

ドイツにおける 建設許可手続への隣人参加

石 崎 誠 也

はじめに

周知のように、我が国の行政手続法は、全体的には処分の相手方の手続参加権の規定が中心で、処分の相手方以外の利害関係者の手続参加権に関しては、公聴会（10条）及び聴聞における参加人（17条）の規定があるものの、十分に規定されているとはいえない。個別法で処分の相手方以外の手続参加が規定されている例は少なくないが、処分の相手方以外の利害関係者の処分手続への参加規定の全体的な整備は、いわば今後の宿題として残されている⁽¹⁾。

他方、ドイツ行政手続法では、処分相手方以外の手続参加制度が一般に予定されているし、また個別法律で処分の相手方以外の利害関係者の参加手続に関する特別規定を設けている例も少なくない⁽²⁾。

本稿は、処分の相手方以外の利害関係者（第三者という）の手続参加のあり方をさぐる一つの準備作業として、ドイツの建設許可手続における隣人の参加のしくみを見ようとするものである。建設許可をめぐる建築主と隣人との利害の対立は、もっとも典型的な二重効果的行政行為の利害対立状況を示しているからである。またラント建設規制法による隣人の建設許可手続への参加制度の歴史は古く、行政手続法との関係でも問題を孕んでいるからである⁽³⁾。

なお、本稿では各ラントの建設規制法（Landesbauordnung）が考

察の対象となるが、これらによる建設許可制度に関しては基本的なところでは共通性があるものの、やはり各ラントごとの差異も無視できない。特に、旧西ドイツ所属のラントは、歴史的経緯もあって各ラントごとの差が目立つ。そのため、本稿は1996年に筆者が建設許可の実務担当者から聞き取り調査をする機会を得たノルトライン・ヴェストファレン建設規制法（以下、条文引用の際にNW-LBOと略称する）とラインラント・プファルツ建設規制法（同じく、RP-LBOと略称する）を主要な対象とし、必要な限りで他のラントの規定にも触れたいと考える⁽⁴⁾。

一 建設許可制度のあらまし

はじめに、ドイツにおける建設許可制度の概要を簡単に紹介しておきたい。

(1) 建設計画・建設施設と建設許可

連邦建設法典（Baugesetzbuch：BauGB）は、「建設的施設（Bauliche Anlage）の設置、改修または利用変更を内容とし、建設監督行政庁の許可または同意を必要とするか行政庁に届出なければならない建設計画（Vorhaben）には、30条から37条までを適用する」と規定しているが（29条1文前段）、建設許可制度そのものについては規定していない。建設許可（Baugenehmigung）を定めている法律は各ラントの建設規制法であり、建設法典でいう建設許可は各ラント建設規制法によってなされることになる。

ラインラント・プファルツ建設規制法60条は、「許可を必要とする建設計画」という表題で「建設的施設及び1条1項2文の意味でのその他の施設・設備の建設、改修、利用変更及び撤去は、61条、65 a条及び81条で別に定められていない限り、認可（建設許可）を必要とする」としている。すなわち建設計画とは建設的施設等の建設、改修、

利用変更及び撤去という行為である。また、2条1項によれば、建設施設とは、1. 建設素資材（木材、セメントあるいはそれらから作られる壁、屋根など）によって形成され、土地に固定された施設であり（1文）、2. 自重によって土地に定着している場合や土地に固定して利用する施設も含まれ（2文）、3. さらに、法律上「建設施設」とみなされるものに、「盛土、切土」「倉庫、保管施設等」「駐車場」「キャンプ場、週末利用施設」「スポーツ施設及び遊園施設」等がある。この定義は、ノルトライン・ヴェストファレン建設規制法でも同じである⁽⁵⁾。

ラント建設規制法は、建設許可の他にも、建設予備決定、部分許可、類型的許可を規定するが、本稿では建設許可だけを扱う⁽⁶⁾。

(2) 許可を必要としない建設計画

建設計画は一般に建設許可を必要とするが、いくつかの例外規定がある。

① 第一のグループは、小規模な建設行為の場合である（RP-LBO 61条1・2項）。例えば、宿泊室・トイレ・火器設備のない10m²以下の建物（建設制限地域のもを除く）、認可されたキャンプ・週末余暇施設での小規模の週末利用家屋やテントなどである。

② 第二のグループは、近年のラント建設規制法改正によって多くのラントが取り入れているもので、地区詳細計画（Bebauungsplan: B-Plan）に合致する住宅建設で例外または免除を必要としない場合には、それを許可対象外としようとするものである（RP-LBO 65 a 条）。これは、完全地区詳細計画の適用地域または建設法典措置法（Maßnahmengesetz zum BauGB）7条に規定する条例（地区詳細計画に代替する条例）が適用される地域での一定規模以下の住宅（一世帯用住宅など）の建設計画について、当該建設計画が地区詳細計画の確定や条例に合致し且つ地域整備が確実である場合に建設許可を不要とするものであるが、隣人保護との関係でも重要な問題を含むものであ

り、後に本稿の三で扱いたい。

③ 第三のグループは、他の法規によって認可、同意、許可を必要とする場合に建設許可が不要となるもので、河川工作物（但し、建物を除く）、上水・下水施設、取水・排水施設、廃棄物処理施設、通信施設・公共の電気・ガス・暖房用施設（但し一定面積を超えるものや地上に建設されるもの）、ラント法が適用される開発制限地域内の掘削及び切土、などである（RP-LBO 81条、規定の仕方が違うがNW-LBO 64条）。

④ 第四は、連邦又はラント並びにこれらの公法人による建設の場合である（RP-LBO 79条）。この場合には、建設許可ではなく建設監督庁の同意を得ることになる。この同意は行政行為であると考えられている⁽⁷⁾。

⑤ 第五に、他の法律によって許可に集中効の認められる場合も建設許可手続対象外となる。行政手続法75条は計画確定の集中効を認め、「計画確定と並んで他の行政庁の決定、とりわけ公法上の認可、特許、許可、承認、同意及び計画確定は必要としない」と規定している。計画確定手続によるものとされているのは、連邦遠距離道路建設、ドイツ鉄道の施設建設、飛行場の建設などである。また、個別法律で許可の集中効を規定しているものに、連邦イミッション法がある。同法13条は「許可は、当該施設に係る他の行政庁の決定、とりわけ公法上の認可、承認、特許、許可及び承認を含む」としている。この場合、建設計画が建設公法に合致しているかどうかは、イミッション法上の許可手続で審査される（6条2号）。なお、原子力法7条の許可は連邦イミッション法4条の許可を含むものとされているが、ラント建設規制法でも原子力法7条の許可は建設許可を必要としない旨を定めている（RP-LBO 68条6項、NW-LBO 64条1号）⁽⁸⁾。

(3) 建設許可の審査基準

① 建設許可は、当該建設計画が建設法の規定又はその他の公法上の

規定に違反していない場合には与えられなければならない（RP-LBO 64条1項、NW-LBO 61条）。建設法とは、建設計画法及びその付属法規や建設規制法であり、その他の公法とは、水法、道路法、記念物保護法などである⁹⁾。イミッション法の許可対象施設でない場合は、イミッション法も該当する。つまり、ここでは総合的審査がなされるのである。

建設法のうち、いわゆる建設計画法の中心は連邦建設法典である。連邦建設法典29条から36条までが建設許可のもっとも重要な審査基準となるが、14条以下の変更禁止規定等も関係しよう。条例として公布される地区詳細計画（B-Plan）も当然に建設計画法である。その付属法規としては、建設法典措置法や建設利用令がある。

その他の公法法規として、例えば遠距離道路法9条1項が、アウトバーンにあってはその周囲40m以内、連邦道路にあってはその周囲20m以内での高層建築を禁止しているのがその例である（ラント道路法も同様の規定を持つ）。

なお、建設許可は一般には集中効は持たないので（このことを明記する例としてNW-LBO 75条3項2文）、もし他の法令により許可等が必要な場合には当該法令の許可も必要となる。

建設許可には附款を付することができる（RP-LBO 68条は附款の可能なことを前提としている）。附款の一般的な可能性と限界については行政手続法36条が規定している。

許可要件が満たされているならば、建設許可は付与されなければならない。その意味で、行為裁量はなく羈束的行為であるとされている⁹⁰⁾。

② 建設許可は、建設計画法規または建設規制法規からの例外（Ausnahme）または免除（Befreiung）を伴うことがある。連邦建設法典31条は地区詳細計画（B-Plan）確定からの例外と免除について、RP-LBO 67条はラント建設規制法からの例外と免除について定める。

NW-LBO 73条は例外と免除の区別をせずに特例（Abweichungen）と一括している⁽¹¹⁾。

例外は、計画ないし建設規制法の規定の性格が標準規定ないし soll 規定の場合またはあらかじめ例外を定めている場合に行われる。例外は、あらかじめ規定された例外要件に合致し、かつ公益上支障がない場合に認められる。

免除とは、例外の要件に該当しない場合に個別的に認められる建設計画法ないし建設規制法規からの特例である。連邦建設法典は、その要件を、1. 公益上の理由により免除が必要とされるか、2. 都市計画法上、特例が許容でき且つ計画の全体像が損なわれないか、3. 地区詳細計画（B-Plan）をそのまま履行することによって予想されていなかった不都合の生じることが明らかな場合のいずれかに該当し、且つ、隣人の利益を考慮しても、当該特例が公益に合致する場合としている（32条2項）。ラインラント・プファルツ建設規制法もほぼ同様の要件規定を定めている（RP-LBO 67条3項）。但し、同法は免除は建設主の申し出によることを明記している。

なお、連邦行政裁判所は、1993年に、連邦建設法31条2項の免除に関する要件はそれ自体が隣人保護規範であるという見解を示した。つまり、隣人は地区詳細計画（B-Plan）の規定が隣人保護的性格をもつかどうかにかかわらず、B-Plan からの免除を隣人が争える可能性が出てきたわけである。同判決は、隣人保護的に運用されない計画確定からの免除は違法であるとしている⁽¹²⁾。

③ 建設許可の中には簡易手続で行われるものがある。簡易許可手続の対象となる建設計画は、一定規模以下の住宅や暫定的に使用される予定の建物あるいはスポーツ施設等である。簡易許可手続では、連邦建設法及びその他の公法規定への適合性だけが審査される。すなわち建設規制法への適合性は審査されない。これは、建設規制法上は許可制のもとにおく必要はないが、建設計画法上、都市計画等への適合性

について審査する必要があるという趣旨である。この場合、許可申請のあった日から一ヶ月以内に諾否の決定がなされなければならない。行政庁は、重大な理由がある場合に最大二ヶ月までこの期間を延長することができる（重大な理由とは、特に他の行政庁の関与が必要な場合または例外若しくは免除をなす場合をいうとされている）。もし、この期間以内に決定がなされない場合には、許可があったものとみなされる（RP-LBO 65条）。

(4) 許 可 行 政 庁

許可行政庁は、原則として下級建設監督庁である。これは、クライス（規模は郡に相当しようが、日本の県のように法人格を有する団体である）、クライスに属さない市（いわゆる大都市）及びクライスに属する大都市（いわば中規模都市）におかれる¹³。

(5) 許 可 手 続

通常の許可手続は、次の通りである。

① 建設主による建設許可申請（Bauantrag）

許可申請は建設関係書類（Bauunterlagen）を添付して書面で行われる（RP-LBO 62条、NW-LBO 69条）。関係書類には建設土地図面（Lageplan：500分の1以上の公図に土地利用区分、隣接地、境界、接続する道路、排水施設等を記載したもの）、建設設計図（Bauzeichnungen）、建設計画説明書（Baubeschreibung：建設計画の内容と利用目的）、立地の安全その他技術上の証明書、排水施設の表示、開発制限地域の建設の場合は建設予定地の特徴を付した公式の地図等である¹⁴。後述するようにラインラント・プファルツ建設規制法は、隣人参加手続における隣人の建設土地図面と建設設計図に対する閲覧権を法定している（RP-LBO 66条2項）。

当該建設計画が隣人保護規範からの例外又は免除を必要とするときは、隣人の署名を添えて提出する。もし、署名がえられないときは、その旨を理由を付す。

ラインラント・プファルツでは、許可申請はゲマインデ（市町村）に提出することとされている。当該ゲマインデは、許可権限を有している場合を除き、当該許可申請を遅滞なく建設監督庁へ送付し、同時に当該建設計画に対する見解を決定する。ノルトライン・ヴェストファレンでは、建設許可庁に提出することとなっている。

② 建設監督庁による形式審査

建設監督庁はまず申請書類の形式審査を行う。形式審査は、土地管轄適合性、建設計画の許可対象性、簡易許可手続該当性の有無等及び申請書類の完備性である。ラインラント・プファルツでは書類の完備性は10日以内に審査されなければならない、不足の申請書類は追完されなければならない（つまり行政庁は追完を求めなければならない）とされている。追完にも関わらず建設関係書類が不足しているかこれらに重大な不備がある場合には、建設監督行政庁は申請を却下することができる。聴聞を行うことが手続の簡素化と迅速化に役立つ場合には、行政庁は遅滞なく聴聞期日を定める（RP-LBO 64条2項4文）。なお、ノルトライン・ヴェストファレンでは形式審査期間は1週間である（NW-LBO 72条）。

③ 本審査

形式審査後は本審査となる。ラインラント・プファルツでは許可申請書類が行政庁に到達して二ヶ月以内に当該申請についての決定をすることが不可能な場合には、行政庁は建設主に遅延の理由と予想される日程を書面で通知しなければならないとされている（RP-LBO 64条6項）。ノルトライン・ヴェストファレンではかかる事務処理期間規定はないが、実務では標準処理期間を三ヶ月として統計をとっているようである。

この段階で、他の行政庁の関与及び隣人の手続参加行われるが、隣人参加については後述する。

⑤ 決定と送達

建設許可は、建設許可証として書面で付与されなければならない。当該建設許可が隣人の異議に合致しないときの理由付記を課す例もある（後述）。建設許可は、隣人が異議を提出して、その異議が認められなかった場合には、異議を提出した隣人にも送達されなければならない。また、許可行政庁がゲマインデでない場合は関係ゲマインデに（RP-LBO 68条4項）、建設計画が営業施設である場合または営業地域である場合には営業監督行政庁にも通知されなければならない（RP-LBO 同条5項）。

二 建設許可手続への隣人参加

周知のように、ドイツでは行政手続法（VwVfG）が手続参加に関する一般的規律をしており、各ラントにおいても、ラント行政手続法が同法を援用する形でラントにおける行政手続を定めている。同時に、建設許可手続における隣人参加については、さらに各ラント建設規制法も隣人の手続参加に関する規定を設けている。つまり、建設許可手続への隣人参加に関しては、行政手続法による参加とラント建設規制法規定による手続参加とが考えられるのである。そのため、両者の適用関係も問題となる。

1 ラント建設規制法の隣人参加規定

隣人参加に関するラント建設規制法の規定の仕方には、大きく二つのタイプがある。ひとつは、参加者と異議の提出については特別規定を持ちつつ、その規定による参加はラント行政手続法による参加としての効力を持つとする例である。すなわち、聴聞が異議の提出に替わる他は行政手続法が適用される。バイエルンや旧東ドイツのチューリッゲンがこのような規定を有している。その他のラントがとる方式は、ラント建設規制法自体が独自の隣人参加規定を設け、その限りで行政

手続法の適用を排除するものである。後者から見ていくことにする。

(1) 独自の参加制度を規定する例

多くのラントは、建設規制法において独自の隣人参加規定を設けており、行政手続法の準用規定はない。規定内容は、細かな点においてラント間の差異があるものの、基本的な仕組みでは共通である。その概要は次の通りである。

① 手続に参加する隣人の範囲と参加の要件

対象となる隣人の範囲については、単に隣人（Nachbar）とする場合（ザーラント、ヘッセン、ブランデンブルグなど）、近隣の土地の所有者（Eigentümer benachbarter Grundstücke）¹⁵⁹とする場合（模範建設規制法やそれに準拠するザクセン・アンハルト、メクレン・フォアポルメンなどや、旧西ドイツのシュレスヴィッヒ・ホルシュタイン、ハンブルク、プレーメンなど）、及び境界線を共通にするという意味での隣接する土地の所有者（Anlieger または Angrenzer、以下「隣接者」という）に限定する場合がある（ラインラント・プファルツ、ノルトライン・ヴェストファレン、バーデン・ヴェルテンベルク）。

参加の要件として、隣人保護規定の特例が予定され、それによって公法上保護された隣人の利益が影響される可能性のあることを挙げるものが少なくない。例えば、ラインラント・プファルツは、建設許可申請について隣人の同意がなく、かつ「建設監督庁が隣人利益の保護を目的とする規定からの例外を許容し、あるいは免除を付与しようとする場合は、このことが隣人に知らせられなければならない」としている。ノルトライン・ヴェストファレンも同規定である。なお、免除の場合だけとするラントも少なくない（模範建設規制法とそれに倣うラント及びハンブルク）。

他方、バーデン・ヴェルテンベルグは、特例を要件とせず、隣人の建設同意のある場合と建設計画が隣接者の利益に影響を及ぼさないことが明らかである場合を除いて、隣接者に建設許可申請を告知するも

のとする。プレーメンも特例のあることを要件としていない。

この隣人の手続参加は、隣人の参加申出によって行われるのではなく、上記の要件がある場合に、行政庁が建設許可の申請のあったことを告知することによって開始されるとするのが一般的である。この点では、行政手続法13条2項による第三者の申し出による参加と手続的に異なっている。

② 隣人の同意署名

各ラントとも、隣人が手続に参加できる要件を備えた場合の隣接者の同意署名について規定している。すなわち、建設主は、手続に参加できる隣人がいる場合には、当該隣接者に建設設計を提示して署名を求めることができ、隣接者が署名をした場合または同意を表明した場合には、隣接者は異議提出権を失う。署名が得られない場合は、建設主は、その旨を付して建設許可申請書を提出する¹⁶⁾。

③ 建設許可申請があったことの隣人への告知 (benachrichten)

上述のように、行政庁は、当該申請にかかる建設許可に建設法規からの例外又は免除が必要と考えるならば、申請のあった旨を隣人に告知する。この行政庁とは、建設監督庁である場合もあるがゲマインデ(市町村)である場合も少なくない。なお、隣人が多数人の場合または隣接地所有者の所在が不明の場合の特別規定を設ける例がある。また、隣人が署名または同意表明をした場合には、この告知は不要とされている。

④ 書類閲覧権

ラント建設法が隣接者の書類の閲覧権を明文で認めている例は少ない(ザーラント、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、ラインラント・プファルツ、ハンブルグなど。プレーメンは建設主の費用で縦覧に付すとしている)。この場合の閲覧の対象はラントごとに若干の差があるが、ラインラント・プファルツでは建設土地図面と建設設計図とする(RP-LBO 66条2項2文)。なお、この書類閲覧については、

行政手続法には手続関係者の記録閲覧権に関しそれを一定の条件下で排除する規定があるが(行政手続法29条2項)、建設規制法にはこのような排除規定はない。

他方、ノルトライン・ヴェストファレン建設規制法はこの規定を欠き、また同法74条1項は、「隣接地所有者は同条2項から4項に従って参加しその限りでラント行政手続法は適用されない」と規定しているので行政手続法の適用をめぐる解釈問題が生じる余地があるが、建設規制法には書類閲覧に関する規定がないので行政手続法による記録閲覧権は影響されないと解釈されているようである⁴⁷⁾。筆者が聞き取りを行ったミュンスター市の実務もそのようにしていた。模範建設規制法及びそれに準拠するラントなどもかかる閲覧規定を欠くが同様に対応することができよう。

⑤ 隣人の異議の提出 (Einwendungen⁴⁸⁾)

隣人は、当該告知を受けた日から一定期間以内に建設監督庁に対して異議を提出することができる。この異議提出期間は、模範建設規制法やラインラント・プファルツ建設規制法では2週間であり(他にブレーメン、バーデン・ヴェルテンベルグ)、ノルトライン・ヴェストファレンでは一ヶ月とされている(ザーラントは一ヶ月の縦覧期間中)。ニーダーザクセンは相当の期間内とする。異議の提出は、書面または口頭(行政庁による録取を求める方法)のいずれかで行うことができる。

なお、この期間規定は、特段の規定のない限り、一般に排除効を持つものではないとされている。つまり、異議を期間内に提出しなかったとしても、後の異議審査請求や取消訴訟で主張が制限されるものではない⁴⁹⁾。

⑥ 建設許可の交付の隣人への送達と理由付記

隣人の異議が認められない場合は、建設監督庁は、建設許可を与えた旨を隣人に権利救済手段の教示を付して送達(Zustellung、書面に

よることを必要とする要式行為である) しなければならない。他方、異議が認められた場合には、送達は行われなくてもよいとするのが一般的である。ラインラント・プファルツ建設規制法は、さらに隣接者が当該期間に異議を提出しなかった場合にも、その者に建設許可を付与したことが権利救済手段の教示を付して隣人に送達されなければならないとしているが (RP-LBO 68条 3項)、かかる規定例は多くはない⁽²⁰⁾。

またラインラント・プファルツ建設規制法は異議が認められなかった場合の送達に理由付記義務を課しているが (RP-LBO 68条 1項)、ノルトライン・ヴェストファーレンは理由付記義務を設けていない⁽²¹⁾。

(2) ラント行政手続法を準用する例

他方、行政手続法を準用するバイエルン建設規制法は次のような規定を持っており (バイエルン建築規制法78条)、チューリンゲンもそれにならっている (同建設規制法69条)。

- ① 建設主は隣地所有者に予定地図と建設設計を示して署名を求める。署名は同意の効力を持つ。
- ② 署名がえられない場合は、建設主の求めに応じて、ゲマインデは建設申請のあったことを隣人に告知し、一定の異議提出期間を設定できる。隣人が同意しないか、隣人の異議が認められない場合は、建設許可の交付が隣人にも送達されなければならない。
- ③ 隣人はバイエルン行政手続法13条 1項 1号の意味での手続参加人とされる。但し、同法28条 (手続参加人の聴聞規定) は適用されない。行政手続法13条 1項 1号の手続参加人とは行政行為の申請者及び申請の相手方のことで、当然に手続当事者となる。つまり、参加を認める行政庁の決定は必要ではない。
- ④ 隣人が10人を超える場合は、建設監督行政庁は総代を選出するよう求めることができ、50人を超える場合は、許可の送達は公示

に代えることができる。この公示は建設許可に付随するものであり、権利救済手段の教示と書類閲覧場所の指示を行わなければならない。

この規定によれば、建設規制法による手続参加人となるのは、建設予定地の近隣土地所有者である。しかし、実務上は隣接する土地の所有者に限られているという²²⁾。なお、本法は隣人の参加を隣人保護規範からの例外または免除を伴う場合に限定していない。

行政手続法の手続参加人は、後述のように、行政庁の告知・説明を受ける権利（25条）、記録閲覧権（29条）、行政行為の送達を受ける地位（41条）を得ることになるが、聴聞に関する行政手続法の規定は適用されず、本条の異議提出に関する規定が適用される。なお、異議を提出する期間は法律上定められておらず、ゲマインデが設定することになる。

2 行政手続法による隣人参加

ここでは、行政手続法による隣人参加制度についてみることにする。

(1) 必要的参加と単純参加

行政手続法は、行政手続への利害関係のある第三者参加に関する仕組みを設けている。行政手続への第三者参加にとってその根拠となる条項は、行政手続法13条の手続参加人に関する規定である。

同条第1項は、手続参加人を、1. 申請者と申請相手方、2. 行政行為の宛人、3. 行政契約の相手方、4. 同条2項に基づき、行政庁より手続に参加させられた者としており、同条2項は次のように規定している。

（第1文）行政庁は、職権又は申立により、手続の完了によって自己の法的利益が影響されうる（berührt werden können）者を、手続参加人として参加させることができる。

（第2文）手続の結果が第三者に対し権利形成的効果を持つ場合は、

当該第三者は申立により手続に参加させられなければならない。当該第三者が行政庁に知られている限りで、行政庁は当該第三者に手続への開始を通知しなければならない。

従って、第三者の手続参加は13条2項に基づき行われることになる。2項による手続参加は、単純参加（第1文）と必要的参加（第2文）に分けられが、いずれも利害関係者の申立に基づき行政庁の決定よって参加人となる。

ここで問題となるのは、隣人の参加は必要的参加なのか単純参加なのかということである。それは行政手続法に即していえば、いかなる場合に隣人に対して権利形成的効果が生じるかという問題である。

権利形成的効果とは、第三者の権利を創設、変更、廃止する決定であり、二重効果的行政行為はかかる必要的参加の典型的場合とよくいわれている²³⁾。

もっとも、隣人に対し不利益的效果を持つ建設許可について、常に隣人の必要的手続参加権が認められるかということに関しては、必ずしも見解が一致していないようである。

① 隣人保護規範からの例外ないし免除の場合に必要的参加を認める見解

有力な見解として、予定されている建設許可が隣人保護規範からの例外ないし免除による場合は必要的参加に該当し、隣人保護規範をそのまま適用する場合や非隣人保護規範の例外ないし免除による建設許可の場合（例外ないし免除に関する連邦建設法典31条に隣人保護効果が認められるだけの場合）は、単純参加であるという説がある。オルトロフのとする見解である（なお、彼は第1文による参加を「任意参加」、第2文による参加を「義務的参加」と表現している）²⁴⁾。

彼は、「隣人の法的利益がただ単に影響されるだけか（13条2項第1文）、建設許可が隣人の利益に対して形成的効果を持って介入する

かどうかは、建設許可の内容と第三者の受ける不利益の具体的な状態によって判断されなければならない」として、そこにあっては行政庁の意図が判断基準となるとしている。すなわち「行政手続は適法な決定をなすことを目的としている。従って、第三者を手続へ関与させることの要件は、適法な決定の場合に、それが第三者の利益に影響するだけなのか、それとも第三者の権利を形成しようとするのかによって判断されなければならない」のである。つまり、事後的な権利救済手続と違い、違法な建設許可によって第三者の権利が害されるかどうかを判断基準とするのではないとするのである。さらに彼は、二重効果的行政行為である建設許可が常に権利形成的効果を持ちうるかどうかは問題のあるところとしたうえで、「私見によれば、建設許可が確認的效果（だけ）を持つか、それとも権利形成的効果を（も）持つかは、建築主に対してだけでなく、隣人に対しても区別されなければならない。建設許可が羈束的決定として行われる場合は、それは建築計画の実体的適法性を確認するだけである。この確認は、それが隣人保護規範にもとづいてなされるときには第三者効果を持つ。それに対し、権利形成的第三者効果は、建設許可が隣人保護規範からの例外ないし免除を伴う場合に、つまり行政庁がその裁量的決定によって建築主の権利を拡張し、隣人の権利を制限しようとする場合に初めて発生する」と述べる⁶⁵。

後者の場合、行政庁は規範自体が基本的に意図し形成したところを超えて隣人法関係を形成することになるのであり、この形成的効果により、隣人の手続参加が義務的となるのである。かくして、彼は以下のような場合が義務的参加に該当するとする。1. 建設計画法及び建設規制法の一般的隣人保護規範からの例外と免除、2. 建設計画法及び建設規制法の部分的保護規範（一般的に隣人保護規範とはいえないが、具体的状況において、特に利益を配慮されるべき第三者が存在しており、それ故に隣人保護効果を持つような規範のこと）からの例外

及び免除で、(その例外等の際に)考慮されるべき主観的法的地位において保護されている隣人の場合(その他の隣人は任意参加)、3. 連邦建設法典34条2項2文後段(の準用)による例外及び免除であって、もし地区詳細計画の確定であれば隣人保護効果をもつべき建築的利用の種類の特例の場合、4. 連邦建設法典37条の同意手続からの特例で、隣人保護規範に関する場合。

それに対し、任意参加の例として、次の四つの場合を挙げている。

1. 一般的ないし部分的隣人保護規範の羈束された執行、2. 地区詳細計画(B-Plan)の非隣人保護的性格の計画確定からの免除と例外(連邦建設法典31条2項により、隣人の利益をも考慮してなされる裁量的決定)、3. 連邦建設法典34条3項による免除(隣人の利益をも考慮してなされる裁量的決定)、4. ラント建築規制法の非隣人保護規範からの例外と免除で、その際に隣人の利害が考慮される場合。すなわち、隣人保護規範であっても建設許可が羈束されている場合や、非隣人保護規範であっても例外ないし免除がなされることによって、隣人に不利益が生じうる場合は、単純参加である。つまり、彼は、二重効果の行政行為の不利益者が常に行政手続法での必要的参加になるとはしていない。

② それに対し、コップは必要的参加の求められる場合を広くとらうとする²⁶。すなわち、彼は、行政行為が第三者に対して権利形成的効果を持つとは、「行政行為によって第三者の権利が、同時にかつ直接的に、形成、変更、廃止されるとき」ととらえ、「この意味での法的不利益性は、特に二重効果の行政行為の場合に常に生じている。例えば、建築主に利益を与え、隣人に不利益を与える建設許可」としている²⁶。なお、彼は、必要的参加の範囲を広く捉えようとする論者であったこともよく知られている。すなわち、彼は、法治国家的手続法の結果として、確認の行為並びに下命または禁止行為であっても、それが直接的かつ必然的に第三者の権利を侵害する限り、必要的参加の規定

が類推適用されなければならないとしている。特に二重効果的行政行為に関しては、第三者に対する法形成的効果を承認することによって必要的参加であるとしている。

③ フーヘンは、裁量収縮理論で、事実上、義務的参加となるという見解をとる²⁰⁾。彼は、権利形成的効果が生じるかどうかは手続の最終時に分かるものであって、参加決定時には不明確であり、参加の意義は、むしろ個人が権利形成的効果を証明するためにこそあると述べる。さらに、必要的参加は第三者に対する権利形成的効果のある場合だけに限定されそれ以上の参加は行政庁の裁量に委ねられているとする見解に対して、実務上、法的利益が影響され若しくはそのおそれのある場合（つまり任意的参加に該当する場合）であるにも関わらず、隣人の参加の申立を拒否できる場合は（いわゆる大量手続を除けば）殆どないことを指摘し、13条2項1文の裁量は殆どの場合ゼロに収縮していると述べる。

また、彼は、任意的手続参加と（権利形成的効果の場合に限定される）必要的手続参加を補完する概念として、憲法上「命じられた参加」あるいは「義務的参加」という概念をあげている。これは、その基本権が影響されようとする者は、権利形成的効果がなくとも、憲法上の要請として、手続に参加させなければならないというものである。彼は、基本権の侵害を受ける者は、保護規範が存在するかどうかとは別に、基本権に直接基づく出訴資格が与えられ、従って行政手続でも当事者性が主張できると述べる。

彼は、二重効果的行政行為が隣人に対しても権利形成的効果を持ちうるかどうかという視点で論じているわけではないが、上述のように、裁量収縮理論及び基本権（例えば所有権）を根拠に第三者の参加的地位を固めようとするのである。

(2) 手続参加人の権利

隣人は手続当事者となることによって、行政庁による告知説明（行

政手続法25条)、聴聞権(同28条)、記録閲覧権(同29条)、行政行為の通知(同41条1項)、決定理由告知(同39条)等の規定が適用される。これらの詳細は既に多くの紹介があるので、ここでは立ち入らない²⁸⁾。

なお、建設規制法による手続参加の場合との違いとして、次の点があげられよう。

- ① 建設規制法による手続参加は、隣人保護規範からの免除ないし例外がある場合に限定され、しかも隣接土地所有者に限定される場合があることである。
- ② 建設規制法の参加要件を備えた隣人は、申請によって手続参加者としての地位を得るのではなく、法律上当然に異議提出権や書類閲覧権が生じ、行政庁は隣人の申請を待たずに隣人に建設許可申請のあったことを通知しなければならない。これは、バイエルン建設規制法が本条の規定によって参加した隣人は、行政手続法13条1項1号の手続参加人とするという規定にも現れている。
- ③ 行政手続法による聴聞は原則として手続が終了するまで可能であるとされるが、建設規制法による異議提出は建設許可申請のあったことについて知らされてから二週間ないし一ヶ月とされている。
- ④ 行政手続法の聴聞の形式についての定めは特になく、書面でも口頭でもよいとされているが²⁹⁾、異議提出の場合は書面もしくは行政庁に録取を求める方法と明記されている(RP-LBO 66条2項、NW-LBO 74条2項)。
- ⑤ 行政手続法には聴聞の排除規定があるのに対し、建設規制法の場合、隣人が建設に同意した場合を除き、異議提出権の排除規定はない。
- ⑥ 書類閲覧権に関しては、建設規制法でこれを明記する場合と特に規定しない場合がある。後者の場合には、建設規制法による隣人参加の場合に行政手続法による書類閲覧権の可否が問題となる。なお、書類閲覧権を明記している場合、対象が建設土地図面と建設設計図等と明記されるが、行政手続法28条2項のような閲覧制限規定はない。

⑦ 行政行為の通知に関しては、行政手続法では権利が影響される手続参加人に対しては通知されなければならないとされているのに対し、建設規制法では異議を提出した者に対して、その異議が認められなかった場合に要式行為である送達を規定する例が多い。

⑧ 建設規制法による参加にあつては、建設計画に対する隣人の同意が重視され、同意があると異議提出権等を失う。これは、行政手続法には一般的には存在しない規定である⁹⁰（もっとも、隣人が同意する場合には、参加の申出をしないことが予想されるが）。

3 検 討

(1) ラント建設規制法の隣人参加規定と行政手続法との関係

建設規制法が隣人にとって特に手厚い参加規定を保障しているとは一概にいいがたい。また、行政手続法によって参加できる範囲と建設規制法によって参加できる者の範囲は一致していない。そこで、行政手続法と建設規制法による隣人参加手続規定との適用関係が問題となる。

両者の関係を一般法と特別法の関係としてとらえ、ラント建設規制法に特別の規定がない限り行政手続法が適用されるとする見解が有力である。例えば、グローテフェルスは、建設規制法の隣人参加規定を行政手続法の一般的規律の特別規範としたうえで、建設規制法により参加する隣人の範囲が限定されていることを指摘して、建設規制法では規定されていない場合に、行政手続法13条2項に立ち帰ることで、「建設許可によって隣人の法的利益が——例えば非隣人保護規範からの例外ないし免除によって——影響を受ける場合は、行政庁は同項1文により、職権又は申立によって、隣人を参加させることができる。建設許可が建設主の権利を拡大し隣人の権利を縮小というような権利形成的効果を持つ場合（それは、特に建設計画法及び建設規制法の隣人保護規範からの例外及び免除の場合がそうなのであるが）、隣人は

13条2項2文により申立によって手続に参加させられなければならない」と述べている⁶¹⁾。

また、シュテルケンスは、ノルトライン・ヴェストファレンの1984年建設規制法を素材にして、隣接者以外の行政手続法に基づく手続参加権、特例以外の場合の隣接者の手続参加権、記録閲覧権（上述のように同建設規制法は手続参加者の記録閲覧権を明記していないが、彼は同法に基づく手続参加者の記録閲覧権だけでなく、手続参加者以外の記録閲覧の可能性についても論じている）、異議申出期間経過後の異議の提出の可能性、異議が認められた場合の建設許可の隣人への告知の必要性、等を論じている。彼は、建設規制法は行政手続法の補充的性格を持つべきであって、建設規制法により参加した隣人の地位が行政手続法より弱められるべきではないという問題意識の下に論じており、もし建設規制法の立法者が手続参加者の範囲を限定する意図であったならば、それは憲法及び公正手続原理に反するものとなるうとしている⁶²⁾。この立論は、現行建設規制法（1995年法）の隣人参加規定（74条）についての別の著者による解説にも採用されており、74条の本質的部分は隣接者に特例許可に先立つ告知義務を定めたところにあるとされ、それ以外の手続参加は、隣接者であれ隣接者以外の不利益を受ける者であれ、同ラント行政手続法によってなされると述べられている⁶³⁾。

なお、筆者が聞き取りを行ったミュンスター市（ノルトライン・ヴェストファレン）の建設許可実務によれば、建設許可手続への隣人参加は特例の場合の隣接者に限られているが、隣接者の書類閲覧権は行政手続法により当然に認められるとのことであった。また、ラインラント・プファルツのマインツ市でも手続参加は隣接者に限定されているとのことである。

(2) 建設規制法による隣人参加制度の問題点

上述したように建設規制法による手続参加以外は行政手続法による

参加が可能であると立論するとしても、建設規制法による隣人参加が例外ないし免除のある場合の隣接地所有者に限定される規定があり、そして、実務もそのように運用しているとすれば、やはり行政手続法の必要的参加規定とどのように整合するのか疑問である。一つの可能性としては、建設規制法で規定する場合と行政手続法の必要的参加の場合と合致しているという筋が考えられる。上述のようにオルトロフらは、隣人保護規範からの免除ないし例外の場合にのみ、権利形成的効果が認めらるとしていた。かかる見解からすれば、隣接者以外が保護対象でない限り、建設規制法の隣人参加の範囲は必要的参加の認められる場合と合致することになる。それ以外の隣人ないし第三者が参加を求めた場合は、それは単純参加のケースに該当することになるので、それを拒否したからといって裁量権行使に濫用がない限り違法な手続となることはないという説明である。

しかし、問題点は残る。第一に、隣人保護的規範からの例外ないし免除以外の場合にも隣人には権利の侵害が生じないかという問題が生じうる。すなわち、たとえ例外ないし免除を伴わない場合でも、隣人保護規範に違反して建設許可がなされる場合は、隣人の権利が侵害される可能性があるのであり、かかる場合の隣人の参加はどのようになされるのかという問題である。この場合には、行政手続法でいう権利形成的効果の意味が重要な解釈問題となる。第二に、隣接者以外の隣人参加の可能性である。特に、大規模建設の場合は、隣接者以外の者が不利益を受ける可能性が大きい。隣接者以外の隣人もも保護する目的規範からの特例がなされるとすれば、それは彼らに対しても権利形成的効果を持つはずである。第三に、土地所有者以外の参加の可能性である。建設規制を財産権衝突の調整とするならば、たしかに土地所有者が保護対象となるが、生活環境の保護も建設規制の保護目的であるとすれば、居住者の参加も重要になるはずである。これらの者が少なくとも行政手続法によって手続参加することは、理論的には可能で

あろう。

この問題の背景には、ラント建設規制法が基本的に隣人相互の財産権衝突の消極的な行政法的調整を主たる目的とするものという観念が強いのではないと思われる。しかし、建設許可においては連邦建設法典をはじめとして建設計画法も審査対象となるものであり、ここに手続参加者の範囲をめぐる齟齬が生じているのではないかと思う。先に紹介した建設規制法の隣人参加規定について、行政手続法の補充的適用を主張する見解は、これらの問題点を指摘していたわけである⁶⁴。これらの点は、建設許可をめぐる隣人紛争の実態を調査した上でさらに検討することが必要であろう。

なお、建設規制法の手続参加者としての隣人の規定が実体的意味を持つものではなく、建設規制法による手続参加者を特定する手続法的意味しか持たないことは一般に認められた見解である。従って、これらの規定する隣人（例えば隣接地の所有者）以外の者も実体的に不利益を受ける場合があるし、その場合に建設許可に対する権利救済手段が保障されることに異論はない。

(3) 隣人参加の意義

上述のような疑問点を残しつつも、建設規制法による隣人参加は、隣接者に限っているとはいえ、相当積極的に行われているように思える。その背景には、当然にドイツの歴史的・社会的背景があるであろうが、同時に建設規制法に隣人参加規定の明定されていることもそれを支えているであろうと思われる。

さて隣人の手続参加の意義は、第一には隣人の権利保護にある。筆者がマインツ市とミュンスター市で建設監督庁の担当者にインタビューした限りでは、いずれにあっても、担当者は隣人の異議は許可するかどうかの判断に確実に影響を及ぼし、特に仮に建設許可を出して隣人の異議審査請求が認められそうな時には、申請者に申請の変更ないし取り下げを勧めるし（マインツ市）、建設主がそれに応じない

場合は申請を却下する（両市とも）、ということであった³⁵。なお、建設許可においては隣人の同意が重視されていることも特徴のひとつである。この点はイミッション法による許可手続の場合と異なっている。

また、隣人への教示を付した建設許可の送達の制度も重要である。日本では、第三者に原告適格が認められるようなケースでも、第三者が処分の有無や処分日あるいは処分庁を容易に知りえないことが少なくない。

隣人参加規定のもう一つの意義は、建設主保護にあると言われている³⁶。つまり、隣人の権利が侵害される場合に、隣人への通知を義務づけることによって、異議審査請求期間ないし出訴期間を進行させることであり、さらに隣人同意規定によって、異議提出権そのものを失権させることである。筆者の行った聞き取りにおいても建設監督庁の担当者がこの点を指摘していた。

三 住宅建設許可制度廃止の問題

ところで、近年、行政手続の簡素化の一環として、地区詳細計画（B-Plan）に合致した建設計画について、それを建設許可の対象から除外する規定例が増えてきている。これは、隣人の保護にとっても重要な問題となるので、最後にこの点を紹介しておきたい³⁷。

この動きは、一連の行政手続の簡素化・迅速化の動きの一環として実施されてきたものである。細かな点に違いはあるものの、基本的な点は各ラントで共通している。以下では、主にラインラント・プファルツとノルトライン・ヴェストファレンの建設規制法を紹介する。

(1) 建設許可不要の対象と手続

① ラインラント・プファルツ建設規制法

ラインラント・プファルツ建設規制法65 a 条は、地区詳細計画

(B-Plan) に合致する住宅建設が例外または免除を必要としない場合には、それを許可対象外とする。すなわち、完全 B-Plan 適用地域または建設法典措置法 (Maßnahmengesetz zum BauGB) 7 条に規定する条例 (B-Plan に代替する条例) が適用される地域での一定規模以下の住宅 (一世帯用住宅など) の建設計画は、当該建設計画が B-Plan 確定や条例に合致し且つ地域整備が確実である場合には、建設許可は不要とする。但し、ゲマインデが許可手続が履行されるべきものと表明した場合はこの限りではない。本条に該当する場合は、建築設計等一件書類をゲマインデに提出し、当該ゲマインデが許可手続不要を表明するか又は書類提出後一ヶ月を経過すれば、建設を開始することができる。当該建設計画が公法規範に合致しないとゲマインデが考えるときには、許可手続必要の見解を示す。その場合には、一件書類は返戻されるか、建築主の申告によって、建設許可申請書として取り扱うことができる。なお、建築主は、申立てによって建設許可手続を実施するよう請求することができる。

② ノルトライン・ヴェストファレン建設規制法

ノルトライン・ヴェストファレン建設規制法も、完全 B-Plan 適用区域及び建設法典措置法 7 条の意味での条例制定区域での低層及び中層の住宅建設を、一定の要件の下で許可不要としている (67 条)。その要件は、1. B-Plan 確定または条例及び建設規制法 86 条による地域的建設規制に合致すること (従って特例は許可対象となる)、2. 地区整備が確実であること、3. ゲマインデが建設設計書の到達後一ヶ月以内に許可手続が必要であると表明しないこと、である。建設主は、ゲマインデが許可不要の見解を書面としたとき又はゲマインデが許可手続を必要であると表明しないまま一ヶ月を経過したときは、建設を開始することができる。

ラインラント・プファルツとの主な違いは、中層住宅や二世帯住宅も一定の要件の下に許可不要となること及び建設主の申立てによる許

可手続がないことである。

(2) 隣人保護との関係

この許可不要制度の導入に関する議論は様々な論点からなされているが、デーゲンハルトは隣人保護の観点からの疑問を提出している⁶⁹。

彼は、許可手続の廃止は隣人の手続参加を不可能にするだけでなく、行政行為の欠如が隣人保護の結節点を欠き実効性のある隣人保護も困難になるとしている。そして、行政行為を欠く場合の隣人の権利救済手段について、公法上の予防的差止訴訟や工事の禁止ないし停止を求める介入義務づけ訴訟では隣人の保護は実効的になされないとし、さらに私法上の訴訟も権利救済の不備を補完するものとはなりえないとする。その際、彼は、公法上の権限行使の適法性が争われているのに、それを私人間の紛争解決に私化するのは許されないとしている。さらに、許可の存続効が生じないため、建設主にとってもその法的地位が不安定になると述べている。

もとより、本稿はドイツのこのような法改正の是非を論じるものではないが、この許可不要をめぐる議論が提起したひとつの問題は、一連の行政手続・行政訴訟を通じる広い意味での行政手続における行政行為の持つ位置であったように思う。すなわち、建設行為のように建設主と隣人との利益がしばしば衝突するものにあって、建設行為自体を隣人ないし周辺住民保護及び土地利用の観点から許可の下におく場合は、建設許可（行政行為）が事前手続的にも事後救済的にも隣人の関与の結節点となっているということである。

デーゲンハルトの述べるように、許可の不存在は、隣人にとっての手続的関与の手がかりをなくすものになる。行政行為が行政手続の主要な対象行為であり、同時に行政訴訟上の対象行為であるドイツや日本の制度からすれば当然のことであるかも知れないが、隣人や第三者の関与もこの行政行為である建設許可を対象として行われている。

筆者としては、現行ドイツの建設許可制度でいえば、条例の形式で

なされる B-Plan の策定と行政行為の形式でなされる建設許可が、一連の建設規制行政の結節点をなしていると考えている。この二つの法的行為を節として、住民の参加及び利害関係当事者の参加がなされ、行政の判断がなされ、その判断の当否が訴訟によって審査されるといふ仕組みになっているのである。従って、行政庁の隣人利益への考慮が適法になされたかの判断も、これらを通して審査される。この二つの法的行為を結節点に隣人の関与の仕組みを考察することが重要であろうと考えているが、今後の課題としたい。

- (1) 「〈座談会〉行政手続法の制定と今後の課題」ジュリスト1039 (1994. 2. 15) p. 8 (塩野宏発言、p. 22)、原田尚彦「行政手続法の制定と「参加」の視点」一橋論叢110-1-45 (1993年) 特に p. 55以下、兼子仁『行政法学』岩波書店 (1997年) p. 69など。
- (2) ドイツ行政手続法における第三者の手続参加については、高木光『技術基準と行政手続』弘文堂 (1995年)、特に「第二編 行政手続」、海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂 (1992年) を参照。
- (3) 建設規制法による隣人参加制度がいつから行われているかについて詳しく調べることはできなかった。しかし、W-R Schenke, Bauordnungsrecht, in Achterberg/Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, C.F.Müller (1990), S. 471, Fn. 192 に、1935年にはバーデンのラント建設規制法に隣人参加規定のあったことが示されている。
- (4) ドイツの建設許可制度については、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」別冊都市計画14 (1979年) p. 103、建設規制法については、ヴァインフリート・ブローム／大橋洋一『都市計画法の比較研究』日本評論社 (1995年) p. 46以下参照。
- (5) 連邦建設法典の建設的施設は、①継続的に設置する意図のもとに土地に人工的に固定されたあらゆる施設であり、②土地計画法上の重要性を持つこと (すなわち、当該施設によって建設法典1条5項の示す利害が影響されること) 二つ要素からなるとされている (BVerwG, Urt. v. 31.

8. 1973, E44, 59 = BRS 27, Nr. 122)。連邦建設法の建設的施設概念は、ラント建設規制法のそれと完全にはないにせよ、ほぼ一致するという。Finkelburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht (Band I), C. H. Beck (1995), S. 298.

筆者はこれまで Vorhaben を「建築計画」と訳していたが、ラント建設法の規定から分かるように盛土、切土、ゴルフ場などもその対象となるので「建設計画」という訳語に変更した。同様の趣旨から、Bauordnung も「建築規制法」から「建設規制法」に変更した。

- (6) 建設予備決定 (Bauvorbescheid) とは、建設主が建設計画の個々の問題点について書面による決定を求めるものであり、Bebauungsgenehmigung と称されることもある。それはある建設計画が公法規範に合致することを確認する確認の行政行為としての性質を持ち、その後の建設確認手続を拘束する。建設事前確認の効力は、一般に2年間とされている (RP-LBO 69条、NW-LBO 71条)。部分許可 (Teilbaugenehmigung) は、建設許可申請後に、一部の建設工事に対してなされる許可である (RP-LBO 70条、NW-LBO 76条)。類型的許可 (Typengenehmigung) は、多数の地点で同一の施工方法によって建設される施設に対して、最上級建設監督庁より与えられる許可で、当該建設計画が建設規制法規に合致していること、各行政目的にてらして有用性のあること、類型的許可を行うことに公益の認められることが要件である。但し、類型的許可は個々の建設計画について許可手続を免除するものではなく、建設規制法規への適合性について建設許可手続を拘束するものである (RP-LBO 72条、NW-LBO 79条)。なお、部分決定や建設予備決定については、乙部哲郎「西ドイツ部分許可と予備決定の法律問題」神戸学院法学15-1-1 (1984年) 参照。

- (7) Finkelburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht (Band II): Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, 3. Aufl., C. H. Beck (1995), S. 73.

- (8) 計画確定手続及び連邦イミッション法による許可の集中効については、山田洋『大規模施設設置手続の法構造』信山社 (1995年) p. 115以下参照。

- (9) Ley/Messer, Grundriß des Baurechts für Rheinland-Pfalz, Eva Ley (1995), S. 179.
- (10) Finkelnburg/Ortloff, aaO., S. 95; Ley/Messer, aaO., S. 180.
- (11) 筆者は、これまで Befreiung を「特例」と訳していたが、Befreiung は Dispens と同義で使われることが多いことや、Abweichung に「特例」という訳語がふさわしいと考えたので、Befreiung には「免除」という訳語を当てることにした。なお、Abweichung (特例) は、Ausnahme (例外) と Befreiung (免除) を含む概念である。建設規制法が Ausnahme と Befreiung に代えて Abweichung という用語を採用する傾向にあることについて、Hoppe/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 1. Aufl., C. H. Beck (1995), S. 583; Boeddingshaus/Hahn/Schulte, Die neue Bauordnung in Nordrhein-Westfalen, 1. Aufl., REHM (1995), S. 211. 参照。
- (12) BVewG, Urt. v. 16. 9. 1993, DVBl. 1994, 285.
- (13) 建設監督行政は最上級、上級、下級の三段階に分かれている。ラインラント・プファルツ州では、最上級建設監督庁はラント財務相であり、上級建設監督庁は行政管区 (Bezirksregierung) である。ちなみにラインラント・プファルツ州には三つの行政管区がある。最上級及び上級建設監督庁の担当事務は法律で個別に規定されており、その他の事務は下級建設監督庁の管轄である。建設許可に関する事務の他、建設工事に関する監督事務 (工事停止命令権など) や違法建築物に対する使用停止ないし除去命令権などに下級建設監督庁の担当する事務は多岐にわたる。ノルトライン・ヴェストファレンでもほぼ同じである。
- (14) Ley/Messer, aaO., S. 186; Werner/Pastor/Müller, Lexikon des Baurechts, 5. Aufl., C. H. Beck (1988), S. 109.
- (15) benachbarte Grundstücke に「隣接している土地」という意味があるかどうかについて、同様の規定を持つバイエルン建設規制法の解説は、隣人の空間的範囲は建設計画によって決まることになるが、実務上は直接隣接する土地所有者に限定されているという説明があるので、benachbarte 自体には、「隣接」という意味はないと考えた。H. Dürr/H. König, Baurecht für Bayern, 3. Aufl., Nomos (1995), S. 155. なお、

Schenke, aaO., S. 469 以下参照。

- (16) 筆者が聞き取りを行ったミュンスター市の場合、同意署名の拒否は建設許可申請の半数を超えるとのことであった。拒否理由は建物間隔距離によるもので、特に家屋内部が見られること (Einsichtbarkeit) が具体的にあげられることが多いという。
- (17) P. Stelkens, Neue allgemeine Verfahrensregeln durch die Landesbauordnung Nordrhein-Westfalen? BauR 1986, 390 (395).
- (18) ここでの異議 (Einwendungen) は、いうまでもなく事前手続のひとつである。事後救済手続である「異議審査請求」や日本の「異議申立て」と区別するために、Einwendung vorbringen には「異議の提出」という訳語をあてることにした。
- (19) W.-R. Schenke, aaO., S. 473; Stelkens, aaO., BauR 1986, 390 (395). 排除効については、山田・前掲書p.148。なお、バーデン・ヴュルテンベルグやザラントは排除効を認める規定の仕方である。
- (20) ある解説書は、66条による必要的参加者以外にも通知する方が得策であるとしている。なぜなら、出訴期間の進行開始は、建築主にとっても有意義だからである。つまり、必要的参加者以外にも出訴資格を有する者がいることを前提としている。C. M. Jeromin, Kommentar zur LBauO Rheinland-Pfalz, Luchterhand (1995) §68, 11. 2.
- (21) コップは、仮に手続に参加していなくても、ある者の法的利益が害される場合には、行政庁は当該利害関係者に行政行為を通知すべきものとしている。他方、手続の結果、手続に参加した隣人の利益が害されないと判明した場合は、通知はなされなくてもよいと解している。F. O. Kopp, VwVfG, 6. Aufl., C. H. Beck (1996), S. 894-895.
- (22) 注(19)参照。
- (23) Kopp, aaO., S. 274(§13 Rn. 30); Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag (1995), S. 169; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 3. Aufl., C. H. Beck (1990), S. 281 (§13 Rn. 31).
- (24) Finkelnburg/Ortloff, aaO., S. 208ff. Hoppe/Grotfels, aaO., S. 580 も必

要的参加の例として隣人保護規範からの免除をあげ、単純参加の例としては、非隣人保護規範からの特例の場合をあげている。

- ②5 Finkelnburg/Ortloff, aaO., S. 209.
- ②6 Kopp, aaO., S. 274. 彼は必要的参加の拡張論者として知られている。海老沢・前掲書 p. 148参照。
- ②7 F. Hufen, Fehler im verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Nomos (1991), S. 127f. なお、コップも裁量収縮論を述べていることについて、海老沢・前掲書同頁。
- ②8 海老沢・前掲書、高木・前掲書等。なお、聴聞権を手続参加とは独自の制度と捉え、手続参加人でなくとも聴聞権があるとする見解もある。T. J. Horn, Das Anhörungsrecht des mit Drittwirkung Betroffenen nach §28 VwVfG, DÖV 1987, 20.
- ②9 Ule/Laubinger, aaO., S. 238.
- ③0 この点に関し、筆者が聞き取りを行ったミュンスター市の担当者は、住宅建設許可は隣人の同意の有無が決定的であるが、例えば営業施設の建設許可の審査に際しては、隣人の異議の有無に関わらず、隣人に対する違法な利益侵害がないかどうかを審査すると語っていた。
- ③1 Hoppe/Grotefels, aaO., S. 580. (Grotefels 執筆部分) また、同様の指摘をするものに、Schenke, aaO., S. 469.
- ③2 P. Stelkens, aaO., BauR 1986, 390 (395).
- ③3 Boeddingshaus/Hahn/Schulte, aaO., S. 217. (Schulte 執筆部分。著者はノルトライン・ヴェストファレン上級行政裁判所裁判官である。)
- ③4 シュテルケンスは、上述(本書 p. 118)の議論において、許可手続参加者が隣接土地所有者に限定されることを南ドイツの伝統で説明することはできないと述べている。なお、注(3)参照。
- ③5 聞き取りによれば、建設許可申請が却下されたのは、マインツ市では1,161申請中21件(1995年)、ミュンスター市では1,675件中27件(同年)ということであるが、それがすべて隣人の異議によるものであるかは不明である。
- ③6 例えば、Dürr/König, aaO., S. 156; Finkelnburg/Ortloff, aaO., S. 204

など参照。

(37) この建設許可不要への法改正問題については数多くの論文が発表されているが、隣人保護の視点から論じるものに、C. Degenhart, *Genehmigungsfreies Bauen und Rechtsschutz des Nachbarn*, NJW 1996, 1433 がある。またこの論文では、各ラントの法改正の概要が整理されており、またこの問題に関する文献も豊富に紹介されている。その他、建設許可手続簡素化について各ラントの状況を紹介し、検討を加えるものに、K.-M. Ortloff, *Abschied von der Baugenehmigung—Beginn beschleunigten Bauens?*, NVwZ 1995, 112 がある。

(38) Degenhart, aaO. なお、Ortloff, aaO., S. 118 は、これらの法改正によっても、隣人紛争において、特に建設主が有利になることはないと述べている。

(本稿執筆にあたって、国際ロータリー財団より在外研究の援助を受けた。
記して謝意を表したい。)