup>換言すれば、配慮原則との関係での「(受忍)期待不能性」とは、収用法上のそれと一致するのではなく、むしろ、連邦遠距離道路法一七条四項の期待不能性の意義と一致するのである。<sup>(3)</sup>本件の場合、既に農業経営がなされている所の近くに許可された住宅は、一定の農業経営上典型的なイミッションを考慮しておかなければならないが、その受忍限度の判定は連邦イミッション法の概念規定によって与えられる。同法三条によれば、環境への有害な影響とは「その種類、程度または継続性によって公衆または近隣に対して、危険、重大な不利益または重大な損害を引き起こされるようなイミッション」のすべ

てを指す。換言すれば、配慮原則との関連で意味している（受忍）期待不能性の概念は、収用法上のそれと一致するのではなく、それ以前の段階で生じるのである。<sup>(4)</sup> 本件の場合、既に農業経営が営まれている所の近くに住宅を持つ者は、農業経営上典型的なイミッションを考慮しておかなければならないが、その限度を超えるイミッションが生じるとすれば、特段の事情がない限り、参加人（建築主）は、原告らに重大な不利益をもたらす施設の建設にあたって、配慮の要請に反しているといわなければならない（もし、被害のより少ない場所での建築が可能であつてとしたら、それはより明白である）（七二四—七二五頁）。

⑩〔配慮義務の隣人保護効果について〕 上述のように、配慮原則が——原告の不利益に——客観法的に侵害されているとしたら、本件の状況下では、当該許可は原告の権利も同時に侵害するものといわざるをえない。たしかに、第三者の利益への配慮が要請されているからといって、そこから直ちに隣人保護機能を導くことはできない。何故なら、裁判部の一貫した判例によれば、建築法において、ある規定に第三者保護効果が認められるのは、それが特定かつ限定された、つまり、個人特定化しかつ過度に広範でない原告適格者の範囲を認識させる場合だからである。<sup>(5)</sup> このような限定は、建築主保護の観点からも正当化される。というのは、配慮原則が管轄行政庁にとって許可の拒否事由たるにとどまるのか、それとも、その第三者保護効果のために、建築主が許可後も不確実性にさらされるかには、本質的な違いがあるからである。

しかし、このことは、配慮原則には一般に権利が対応しないとしても、「配慮を義務として基礎づけ（法的義務とし——qualifizieren）、同時に（義務の対象を）個人特定化するような特別な状況のもとでは、配慮原則に第三者保護効果が認められなければならない」という結論まで否定するものではない（七二六頁）。この場合、建築主は

予期しえない者からの出訴の危険にさらされることはないからである。<sup>(6)</sup>

本件の場合、問題は、侵害の重大性による個人特定化ではなく、現実の状態により配慮の相手方としての被害者の範囲が明確となる場合にも、配慮原則に第三者保護機能が認められないかであるが、当裁判所は、それを肯定すべきものと考ええる。

以上の考察によって、次の結論が生じる。

第一に、隣人利益に対する客観法的配慮原則には、特別の法的地位への配慮が法的義務とされ同時に個人特定化された形でなされる限りで、第三者保護効果が生じる。

第二に、被害者の特別の法的保護の必要性とは別に、その状況から、必要な法的義務としての評価、個人特定化および限定が備わるほどに当事者性が明白な場合も、上記場合に該当する(七二六頁)。

以上が、一九七七年判決の要旨であるが、本判決の重要な特徴は次の点にある。

第一に、隣人利益の配慮原則に、一定の要件のもとに、隣人保護機能を正面から認めたことである。

第二に、隣人の原告適格性承認の基礎が、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侵害者の特定性に求められたのである。そのことは、本件の場合、原告らは何ら開発制限区域における優先的建築権者ではなかった(むしろ争いの対象が優先的建築である)ことから明らかである。<sup>(7)</sup>

もつともこの判決自身は、配慮原則の根拠・内容について詳らかにしていない。その点を含めて、保護規範論か

らの批判を受けることになる。<sup>(8)</sup>

- (1) BVerwG, U.v. 25. 2. 1977 E52, 122=DVB1 1977, 723.
- (2) 連邦イミッション法三条一項は、「この法律の意味での環境への有害な影響とは、その種類、程度または継続によって、公衆または近隣者に対し、危険、重大な不利益または重大な苦痛を惹き起こすイミッションをいう」と規定する。参照、熊本信夫、萩野聡「西ドイツの環境法」、加藤一郎編『外国の公害法(下)』岩波書店、一九七八、第四章ドイツ、四二四頁。
- (3) 判決は、ここで連邦遠距離道路法一七条四項に関して、ここでの(受忍)期待不能性の概念は、収用法上の観点から基本法一四条による保護が生じるより以前の段階の、法律によって引かれた関係者に正当に要求することのできない限界であると述べた連邦行政裁判所一九七六年五月二一日判決(DVB1 1976, 779 (782))を援用する。同法一七条四項は、「計画確定において、道路建設の負担を負う者には、公共の福祉のためにまたは危険、重大な不利益もしくは重大な苦痛から隣接する土地の利用を保障するために必要な施設の設置および維持の義務が課される」と規定する(Koepfer, 前掲書)。
- (4) なお、隣人が重大かつ受忍しがたい不利益を受け、収用類似の効果が生じると、その場合は、基本法一四条による隣人保護の問題になるが、本判決は、それ以前の段階での隣人保護の可能性を述べている訳である。参照、BVerwG, U. 13. 6. 1969, 前掲六七頁。
- (5) 参照、BVerwG U.v. 28. 4. 1967, E27, 29 (33).
- (6) 本判決は、直接基本法一四条に基づく隣人訴訟も配慮原則のひとつの表現であるとしている。この訴訟では、原告適格者

の範囲は、侵害の極度の重大性から識別しうるとし、建築主にそれを知りうることも期待しうるとする。そして、利害関係者の特別の法的保護の必要性とは独立して、その権利侵害性が明白で、必要な法的義務としての評価、個人特定化および限定化がなされれば、この場合も配慮義務による隣人保護が認められるとする(七二六頁)。

(7) vgl. Schmidt—Abmann, 前掲, Jus 1981, 731 (737).

(8) 例え<sup>ば</sup>, Müller, H.J., Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme, NJW 1979, 2378 (2380).

## ② 連担建築区域に関して

連邦建設法三四条については、連邦行政裁判所一九七七年一〇月三十一日決定<sup>(1)</sup>および同一九八一年二月一日決定<sup>(2)</sup>が、建築法上の配慮原則は計画の策定されない内部地域にも妥当し、一九七七年判決の原則に従って、隣人利益への配慮が法的義務とされ同時に個人特定化する形で、識別しうる限定された範囲の第三者の保護に値する利益への配慮がなされるべきときは、この配慮原則に第三者保護効果が認められるとした。しかし、法三四条に関して、配慮原則の隣人保護効果を特別の保護の必要性から本格的に説明したのが次の判例である。

連邦行政裁判所一九八一年三月一三日判決<sup>(3)</sup>

事件は、二階建家屋の所有者である原告が、隣人(参加人)にだされた一部六階建、一部一二階建の住宅兼事業所の建築許可の取消しを求めたものである。この許可は、建築間隔規定と地区詳細計画(参加人の土地を六階ないし一一階建建築の中心地区とし、他の多くを一般住居地区とする)からの特例(Befreiung)を伴っていた。一二階建部分は、原告の家屋から一五ないし二三メートルしか離れていなかった。また、参加人は、一二階建部分の



許可条件であつた地下ガレージの拡張を実施せず、その予定もないことを明らかにした。一審原告敗訴、二審原告勝訴、参加人の上告棄却。

原審であるミユンスター上級行政裁判所は、連邦行政裁判所一九七七年判決を發展させて、建築主の悪意のためその利益が保護に値しなくなる場合も、客観的配慮原則から隣人保護効果が導きだせるとした。<sup>(4)</sup>

それに対して、連邦行政裁判所は次のように判示した。

①もし地区詳細計画が無効だとすれば、<sup>(5)</sup>本件許可は法三四条によつて判定されることになるが、その場合でも、本件許可は原告の権利を侵害する。

本件許可は、必要な配慮を欠き、客観法的に違法である。配慮の要請は、法三四条と並行して独立に適用される原則ではない。むしろ、これらの規定に内在する要件である（改正前であれば「問題のないこと」、改正後は「合致すること」の概念に含まれる）。配慮原則の要求するものは個々の具体的事情により、究極的には、配慮義務を負う者と配慮される者の利益相互の比較衡量による（一九七七年判決の⑪部分を引用）。本件の場合、参加人の建築により生じる被害は原告にとつて受忍しがたいものである。なぜなら、この区域のこれまでの状態は、本質的に二ないし三階の住宅建築によつて特徴づけられているからである。このような区域に、高さ、建築容積からみて既存の建築物と比較にならない建築物を、しかも原告の二階建（屋根裏部屋つき）住宅から一五メートルしか離れていないような所に建てることは配慮原則に違反するものである（その結果、当該建築計画は、基準となる区域の他の既存建築物との矛盾をきたし、法三四条の許可要件を欠くことになる）。

②本件の場合、配慮原則違反の違法は、原告の権利を侵害する。配慮原則は、隣接土地が相互に影響を及ぼしあう

ことを前提に、一方では必要不可欠な建築を可能にし、他方では受忍しえない負担や不利益から保護するという適切な調整をもたらすものである。もし、各状況から、建築許可庁に、特定の——通常、隣接する——隣人の特別の保護の必要性が明白にならざるをえないとしたら、第三者保護効果に必要な「法的義務化と個人特定化」が存在する。本件では、周囲の状況に対しきわだった高さを持つ建築物が原告の住宅を「窒息」させることは、被告（行政庁）の知りうべきものであった。かかる状況のもとでは、原告の特別の保護の必要性は明白である。

- (1) BVerwG, B. v. 31. 10. 1977, Buchholz 406. 11 §34 BAuG Nr. 60. 入手した資料では、判決要旨しか記載されていないので、事件、理由の詳細は知りえなかった。
- (2) BVerwG, B. v. 13. 2. 1981, NJW 1981. 1983.
- (3) BVerwG, U. v. 13. 3. 1981, DVBl 1981. 928.
- (4) OVG Münster, U. v. 11. 10. 1977, Baurecht 1977. 389. 本判決は、連担建築区域でも客観法的考慮原則が妥当し、またそれは、建築主が保護の必要性を欠く場合は、隣人保護機能を持つとした。そして、建築主が、(a)虚偽の申告で許可を得た場合、(b)許可の違法性を知りつつ、それを行使した場合、(c)許可の基礎となった一件資料から、許可要件にかかわるような逸脱を意図的にした場合がこれらの場合に含まれるとし、本件は(c)に該当するとした。この部分について、連邦行政裁判所は、配慮原則違反は、「隣人が建築許可またはその行使によって、直接的被害を受けたこと」を前提とするのであって、建築許可行政庁に対する建築主の態度によって判断されるべきものではない、従って、地下ガレージの建設を行なわないことが配慮原則違反になるのではないとした（前掲 S. 930）。

(5) このような立論は、原審(前掲S.389)が、当該地区詳細計画を無効と判断したことによる。しかし、連邦行政裁判所は、本計画が有効であったとしても、本件許可は、隣人保護的確定に違反し、かつ正当な免除事由を欠くため、やはり取消されるべきものとしている(前掲S.928)。

### ③ 計画策定区域に関して

さらに、配慮原則による隣人保護は、計画適用区域でも認められるようになる。連邦行政裁判所一九八二年二月一〇日判決は、客観的に違法な建築許可が隣人保護機能を持つ配慮原則を侵害する場合には隣人保護の可能性は否定されないと一般的な形で論じた<sup>(1)</sup>が、本格的に示されたのは次の判決である。

連邦行政裁判所一九八三年八月五日判決<sup>(2)</sup>

事件は、原告が隣人(参加人)にだされた例外許可(敷地面積と建築奥行に關し地区詳細計画からの例外が認められたが、容積率に關して計画確定通り)を争ったものである。二審原告敗訴。連邦行政裁判所は、以下の理由で原審に差戻した。

① 当裁判部が、これまでに開発制限区域と連担建築区域に關して示した配慮原則に基く隣人保護は、地区詳細計画の適用区域に關しても同様に妥当する。たしかに、地区詳細計画の作定にあたっては、必要な利益の衡量がなされており、その限りで、計画の個別的適用に際して特に配慮原則が問題とされることはない。しかし、例外許可のような場合には、その都度、隣人に対する配慮が必要である。ところで、建築利用令一五条一項は例外許可に対して適用されるが、本条項は、地区詳細計画の適用される場合に対する配慮原則の特別な表現と解すべきである。従っ

て、本条項の隣人保護性を否定した従来の判例は、次のように変更される。<sup>(3)</sup>

④ 本条項の——第一義的には客観法的な——配慮原則にも、当裁判部がこれまでに示した配慮原則の第三者保護効果についての基準が妥当する。つまり、配慮を法的義務とし同時に個人特定化する形で、識別しうる限定された範囲の第三者の保護に値する利益への配慮が認められる限りで、本条項の配慮原則にも第三者保護効果が生じうるのである。

それは、とりわけ次のような例外的場合に妥当する。すなわち、第一に誰に対して配慮がなされるべきかが明白で、第二に、被害者の特別の法的保護の必要性が認識しうる場合である。ここでは、被害者の保護の必要性和被害の程度、建築主の利益そしてそれぞれの当事者に対して正当に受忍を要求しうべきものとしえないもの、これらが相互に比較衡量されなければならない。

⑤ 本件は、以下の点で、原審の審理が不十分である。

第一に、配慮原則が遵守されているか否かに関する原審の判断は、容積率しか問題としておらず一面的である。むしろ、原告に被害をもたらすのは建物の位置であり、さらに建築物の高さ、幅による原告の土地への影響、日照の減少や庭の利用上の制約が問題となる。個々の否定的効果それ自体は配慮原則に違反する程度には至らないかも知れない。しかし、基準となるのは、否定的効果の全体である。

第二に、本件の原告は直接隣接する隣人であり、また建築予定地を一般居住地区とする計画の確定内容が原告を保護するものとして、自己の特別に保護された地位を利益衡量に提起しているのであって、これらのことから、配慮原則の第三者保護効果を発生させる状況が生まれている。

第三に、原審は財産権に対する重大かつ受忍しがたい侵害を否定しているが、配慮原則に対する違反は、より少ない被害で認められる。そのような被害の発生は否定されていない。<sup>(4)</sup>

(1) BVerwG, U. v. 10. 12. 1982 (4C 49. 79), DVBl. 1983, 348. 本件は、住宅区域における一世帯用住宅の建築予備決定を隣人が争ったものである。判旨は、第三者保護機能を持たない計画からの例外許可は原則として隣人の権利を侵害しないとしたうえで、傍論して配慮原則による隣人保護の可能性を述べるが、本件での適用は否定した。

(2) BVerwG, U. v. 5. 8. 1983, DVBl. 1984, 143.

(3) BVerwG, U. v. 14. 12. 1973, DVBl. 1974, 358. 本判決は、建築利用令一五条一項二文では保護される人的範囲が限定できないとして、同条項は隣人に権利を付与するものではないとしていた (§ 361)

(4) BVerwG, U. v. 5. 8. 1983, DVBl. 1984, 143 (144-145).

#### ④ 異なる計画区域の隣接地域に関して

連邦行政裁判所一九八二年二月一〇日判決<sup>(1)</sup>

これは、開発制限区域に養豚・養牛施設を所有する原告が、約50メートル離れ、連担建築区域に属する土地での一世帯住宅を参加人に認めた建築許可を争った事件である。いわゆる潜在的加害者による訴訟である。<sup>(2)</sup>一・二審原告敗訴。

本件の特殊性は、原告が開発制限域の優先的建築である農業施設の所有者である一方、建築主(参加人)は、原

則的に建築の許される連担建築区域の居住者であるという点にある。判決は、以下の理由で、事件を原審に差し戻した。

開発制限区域の居住者といえども、連担建築区域内にある隣接建築物を一般的に阻止できる訳ではない。しかし、彼は、その特別の保護の必要性により、このような連担建築区域内の建築であっても、隣接する自己の建築物に対する配慮を期待できる。そして、特別の場合には、それ自身は客観的な配慮原則も隣人保護的な効果を持ち、防禦権をもたらしうるのである。なお、本件のように、両区域にまたがる場合の配慮原則は、法三四条一項の「周囲の特質への合致」を基準とするのではなく、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。つまり、配慮の内容は、当裁判部一九七七年二月二五日判決に従うのである。

(1) BVerwG, U. v. 10. 12. 1982, (4C 28.81), DVBl. 1983, 349 (九〇頁注(1)の判決とは別の判決である。)

(2) 潜在的危害者の原告適格については、遠藤、前掲書、二六九頁以下参照。

### (3) ま と め

以上紹介したように、建築法上の「隣人利益の配慮原則」は、地区詳細計画の有無にかかわらず、すべての建築許可に適用される建築法上の一般原則へと発展してきている(計画策定区域にあつては、この原則は計画策定の際に適用され、例外許可などの場合を除き、個々の許可の際には特に問題とされないとされている。八八頁参照)。

建築法上の「隣人利益の配慮原則」とは、簡単にいえば、「建築主は、建築計画の策定にあたっては、隣人の利益に十分な配慮を払わねばならず、その配慮を欠く建築計画は許可しえないものである」というものであるが、ここで、連邦行政裁判所の示した「配慮原則」について整理してみたい。

①根拠——連邦行政裁判所は、筆者が参照しえた判例の限りでは、ヴァイロイターが試みたような「配慮原則」の憲法的基础づけは行なっていない。むしろ、連邦建設法三四条や三五条の許可要件（「周囲の特質に合致すること」や「公的利益と対立しないこと」）の解釈として説明しているようである。それは「配慮の要請は、独立に適用される原則ではなく、法三四条に内在する要件である」という判示（連邦行政裁判所一九八一年三月一三日判決）にも現われている。<sup>(1)</sup>

しかし、「隣人利益の配慮原則」は、既に建築法一般に適用されるようになってきており、さらにはイミッション法にも適用されている。だとすれば、建築法やイミッション法、もしくはそれらを含む環境法上の基本的法原理としての憲法あるいは条理論的基础づけが必要なのではないだろうか（このことは、建築法上の隣人訴訟の理論的基础づけ等にも影響を及ぼしうる）。たしかに、配慮原則を「隣接土地の相互拘束性」から説明している判決もあり（一九八一年三月一三日判決）<sup>(2)</sup>、ある程度は連邦行政裁判所の考えを予測できるが、この点は、学説の対応を含めて検討したい。<sup>(3)</sup>

②主体——連邦行政裁判所の判決によれば、建築主自身が、建築計画の策定にあたって隣人利益に対する十分な配慮を行なう義務を負うとされている。そして、必要な配慮を欠く建築計画は連邦建設法上の許可要件を欠くものとなるのである。従って、行政庁は、建築許可の手續きにおいて、申請された建築計画が隣人利益に十分な配慮を払っ

たものであるかを審査することになる。つまり、行政庁が自己の許可権限の行使に際して隣人への影響を考慮しなければならぬという構成ではないのである。もちろん、判決のいう構成をとったとしても、行政庁が、許可手続において、隣人への影響を正當に評価していなければならないことに変わりはない。また、この場合、裁判所の審査も、許可の法律上の要件にかかわるものとして、配慮の有無につき全面的に審査することになる。

ところが、一方で、連邦行政裁判所は、客観法的配慮原則については、行政庁が建築主の利益と個人的利益を含む公的利益を比較衡量しなければならないとしている<sup>(4)</sup>。また、配慮原則に隣人保護効果を認めるに際して、隣人の被害が行政庁にも明らかであったことを指摘した判決もある<sup>(5)</sup>。ここで構成は、行政庁が許可権限の行使にあたって隣人への影響を考慮しなければならない(あるいは、考慮しえたはずである)というものになる。この点では、連邦行政裁判所判決の整合性が問われることになる。

なお、判決が配慮義務の主体を建築主としたことは、配慮原則の根拠にかかわる問題でもある。ヴァイロイターのように、「配慮原則」の根拠を財産権の社会的制約に求めると、財産権主体(建築主)が配慮義務の主体となることは当然である。その意味で、連邦行政裁判所は、ヴァイロイターの「財産法—建築法的配慮原則」を基礎にしていることができる。しかし、このような構成は、私法的隣人保護と公法的隣人保護の関係について新たな問題を提起することになる<sup>(6)</sup>。

③内容——建築主は、どのような事項をどの程度まで配慮しなければならないかという点について、判決の示すところはまだ漠然としている。むしろ、判決自身、それは個々の状況によるとしており、明確な内容は提示されていない。ただし、隣人の受忍限度がイミッション法上の概念によるべきことは判決の繰り返すところである。



学説では内容の不明確さを指摘する見解も<sup>(7)</sup>だされている。この点も、学説の対応を踏まえて検討することにした。  
 ④効果——隣人利益に対する十分な配慮を欠く建築計画は許可要件を欠くものである。客観法的配慮原則の違反である限り、それは許可申請に対する行政庁の拒否事由たるとどまる。しかし、一定の条件のもとで配慮原則に隣人保護効果が生じた場合、配慮原則違反は隣人訴訟の取消事由となる。

以下では、連邦行政裁判所判決に対する下級審および学説の対応を検討しつつ、「隣人利益の配慮原則」の意義、限界、建築法上の隣人訴訟における位置づけについての考察をすすめたい。

- (1) BVerwG, U. v. 13. 3. 1981, 前掲 S. 929, (本稿八六頁)。
- (2) 同前, S. 930.
- (3) vgl. Müller, 前掲 (NJW 1979, 2378)。
- (4) vgl. BVerwG, U. v. 6. 12. 1967, (本稿七七頁)。
- (5) BVerwG, U. v. 13. 3. 1981, 前掲 S. 930.
- (6) Mühl, O., Das Gebot der Rücksichtnahme im Baurecht und die Verbindungslinien zum privaten Nachbarschutzrecht, in: Festschrift für Fritz Baur, J. C. B. Mohl, 1981, SS82ff.
- (7) たんべ<sup>34</sup> Berger, 前掲書 S. 104.