

義務付け訴訟と裁量収縮

—ドイツにおける公法上の隣人保護の一断面—

湊 二郎

はじめに

- 1 私法上の隣人保護との関係
- 2 「べき」規定
- 3 建築許可取消後の結果除去
- 4 被害の程度・侵害行為の態様
- 5 建築許可手続の規制緩和

おわりに

はじめに

(1) 本稿の目的と対象

建築制限に違反する建築物について、その周辺住民が、行政庁の規制権限発動を求めることがある。例えば国立マンション行政訴訟第1審では、原告住民は、被告行政庁は建築中のマンションについて高さ20mを超える部分の建築禁止命令および除却命令をせよとの請求(義務付け請求)を行った⁽¹⁾。当時においては、義務付け請求に係る訴えは法定外抗告訴訟であったが、行政事件訴訟法は平成16年改正によりこの訴えを「義務付けの訴え」として法定した。これを契機に、今後は違反建築物の周辺住民が行政庁の規制権限発動を求めて義務付け訴訟を提起する事例も増加するのではないかと思われる。しかし、判例の蓄積はほとんどなく、この種の義務付け訴訟をどのように運用し発展させていくべきなのかは必ずしも明確ではない。

そこで本稿は、ドイツにおける法状況に注目する。ドイツの行政裁判所法(VwGO)は、その制定当初(1960年)から義務付け訴訟(Verpflich-

⁽¹⁾東京地判平成13年12月4日判例時報1791号3頁。

tungsklage) を法定し、現在に至っている。違法建築物について、その近隣住民（ドイツでは通例「隣人 (Nachbar)」と呼ばれる）が行政庁の規制権限発動を求め、義務付け訴訟を提起することはもちろん、裁判所が義務付け判決を下すことも少なくない。現在では、このような事例は公法上の隣人保護 (Nachbarschutz) の典型例の一つとして理解されているが⁽²⁾、これに関するドイツの法制度および裁判例を分析することは、今後の日本法の発展にとって有益であると考えられる⁽³⁾。

(2) 無瑕疵裁量行使請求権と行政介入請求権

行政裁判所法42条2項によれば、原告が、行政行為の拒否または不作為によって自己の権利を侵害されていると主張する場合に、義務付け訴訟の提起が許される。そして同法113条5項は、次のように規定している。「行政行為の拒否又は不作為が違法であり、原告がそれによって権利を侵害されている場合、裁判所は、事案が判決に熟している (spruchreif) ときは、求められた職務活動を実施することを行政庁に義務付ける判決をする。そうでないときは、裁判所の法解釈を顧慮して原告に応答することを義務付ける判決をする」。

従って、違法建築物の隣人が行政庁の規制権限発動を訴求しようとする場合、当該隣人が行政行為の違法な拒否または不作為によって侵害される「権利」を有していることが必要となる。一般に、そのような権利は、公益を保護するだけでなく、当該隣人の利益をも保護する規範から生ずるものと解されている (保護規範理論)⁽⁴⁾。ある規定が隣人保護規範であるかどうかは、文

⁽²⁾ Vgl. Klaus Finkelnburg / Karsten-Michael Ortloff, Öffentliches Baurecht, Bd. 2., 5. Aufl. (2005), S. 302-310; Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. (2002), § 30 Rn. 24-25; Achim Seidel, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz (2000), Rn. 247-315.

⁽³⁾ 本稿に関連する先行研究として、原田尚彦『環境権と裁判』(弘文堂, 1977年) 183頁以下、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護 (1) (2・完) ——警察介入請求権をめぐる学説と判例」阪大法学 139号 117頁以下、140号 137頁以下(1986年)、山本隆司「新たな訴訟類型の活用のために——ドイツ法の視点から」法律のひろば 57巻 10号 (2004年) 40頁以下等がある。

⁽⁴⁾ 保護規範理論については、さしあたり、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ (下)」ジュリスト 1239号 (2003年) 109頁以下を参照。

面上明らかであることは少なく、その趣旨・目的に着目した解釈の結果判明するのが通例である。現在のところ、隣人保護規範であることに異論のないものとしては、地区詳細計画 (Bebauungsplan) の指定 (建築物の用途に関するもの)、周辺に受忍限度を超える被害を及ぼすことを禁止する配慮要請 (Rücksichtnahmegebot)、建築物の周囲に一定の空地を設けることを求める間隔地 (Abstandsflächen) 規定が挙げられる⁽⁵⁾。

ただし、隣人保護規範に違反する建築物が存在する場合に、当該規範により保護された隣人が当然に行政庁の規制権限発動を求める権利を有することになるのかは問題となる。ドイツ各州の建築規制法 (Bauordnung) は、公法規定違反の建築行為がある場合、建築監督庁 (Bauaufsichtsbehörde) は建築中止や除却を命ずることができる旨規定しているが、ここでは当該権限を発動するか否かについて行政庁に裁量が認められている⁽⁶⁾。問題の建築物が違反している公法規定が隣人保護規範であったとしても、規制権限を発動するか否かはあくまでも行政庁の裁量に委ねられるとすれば、隣人は行政庁に対して「無瑕疵裁量行使請求権 (Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung)」を主張しうるにとどまる⁽⁷⁾。このような場合、行政庁は当然に規制権限発動を義務付けられるとはいえない。行政庁の瑕疵のない裁量判断により、規制権限を発動しないとの決定がされることも考えられる。

しかし他方で、隣人が行政庁の規制権限発動を求める権利すなわち「行政介入請求権 (Anspruch auf behördliches Einschreiten)」を有しうることも、一般に認められている⁽⁸⁾。連邦行政裁判所は、既に1960年8月18日判決にお

⁽⁵⁾ Vgl. Karsten-Michael Ortloff, Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, NVwZ 2004, 934 (940-941); Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. (2005), § 14 Rn. 98, 100, 104-108.

⁽⁶⁾ Vgl. Renate Köhler-Rott, in: Gerhard Hans Reichel / Bernd H. Schulte (Hrsg.), Handbuch Bauordnungsrecht (2004), 15. Kap. Rn. 165, 239, 343. ちなみに、バイエルン州建築規制法によると、「施設が公法規定に違反して設置、変更、取壊又は除去される場合、建築監督庁は工事の中止を命ずることができる」(81条1項1文)。「施設が公法規定に違反して設置又は変更される場合、他の方法では適法な状態を回復することができないときは、建築監督庁は施設の全部又は一部の除去を命ずることができる」(同法82条1文)。

⁽⁷⁾ Vgl. Finkelnburg / Ortloff (Anm. 2), S. 304; Brohm (Anm. 2), § 30 Rn. 24.

⁽⁸⁾ Vgl. Hans-Cord Sarnighausen, Zum Nachbaranspruch auf baubehördliches Einschreiten, NJW 1993, 1623 (1623).

いて、次のように判示していた。「侵害または危険の強度が高い場合、介入を行わないという行政庁の決定は、状況によっては、完全に裁量の瑕疵がある (ermessensfehlerhaft) ことが明らかとなりうる。従って、法的に与えられた裁量の自由が実際上収縮して、裁量の瑕疵のない唯一の決定、すなわち介入を行う決定しか考えられず、せいぜい介入の態様 (Wie) について行政庁に利用可能な裁量の余地が残る、ということがある。この特別な要件の下では、それ自体としては裁量の瑕疵のない行政庁の決定を求めるにすぎない請求権が、実際上の結論において、一定の行政活動を求める厳密な (strikt) 請求権に等しいものとなりうる⁽⁹⁾」。このような場合には、行政庁は少なくとも規制権限の発動を義務付けられることになる⁽¹⁰⁾。

以上の通り、ドイツにおいて違法建築物の隣人が行政庁の規制権限発動を訴求しようとする場合、当該建築物が隣人保護規範に違反するものであるかという点だけでなく、規制権限を発動するか否かについての行政庁の裁量が収縮して、行政介入請求権が成立するかという点も、隣人の権利保護上重要な意義を有している。そこで以下では、後者の問題をめぐる学説・判例を分析する(本稿1～5)。その結果として得られた知見に基づき日本法がどのように評価されるかについては、最後に指摘する(本稿おわりに)。

1 私法上の隣人保護との関係

(1) 私法上の防禦請求権

違法建築物により不利益を受ける隣人は、行政庁の規制権限発動を求めなければならないわけではない。当該建築物の建築主に対して、侵害の除去等を求めることも可能である。民法典 (BGB) によると、所有権が侵害される場合、所有者は侵害者に対して侵害の除去または不作為を請求することができる (1004条1項)⁽¹¹⁾。さらに、民法の学説・判例は、民法典823条2項にい

⁽⁹⁾BVerwG, Urteil vom 18. 8. 1960, BVerwGE 11, 95 (97). 本判決については、原田尚彦・前掲注 (3) 199頁以下も参照。

⁽¹⁰⁾ただし、どのような規制をするかについて行政庁に裁量が残る場合には、義務付け訴訟の判決は、その限りで「裁判所の法解釈を顧慮して原告に応答することを義務付ける判決」になる。Vgl. OVG Berlin, Urteil vom 14. 5. 1982, NJW 1983, 777 (779); OVG Lüneburg, Urteil vom 16. 5. 1988, BauR 1989, 188 (189).

う保護法律 (Schutzgesetz) に違反する行為により被害を受ける者も、侵害者に対して侵害の除去または不作為を請求することができるものと解しており、注目される⁽¹²⁾。

民法典823条1項によると、故意または過失により「他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を侵害した者」は、被害者に対して損害を賠償する義務を負うが、同条2項によると、「他人の保護を目的とする法律に違反した者」も、同じ義務を負う。すなわち民法典は、損害賠償に関しては、所有権侵害と保護法律違反を同一のものとみなしている。この点に着目して民法の学説・判例は、侵害の除去・不作為請求に関しても、所有権侵害と保護法律違反を区別する理由はないとの立場をとる⁽¹³⁾。他方で、公法上の隣人保護規範がここでいう保護法律に該当することも一般に認められている。その結果、公法上の隣人保護規範、例えば地区詳細計画の用途指定や間隔地規定に違反する建築物によって隣人が被害を受ける場合、民法典1004条1項が類推適用され、隣人は建築主に対して当該建築物の除去等を請求するものとされる⁽¹⁴⁾。所有権侵害の除去・不作為請求権が否認的 (negatorisch) 防禦請求権と呼ばれるのに対して、保護法律違反に起因する侵害の除去・不作為請求権は準否認的 (quasi-negatorisch) 防禦請求権と呼ばれることがある⁽¹⁵⁾。

⁽¹¹⁾ただし、土地所有者は、ガス、蒸気、悪臭、煙、煤、熱、騒音、振動、および他人の土地から発生する類似の作用が、自己の土地の利用を侵害しない場合または本質的には侵害しない場合には、当該作用の侵入を阻止できない(民法典906条1項)。本質的な侵害が、他人の土地の、当該地域における通常の (ortsüblich) 利用により惹起されるものであり、かつ、この種の土地利用者にとって経済的に期待できる措置によっては防止しえない場合も、同様である (同条2項)。

⁽¹²⁾Vgl. Peter Bassenge, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl. (2005), § 1004 Rn. 4; Jörg Fritzsche, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2. (2003), § 1004, Rn. 4.

⁽¹³⁾ただし、侵害が保護法律違反に起因する場合には、民法典906条は適用されないと解されている。Vgl. BGH, Urteil vom 26. 2. 1993, BGHZ 122, 1 (6-7).

⁽¹⁴⁾Vgl. BGH, Urteil vom 21. 12. 1973, WM 1974, 572 (573); BGH, Urteil vom 30. 4. 1976, BGHZ 66, 354 (356).

⁽¹⁵⁾Vgl. Bassenge (Anm. 12), § 906 Rn. 3; Fritzsche (Anm. 12), § 1004 Rn. 4. 準否認的防禦請求権については、宮澤俊昭「環境法における私法の役割 (前篇) (3・完) —— ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完」一橋論叢 2 卷 3 号 (2003 年)

(2) 裁量収縮との関係

そこで問題となるのは、隣人が上記のような私法上の防禦請求権を建築主に対して主張しうるものが、規制権限を発動するか否かについての行政庁の裁量にいかなる影響を及ぼすか、という点である。各州の上級行政裁判所の裁判例には、①隣人が建築主に対して私法上の防禦請求権を主張できる場合には行政庁の介入義務は生じないとするもの⁽¹⁶⁾、②高権的な措置をとることが合目的的でない場合には、行政庁は市民に対し私法上の隣人保護を求めるよう指示することが許されるとするもの⁽¹⁷⁾、③公法上保護された隣人の権利が問題となる限り、隣人に民事訴訟の提起を指示することは正しくないとするもの⁽¹⁸⁾、④私法上の隣人保護に言及することなく行政介入請求権の成立を認めるもの⁽¹⁹⁾があり、その判断は必ずしも統一的ではない。

連邦行政裁判所の判例としては、1997年12月10日決定が挙げられる。本件においては、「私法上の隣人保護の可能性が、建築監督上のそれと少なくとも同じ程度に実効的であり、かつ、隣人の利益を貫徹するという公益は全く存在しないにもかかわらず、裁判所が、隣人の訴えに基づき、立法者により用意された私法上の隣人保護の可能性を考慮することなく、建築規制法上行政庁の裁量に委ねられている除却命令を発するよう国家に義務付けることは、基本法（GG）14条1項2文が立法者に保護の留保（Schutzvorbehalt）を認めていることと両立しうるか」という問題について⁽²⁰⁾、連邦行政裁判所の審理判断が求められた。これに対して本決定は、「隣人保護規定——本件では州法の間隔地規定——の違反がある場合、裁量が零に収縮することにより成立する行政介入請求権が隣人に認められる否かは、原則として、……上告審において審理できない（irrevisibel）州法により決定される」と答えるにと

131頁以下も参照。

⁽¹⁶⁾ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluß vom 21. 5. 1976, DVBl. 1976, 719 (720); vgl. bereits OVG Lüneburg, Urteil vom 10. 5. 1963, DÖV 1963, 769 (770).

⁽¹⁷⁾ Vgl. OVG Berlin, Urteil vom 14. 5. 1982, NJW 1983, 777 (779).

⁽¹⁸⁾ Vgl. VGH München, Beschluß vom 26. 7. 1996, NVwZ 1997, 923 (923).

⁽¹⁹⁾ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 27. 11. 1989, BauR 1990, 341; VGH Mannheim, Urteil vom 20. 3. 2003, BauR 2003, 1716.

⁽²⁰⁾ 基本法14条1項は、「所有権及び相続権は保障される。内容及び制限は法律により定める。」と規定する。隣人保護の問題を基本法14条1項にいう所有権の問題とみると、その内容形成は立法者に委ねられる、ということになる。

どまった⁽²¹⁾。ただし、次のような判示もされている。「建築監督庁は、介入を支持する、あるいはこれに反対する観点を適切に衡量しなければならず、隣人保護規定の違反がある場合には、建築法に適合する状態を回復するという特別な公益とともに、権利を侵害された隣人の利益をも考慮しなければならない……。隣人の、自己の権利を直接『侵害者』に対して私法上（民法典1004条，906条，823条）主張する可能性も、個々の事例の具体的状況に応じて、顧慮すべき裁量観点の一つとなりうる⁽²²⁾」。

(3) 連邦行政裁判所決定の検討

上記の連邦行政裁判所決定によると、隣人が建築主に対して私法上の防禦請求権を主張しうることは、介入に反対する裁量観点とみることができるが、他方で、隣人保護規範の違反自体が介入を支持する裁量観点といえる。従って、隣人が私法上の保護を求めうることは、当然に裁量収縮を阻止するものとはいえない。もっとも、隣人保護規範に違反する建築物が存在する場合、隣人としては、行政庁の規制権限発動を求めるよりも、建築主に対する準否認的防禦請求権を主張するほうが、より実効的な救済を得られるかもしれない。行政介入請求権は、規制権限を発動するか否かについて行政庁に裁量が残る場合には成立しないのに対して、建築主に対する準否認的防禦請求権は、行政庁の裁量の有無広狭とは関係なく主張できるからである⁽²³⁾。しかしこの点をとらえて、隣人が建築主に対して準否認的防禦請求権を主張できるのであれば行政介入請求権は成立しない、という結論を導出することは問題である。もしもこれが全面的に肯定されるならば、行政介入請求権が成立する場面は實際上消滅するであろう。そのような結論は、行政介入請求権の

⁽²¹⁾行政裁判所法 137 条 1 項によると、上告が認められるのは、判決が、連邦法に違反する場合（1号）か、連邦行政手続法と文言が一致する州行政手続法の規定に違反する場合（2号）に限られる。

⁽²²⁾BVerwG, Beschluß vom 10. 12. 1997, BauR 1998, 319 (319). 本決定については、山本・前掲注（3）42頁も参照。

⁽²³⁾ただし、隣人保護規範違反があれば常に準否認的防禦請求権が主張できるとは限らない。侵害の除去に過大な費用を要する場合など、準否認的防禦請求権の主張が権利濫用とされる場合もありうる。Vgl. BGH, Urteil vom 21. 12. 1973, WM 1974, 572 (573).

成立可能性を認めてきた連邦行政裁判所の採用するところではないし、上級行政裁判所の裁判例の全体的な傾向とも合致しない⁽²⁴⁾。

その点、上記の連邦行政裁判所決定は、隣人が私法上の防禦請求権を主張しうることは「個々の事例の具体的な状況に応じて、顧慮すべき裁量観点の一つとなりうる」と述べている。すなわちそれは、常に顧慮すべき裁量観点とはいえない。この点に鑑みると、同決定は、隣人が私法上の保護を求めうることを、比較的「弱い」裁量観点として位置づけているように思われる。それは、他に介入を支持する、より強い裁量観点が存在する場合、これに打ち勝つことはできない。他方、そのような強い観点が無い場合には、隣人が私法上の保護を求めうることを理由に、介入しないとの決定を行政庁がしたとしても、その決定は裁量の瑕疵のないものとして許されることがある。上記の連邦行政裁判所決定は、このような立場に立つものであると解される。

2 「べき」規定

(1) 「べき」規定に基づく裁量収縮

規制権限を発動するか否かについての行政庁の裁量が、いかなる場合に収縮するのかが、当該権限の根拠規定の表現から判明することがある。「べき」規定 (Soll-Vorschrift) がそれである。「べき」規定というのは、所定の要件が充足される場合には、行政庁は規制権限を発動「すべきである (soll)」と定めるものである。この種の規定は、当該要件が充足された場合、特段の事情が存しない限り、行政庁に規制権限発動を義務付けるものと解されている⁽²⁵⁾。つまりその場合、原則として裁量が収縮することになる。

「べき」規定を置く代表的な法律としては、1974年に制定された連邦イミシオン防止法 (BImSchG) がある。連邦イミシオン防止法は、その設置・稼働について同法上の許可を要する施設と、これを要しない施設のそれぞれにつ

⁽²⁴⁾ 隣人が私法上の防禦請求権を主張しうる場合には行政介入請求権は成立しないとの判示をしたことのあるリューネブルク上級行政裁判所も、このような立場を一貫してとっているわけではない。Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 16. 5. 1988, BauR 1989, 188; OVG Lüneburg, Urteil vom 29. 10. 1993, BauR 1994, 86.

⁽²⁵⁾ Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. 1. 1989, BayVBl. 1989, 406 (410); Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz Kommentar, 5. Aufl. (2002), § 17 Rn. 46.

いて規制を加えている。以下ではまず、前者に関する規制を概観する。

(2) 連邦イミシオン防止法上の許可を要する施設

連邦イミシオン防止法によると、「その性質又はその稼働に基づき、有害な環境作用を惹起すること、又はその他の方法で公衆若しくは近隣に危険、著しい不利益若しくは著しい迷惑を及ぼすことに特に適した施設」の設置・稼働は、許可を要する（4条1項）⁽²⁶⁾。当該施設の事業者は、とりわけ、「有害な環境作用並びに、公衆及び近隣に対するその他の危険、著しい不利益及び著しい迷惑が惹起されることのない」ように施設を設置・稼働する義務を負う（同法5条1項1号）。この義務の履行が確実であることは、許可要件の一つである（同法6条1項1号）。許可が与えられた後、所轄の行政庁は、事業者に対して、同法および同法に基づく命令から生ずる義務を履行させるために、命令を発することができる（同法17条1項1文）。他方、許可が与えられた後、「公衆又は近隣が、有害な環境作用又はその他の危険、著しい不利益若しくは著しい迷惑から十分に保護されていないことが確認された場合、所轄の行政庁は事後的命令を発すべきである（soll）」（同法17条1項2文）⁽²⁷⁾。

上記の規定のうち、事業者の義務を定める5条1項1号が第三者保護規範であることは広く認められているが、17条1項2文もそれ自体として第三者保護規範とみることができる。いずれにせよ、許可を受けた施設の設置・稼働により、有害な環境作用やその他の著しい不利益・迷惑を受ける隣人は、原則として、行政庁に事後的命令を発することを求めることができる。逆に、当該隣人が無瑕疵裁量行使請求権を主張しうるにとどまるのは、特段の事情が存する場合に限られる⁽²⁸⁾。

⁽²⁶⁾ 許可を要する施設の詳細については、連邦イミシオン防止法の規定に基づき制定された、第4連邦イミシオン防止令(4. BImSchV)がこれを定めている。Vgl. Jarass (Anm. 25), § 4 Rn. 12-32.

⁽²⁷⁾ 命令を実現するために要する費用が、命令によって追求される成果との均衡を欠く等、比例原則に反する場合には、事後的命令を発することは禁止されるが、その場合には、所轄の行政庁は「許可の全部又は一部を撤回すべきである（soll）」（同法17条2項）。

⁽²⁸⁾ Vgl. Jarass (Anm. 25), § 17 Rn. 60; Seidel (Anm. 2), Rn. 270.

(3) 連邦イミシオン防止法上の許可を要しない施設

次に、その設置・稼働につき、連邦イミシオン防止法に基づく許可を要しない施設についての規制を概観する。建築許可さえ受ければ設置できる施設も、以下の規制の対象となる。連邦イミシオン防止法22条1項によると、許可を要しない施設の事業者は、とりわけ、「技術の水準に照らして防止できる有害な環境作用が防止される」(1号)、そして「技術の水準に照らして防止できない有害な環境作用が最小限度に制限される」(2号)ように当該施設を設置・稼働する義務を負う。他方、「所轄の行政庁は、個々の事例において、第22条及びこの法律に基づく法規命令を実施するために必要な命令を発することができる」(同法24条1文)。「施設により惹起される有害な環境作用が、人の生命若しくは健康、又は重要な財産(Sachwerte)に危険を及ぼす場合で、公衆又は近隣が他の方法では十分に保護されえないときは、所轄の行政庁は当該施設の設置又は稼働を全部又は一部禁止すべきである(soll)」(同法25条2項)。

上記の規定のうち、まず、事業者の義務を定める22条1項1号・2号の第三者保護性が認められている。従って上記各号のいずれかに違反して施設が設置・稼働される場合、隣人は、行政庁が24条に基づく命令を発するか否かを判断するにあたり、少なくとも無瑕疵裁量行使請求権を主張しうる⁽²⁹⁾。そして注目されるのは25条2項である。この規定はそれ自体として第三者保護規範であり、しかも「べき」規定である。従って連邦イミシオン防止法上の許可を要しない施設であっても、その設置・稼働が有害な環境作用を惹起し、それによって隣人に危険が及び、他に危険を防止する方法がないときは、原則として行政庁は禁止命令を発する義務を負い、隣人には行政介入請求権が与えられる⁽³⁰⁾。

以上の通り、規制権限の根拠規定が「べき」規定である場合、裁量収縮の問題はかなり容易に解決できる⁽³¹⁾。しかしドイツ各州の建築規制法に置か

⁽²⁹⁾ Vgl. Jarass (Anm. 25), § 24 Rn. 23; Seidel (Anm. 2), Rn. 278.

⁽³⁰⁾ Vgl. Jarass (Anm. 25), § 25 Rn. 27; Seidel (Anm. 2), Rn. 280.

⁽³¹⁾ もっとも、「べき」規定により行政庁が介入義務を負う場合でも、介入手段の選択については裁量が残ることがある。Vgl. Jarass (Anm. 25), § 17 Rn. 47; Seidel (Anm. 2), Rn. 270.

れている建築中止，除却命令等の根拠規定は，いずれも，「べき」規定ではなく，「できる」規定（Kann-Vorschrift）である。これらの規定により建築監督庁に認められている裁量がいかなる場合に収縮するかは，当該規定の文面のみからは明らかとならない。この問題に答えるためには，個々の事例の具体的状況や，関係規定の趣旨・目的等を考慮する必要がある。

3 建築許可取消後の結果除去

(1) 取消訴訟と義務付け訴訟の関係

建築許可が与えられた場合，当該許可に係る建築計画が，許可手続において当該計画との適合性が審査されるべき公法規定に適合するものであることが確定される⁽³²⁾。その結果，建築計画が実際には隣人保護規範に違反するものであったとしても，①当該計画と当該規範との適合性が許可手続において審査されるべきものであり，②当該計画に係る建築許可が有効に存在しており，③当該許可に係る建築計画通りの建築が行われている限り，隣人は建築監督庁の規制権限発動を求めることはできない⁽³³⁾。従ってこのような場合，隣人はまず建築許可の取消を求めなければならない。

行政裁判所法42条2項によると，原告が，行政行為によって自己の権利を侵害されていると主張する場合に，取消訴訟の提起が許される。そして同法113条1項1文によると，行政行為が違法であり，原告がそれによって権利を侵害されている場合，裁判所はその行政行為を取消す。ここでいう権利は，既述の通り，保護規範から発生する。地区詳細計画の用途指定や配慮要請に違反する建築計画について建築許可が与えられた場合，当該規定により保護される隣人は，当該許可の取消訴訟を提起し，かつ勝訴することができる。

⁽³²⁾ Vgl. Barbara Schretter/Friederike Schenk, in: Gerhard Hans Reichel/Bernd H. Schulte (Hrsg.), Handbuch Bauordnungsrecht (2004), 14. Kap. Rn. 7-8; Brohm (Anm. 2), § 28 Rn. 25-26.

⁽³³⁾ ただし，連邦イミシオン防止法24条，25条に基づく規制権限は，有効な建築許可が存在していても発動することができる。Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. 5. 1995, BVerwGE 98, 235 (247-248). また，連邦通常裁判所は，建築監督庁が隣人保護規範の適用を免除したときを除き，建築許可の存在故に準否認的防禦請求権が排除されることはないとの立場をとっている。Vgl. BGH, Urteil vom 30. 4. 1976, BGHZ 66, 354 (356-357).

取消訴訟係属中に当該建築計画の全部又は一部が実現してしまった場合⁽³⁴⁾、隣人としては、建築許可取消判決が下された後に、建築監督庁の規制権限発動を求め、改めて義務付け訴訟を提起することも可能である。他方、建築許可の取消と規制権限発動の義務付けを一度に求める方法もある。行政裁判所法113条1項2文・3文は、次のように規定している。「行政行為が既に執行されている場合、裁判所は申立てにより、行政庁が執行を原状回復しなければならないこと、および原状回復の方法をも言渡すことができる。この言渡しは、行政庁がそれをできる状態にあり、かつこの問題が判決に熟している場合にのみ許される」。これらの要件が充足される場合、裁判所は行政行為の取消判決を下すと同時に、行政庁に対して原状回復を命ずることができる。この規定は、隣人が建築許可の取消訴訟を提起し、当該建築許可に係る建築物について建築監督庁が除却命令等を発するよう申立てた場合にも適用ないし類推適用できると解されている⁽³⁵⁾。

(2) 結果除去負担に基づく裁量収縮

そこで問題となるのは、建築許可が違法に隣人の権利を侵害したとして取消されると、規制権限を発動するか否かについての建築監督庁の裁量に影響が及ぶか、という点である。この点に関しては、次のような「結果除去負担 (Folgebeseitigungslast)」という考え方がある。「国家または公権力主体が高権的な活動によりある者の法的地位を違法に侵害すると、それらに結果除去負担が課せられる。結果除去負担は、後続の決定が、権限ある行政庁の自由に委ねられている場合、それを拘束するものとして作用する」。「その結果、行政庁の決定が瑕疵のないものとなるのは、行政庁が利益衡量の際、被害者のために、先行した違法な侵害を適切に考慮する場合に限られる。結果除去負担に対する断固たる (durchgreifend) 反対理由がない場合、被害者の

⁽³⁴⁾ 第三者が提起する建築許可取消訴訟は延期効 (aufschiebende Wirkung) を有しないため (建設法典212a条1項)、このような事態も発生しうる。もちろん、行政庁・裁判所が執行停止をすることは可能である (行政裁判所法 80a条1項・3項)。

⁽³⁵⁾ Vgl. OVG Saarlouis, Urteil vom 22. 10. 1982, NVwZ 1983, 685 (685); Ferdinand O. Kopp / Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13. Aufl. (2003), § 113 Rn. 83.

ために、行政庁の決定の自由は打ち消されていることがある。つまり、行政庁は彼のためにその決定をなすことを義務付けられていることがある⁽³⁶⁾。

そして、リューネブルク上級行政裁判所1988年5月16日判決は以下のように判示している。「本件のように、問題の建物について与えられた建築許可が取消訴訟で取消された場合でも、それ〔無瑕疵裁量行使請求権〕以上に厳密な、建築主に対する建築監督上の措置を求める隣人の請求権が自動的に発生するわけではない。「ただし、そのような場合に建築監督庁に課せられる結果除去負担は、裁量決定の過程において隣人の利益に大きな重要性を与える要素である」。「隣人の利益に重要性を与える上記の観点からは次のような結論をもたらす。取消判決が下された後は、通常は結果除去負担に対応した建築監督庁の決定のみが裁量の瑕疵のないものとなり、〔規制権限発動を〕拒否する決定が裁量の瑕疵のないものとなるのは例外的な場合に限られる⁽³⁷⁾」。この判決によれば、建築許可が取消訴訟で取消された場合、結果除去負担の観点から、原則として建築監督庁の裁量が収縮することになる。

他方、このような考え方に対しては批判もある。ミュンスター上級行政裁判所1983年5月17日判決は、「結果除去負担は、隣人の権利を侵害する建築物に対して建築規制法上の介入を行うか否かを決定する際の裁量観点としては、適切ではない」と述べる。その根拠は、以下のように要約できる。結果除去負担の観点からは、裁量収縮は、隣人保護規範に違反する建築計画に建築許可が与えられた場合にのみ認められ、当該規範に違反する建築物が無許可で建築された場合には認められないが、これは合理的理由のない差別である。第1に、隣人が建築物によって受ける不利益は、当該建築物が事前に建築許可を受けたものであるかどうかによって異なるものではない。第2に、建築主にとって建築許可はその後の行政活動に対する信頼の基礎となるものであるから、建築許可を得た建築主を無許可建築物の建築主よりも有利に扱

⁽³⁶⁾ Felix Weyreuther, *Empfiehl es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln?*, Gutachten B zum 47. Deutschen Juristentag (1968), S.134; vgl. auch Udo Di Fabio, *Die Ermessensreduzierung*, *VerwArch* 86 (1995), S. 214 (217-218). 結果除去負担については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣，2000年）394頁以下，同・前掲注（4）113頁も参照。

⁽³⁷⁾ OVG Lüneburg, Urteil vom 16. 5. 1988, *BauR* 1989, 188 (189); vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 27. 3. 1981, *BauR* 1982, 147 (148).

うことはできても、不利に扱うことはできない⁽³⁸⁾。

(3) 連邦行政裁判所の立場

上記のミュンスター上級行政裁判所の見解には傾聴すべきところもあるが、連邦行政裁判所は、隣人保護規範に違反する建築許可が裁判所により取消された場合、行政介入請求権が成立しうることを認めている。連邦行政裁判所2000年2月9日決定は、「州法の授權根拠を基本法14条1項に適合するように解釈すれば、違法であり、かつ裁判手続において取消された建築許可によって自己の権利を侵害された隣人のために、建築監督庁が除却命令または使用禁止命令を発することを求める請求権が発生しうる」と述べる⁽³⁹⁾。また、同決定の文中で参照を指示されている連邦行政裁判所1994年7月13日決定は、隣人の提起した取消訴訟で建築許可が取消された場合、「それ〔=行政庁〕は——争われた建築許可〔を与えたこと〕によって、発生した状態について〔建築主と〕連帯して責任を負わなければならないのであるから——この発生した違法状態が隣人のために除去されるよう、できる限りのことをしなければならない」と述べている⁽⁴⁰⁾。これらの判例からは、結果除去負担に基づく裁量収縮を認める学説・裁判例と同様の発想をみてとることができる。少なくとも、建築許可が取消訴訟で取消された場合には原則として建築監督庁の裁量が収縮するという結論は、現在では争いえないであろう。ただし、建築許可がもともと存在しない場合については別途の検討を要する。

4 被害の程度・侵害行為の態様

(1) 被害の重大性と裁量収縮

隣人の受ける被害が重大であることは、裁量を収縮させる要素であると考えられてきた。連邦行政裁判所も1960年8月18日判決で次のように述べてい

⁽³⁸⁾OVG Münster, Urteil vom 17. 5. 1983, NJW 1984, 883 (883-884). この点、結果除去負担は、介入を原則として義務付けるものではなく、介入に対立する建築主の利益を「相殺する (neutralisieren)」にとどまるものであると解する説もある。Vgl. Finkelnburg / Ortloff (Anm. 2), S. 308.

⁽³⁹⁾BVerwG, Beschluß vom 9. 2. 2000, BauR 2000, 1318 (1319).

⁽⁴⁰⁾BVerwG, Beschluß vom 13. 7. 1994, BauR 1994, 740 (740).

た。「瑕疵のない裁量行使のためには、その他の諸状況と並んで、侵害または危険の程度または重大性も重要な意義を有しうる。それどころか、侵害または危険の強度が高い場合、介入を行わないという行政庁の決定は、状況によっては、完全に裁量の瑕疵があることが明らかとなりうる⁽⁴¹⁾」。

ただし、隣人の受ける被害が重大である場合に裁量が収縮するのはもはや当然としても、被害が重大である場合に限り裁量収縮が認められることになるのかは問題となる。この点につき、連邦行政裁判所1996年6月4日判決は、上記の1960年8月18日判決は「侵害または危険の強度が高い場合にのみ裁量の自由が収縮して、介入を行うことが裁量の瑕疵のない唯一の決定であることが明らかになる」旨判示したものであると解し、「隣人保護規範の違反だけでは、裁量は零に収縮しない」というのが判例であると述べる。そして、「この判例をさらに発展させる必要があるか否か」については、結論を留保している⁽⁴²⁾。

(2) 隣人保護規範違反に基づく裁量収縮

それに対して上級行政裁判所の裁判例の中には、隣人保護規範の違反があれば原則として裁量が収縮するというものがある。このような裁判例は2つのグループに区分できる。第1は、受忍限度を超える侵害の禁止を内容とする隣人保護規範については、その違反があれば原則として裁量が収縮するとみるものである。マンハイム上級行政裁判所2003年5月20日判決は、「これ〔＝隣人保護規範〕が受忍限度を超える侵害を禁止する場合、行政庁は、そのような侵害があれば、行動しないことについて客観的な (sachlich) 理由があるときを除き、建築法違反の状態に対して介入することを常に義務付けられる」と述べている⁽⁴³⁾。この種の隣人保護規範の代表例としては、配慮要請が挙げられる。配慮要請を明文化したものとされる建築物利用令 (BauNVO) 15条1項⁽⁴⁴⁾によると、同令2条～14条において各建設地域内で

⁽⁴¹⁾ BVerwG, Urteil vom 18. 8. 1960, BVerwGE 11, 95 (97).

⁽⁴²⁾ BVerwG, Urteil vom 4. 6. 1996, NVwZ-RR 1997, 271 (271).

⁽⁴³⁾ VGH Mannheim, Urteil vom 20. 5. 2003, BauR 2003, 1716 (1716). 同旨の裁判例として、vgl. OVG Berlin, Urteil vom 14. 5. 1982, NJW 1983, 777 (778).

⁽⁴⁴⁾ Vgl. BVerwG, Urteil vom 5. 8. 1983, BVerwGE 67, 334 (338). 配慮要請は、連担建設

設置できるものとして列挙された施設に該当するものであっても、個々の事例において、「建設地域の特性に照らし、当該建設地域又はその周辺において受忍限度を超える迷惑又は侵害がそれらから発生しうる場合」には、その設置が禁止される。この規定の違反がある場合には、受忍限度を超える被害が発生しているか、発生するおそれがあることになる。このような場合に裁量収縮を認めることは、比較的受入れられやすいのではないと思われる。

第2に、どのような隣人保護規範であれ、その違反があれば原則として裁量が収縮するとみるものがある。ミュンスター上級行政裁判所1983年5月17日判決は、規制権限の根拠規定により行政庁に与えられた裁量は、当該規定の目的によって拘束されることを前提に、次のように述べる。建築監督庁は、公法上の建築規定の遵守を監督する権限を有するが、「これ〔=公法上の建築規定〕が隣人保護を目的とする場合、……この隣人保護を貫徹することは、授權規範の目的で（も）ある。行政庁に与えられた裁量が、この目的によって方向付けられる結果、行政庁は、介入しようとするか否かについては自由ではなく、建築実体法によりなされた隣人利益の評価に従わず介入を見合わせようとする場合は、それについて適切な理由を有していなければならない。不利益を受けた隣人のために介入する義務は、いわば原則であるが、介入を見合わせることは例外であって、特別な理由を必要とする⁽⁴⁵⁾」。

(3) ミュンスター上級行政裁判所判決に対する批判とその検討

ミュンスター上級行政裁判所のとる大胆な発想に対しては、次のような批判がある。建築規制法に置かれている除却命令等の根拠規定は、隣人保護規範違反があった場合と、その他の公法規定違反があった場合とを区別していない。もしも立法者が、隣人保護規範違反がある場合には原則として裁量が収縮すると考えていたならば、連邦イミション防止法17条1項2文のような、「べき」規定を設けたはずである。そのような規定がないにもかかわらず

区域・建設抑制区域における建築計画の許容性を定める建設法典34条1項・35条3項からも解釈を通じて導出できるとされている。Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. 1. 1999, BauR 1999, 615 (615); BVerwG, Beschluß vom 5. 9. 2000, BauR 2001, 83 (83).

⁽⁴⁵⁾ OVG Münster, Urteil vom 17. 5. 1983, NJW 1984, 883 (884). 結論において同旨の裁判例として, vgl. VGH Kassel, Urteil vom 25. 11. 1999, BauR 2000, 873 (877).

ず、隣人保護規範違反がある場合に原則として裁量が収縮することを認めれば、「べき」規定を設ける意味が失われることにならないか⁽⁴⁶⁾。

しかし、原則として裁量が収縮するという現象は、「べき」規定がある場合に限り認められるものではない。既述の通り、結果除去負担に基づき、原則として裁量が収縮するということもある。規制権限の根拠規定は、違法な建築許可が取消された場合と、建築許可がもともと存在しない場合とを文面上区別していないが、それにもかかわらず前者の場合には原則として裁量が収縮すると考えられているのである。この点に鑑みると、「べき」規定の不存在は、隣人保護規範違反に基づく裁量収縮の可能性を否定する決定的な根拠とはなりえない。逆に、同じ隣人保護規範に違反する建築計画であっても、それが建築許可を受けたものであれば、隣人は建築許可の取消を請求でき、建築許可が取消された後は原則として行政介入請求権を有するのに対して、建築許可を受けずに実施されたものであれば、被害が重大であるときに限り行政介入請求権が成立するというのは、均衡を失すともいえよう。

また、隣人保護規範違反がある場合には原則として裁量が収縮すると解したとしても、「原則として」という部分の理解の仕方によっては、実際上も妥当な結論を導出できるように思われる。ここで注目されるのは、各州の建築規制法および建設法典(BauGB)に定められている、建築規制の適用を個々の事例において免除する仕組みである。例えばノルトライン＝ヴェストファーレン州建築規制法73条1項1文は、次のように規定している。「この法律又はこの法律に基づく規則に特別の定めのない限り、許可庁は、この法律又はこの法律に基づく規則に定める建築監督上の要求の特例(Abweichungen)を、当該要求の目的及び近隣の利益を考慮して、それが公益と両立しうる場合には、許可することができる」。また建設法典31条2項によれば、「地区詳細計画の指定については、以下の場合に、免除をすることができる。計画の根幹が影響を受けず、かつ近隣の利益を考慮しても特例が公益と両立しうる場合で、1. 公益上の理由により免除が要求される時、又は2. 特例が都市建設上是認できる時、又は3. 地区詳細計画を実施することが、明らかに意図されていない苛酷(Härte)をもたらすおそれがあるとき」。

⁽⁴⁶⁾ Vgl. Seidel (Anm. 2), Rn. 299; vgl. auch Brohm (Anm. 2), § 30 Rn. 24.

建築監督庁は、これらの規定に基づき免除をするにあたっては、近隣の利益を考慮しなければならないが、隣人保護規範の適用を免除することが禁止されているわけではない⁽⁴⁷⁾。また、建築物が完成した後であっても、建築監督庁は免除をすることができる⁽⁴⁸⁾と解されている。従って、隣人保護規範に違反する建築物があったとしても、免除の要件が充足される場合には、建築監督庁は当該規定の適用を免除して、違反を解消させることができる。このような場合には、行政庁の介入義務を認めることは無理であろう⁽⁴⁹⁾。それに対して、隣人保護規範違反があり、かつ、免除の要件が充足されない状況においては、行政庁の介入義務を認めたとしても、不都合な結果をもたらされるとは思われない⁽⁵⁰⁾。それゆえ、隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮するという説は、当該規定の適用を免除できる場合をその例外として理解すれば、理論的にも実際的にも十分成り立ちうるものとする。

5 建築許可手続の規制緩和

(1) 建築許可を要しない建築計画の増加

1990年代以降における規制緩和の流れの中で、各州の建築規制法が改正され、建築許可を要しない建築計画の範囲が拡大された⁽⁵¹⁾。この規制緩和の影響

⁽⁴⁷⁾ただし、配慮要請について免除をすることは、建設法典においては予定されていない。逆に、免除の結果配慮要請違反の状態が発生する場合、当該免除は隣人の権利を侵害するものとされる。Vgl. BVerwG, Beschluß vom 8. 7. 1998, BauR 1998, 1206 (1207).

⁽⁴⁸⁾免除は建築主による申請を前提とするが、建築監督庁は建築主に申請をしよう求めることもできると解されている。Vgl. Brohm (Anm. 2), § 29 Rn. 7. バイエルン州建築規制法 82 条 3 文は「建築監督庁は、建築申請がされることを求めることができる」と規定し、この点を明確にしている。

⁽⁴⁹⁾ミュンスター上級行政裁判所の裁判例には、特例許可をすることができる場合には建築中止命令の仮の義務付けはできない旨判示したものがある。Vgl. OVG Münster, Beschluß vom 8. 12. 1998, BauR 1999, 628 (631).

⁽⁵⁰⁾隣人の権利を侵害することなしに事後的な建築許可を与えることができない場合には、建築中止命令を発するか否かについての建築監督庁の裁量が収縮する旨判示した裁判例として、vgl. VG Meinungen, Beschluß vom 13. 12. 1996, NVwZ 1997, 926 (928).

⁽⁵¹⁾Vgl. Schretter/Schenk (Anm. 32), Rn. 69; Finkelnburg / Ortloff (Anm. 2), S. 96. 建築許可手続の規制緩和については、荒木修「ドイツにおける建築活動に対する事前

響を受けたのは、地区詳細計画適用区域内における特定の用途・規模の建築計画である。例えばバイエルン州建築規制法64条によると、地区詳細計画が定められている区域において、中層住宅の建築は、①当該建築計画が地区詳細計画の指定および地方建築規定(örtliche Bauvorschriften)⁽⁵²⁾に反せず、②地区施設が整備されており、③必要書類が市町村に提出されてから1ヶ月以内に市町村が建築許可手続の実施を宣言しない限り、建築許可を要しない。つまり簡単にいえば、地区詳細計画適用区域内の一定の建築計画について、従来の許可制にかえて届出制が採用されたわけである。ただし、この規制緩和はあくまでも建築許可手続のみに関するものであり、それ以外の規制は従来のまま残されている。従って、今回新たに建築許可を要しないものとされた建築計画であっても、そのことのみによって公法規定の遵守義務が免除されるわけではないし、建築監督庁は、現実に公法規定違反があれば、建築中止や除却を命ずることができる⁽⁵³⁾。

このような規制緩和が行われた結果、隣人保護に関して、次のような問題が発生した。従来通りに建築許可手続が実施され、隣人保護規範に違反する建築計画に建築許可が与えられた場合、隣人としては、当該許可が隣人保護規範に違反することを主張し、立証することにより、取消訴訟を提起し、勝訴することができる。訴訟係属中に当該建築計画の全部又は一部が実現したとしても、原則として、結果除去負担に基づき行政介入請求権が成立する。それに対して規制緩和により建築許可手続がとられなくなると、隣人保護規範に違反する建築計画が実施されたとしても、隣人は取消訴訟を提起することはできない。行政庁の介入を求めて義務付け訴訟を提起することは可能で

介入手続の変容——建築監督行政庁の審査の緩和を中心に」阪大法学53巻6号(2004年)41頁以下も参照。

⁽⁵²⁾バイエルン州建築規制法91条1項は、所定の事項につき、市町村が条例によって地方建築規定を定めることができる旨規定している。vgl. auch Gerhard Hans Reichel, in: Gerhard Hans Reichel / Bernd H. Schulte (Hrsg.), Handbuch Bauordnungsrecht (2004), 16. Kap. Rn. 1-27.

⁽⁵³⁾バイエルン州建築規制法63条6項は、「第1項乃至第5項、第64条、……による許可免除(Genehmigungsfreiheit)は、公法上の規定により建築施設について定められた要求を遵守する義務を免除しない。建築監督上の介入権限、……は許可免除による影響を受けない。」と定め、この点を明確にしている。

あるが、この場合、行政介入請求権が成立するためには、隣人保護規範違反があるだけでは足りず、被害が重大であることが必要であるとすると、隣人の法的地位は従来と比較して弱いものとなる。

(2) マンハイム上級行政裁判所決定

この問題に関して、マンハイム上級行政裁判所1994年10月26日決定が注目される判示を行っている。本件においては、バーデン＝ヴュルテンベルク州において1990年に制定された建築自由化令（BaufreistVO）に定める規制権限が問題となった。同令は、同州における建築規制法の改正に先立ち、地区詳細計画適用区域内の一定の建築計画について届出手続を導入したものである。その7条1項2文は、建築の実施が公法規定に違反する等の場合に、建築の開始または実施を禁止する権限を建築法庁（Baurechtsbehörde）に与えていた。

上級行政裁判所は、上記の規定に定める規制権限は「建築許可手続の消滅に対する代償として理解されなければならない」と述べ、以下のように判示した。「建築許可手続が実施される場合、建築計画により影響を受ける隣人は、これが隣人保護規定に違反する限り、異議審査請求（Widerspruch）または取消訴訟により直接に——建築法庁の介入を要することなく——建築許可を除去することができ、それ以上の付加的な要件が充足される必要はない。影響を受ける隣人の利益に鑑みると、裁量収縮の要件が厳格すぎない場合にのみ、建築自由化令7条1項2文はこの代償的機能を実効的に果たすことができる」。「従って、建築自由化令7条1項2文による介入を求める隣人の請求権は、建築計画が公法上の隣人保護規定に違反し、かつ隣人の利益が当該建築計画によって僅少にすぎないという以上の（mehr als nur geringfügig）影響を受ける場合には、原則として肯定されるべきである⁽⁵⁴⁾」。

⁽⁵⁴⁾ VGH Mannheim, Beschluß vom 26. 10. 1994, BauR 1995, 219 (220). 本決定を支持する裁判例として、vgl. OVG Bautzen, Beschluß vom 22. 8. 1996, NVwZ-RR 1997, 922 (922); VGH München, Beschluß vom 26. 7. 1996, NVwZ-RR 1997, 923 (923). なお、山本・前掲注(3) 42頁も参照。

(3) 規制緩和による裁量収縮？

上記のマンハイム上級行政裁判所決定は、規制緩和により建築許可を要しないものとされた建築計画については、それが隣人保護規範に違反する限り、原則として建築監督庁の裁量が収縮する旨判示したものと解されるが、このような考え方とは全く逆の見解もみられる。ある論者は、地区詳細計画適用区域内における一定の建築計画につき建築許可が不要である旨定めるメクレンブルク＝フォアポンメルン州建築規制法64条の解釈として、以下のよう述べる。「メクレンブルク＝フォアポンメルン州建築規制法64条によって追求される、建築監督手続の脱官僚主義化 (Entbürokratisierung) および民間化 (Privatisierung) という目的に適合するのは、この規定に従って設置される建築計画については、例外的な場合、つまり無視し得ない (zwingend) 公益がある場合に限り、裁量の零への収縮を認めることである。というのも、不作為・除去を求める民事訴訟を通じた実効的な利益保護の可能性が存在しているからである⁽⁵⁵⁾」。

しかし、行政法学界においては、マンハイム上級行政裁判所決定を支持する者も少なくない⁽⁵⁶⁾。ある論者は、建築規制法改正の目的が民間化にあることは確かであるが、それは建築主と行政庁との関係での民間化であって、隣人保護を民間化するという意図は文面からも改正理由からも読み取ることはいできないという。そして、次のように結論づけている。「建築公法の第三者保護規範は、どのような手続規定が適用されるかという問題とは無関係に妥当する。これらの規定を貫徹する (公法上の) 可能性が、許可免除手続 (Freistellungsverfahren) においては、伝統的な許可手続よりもはるかに低くなるというのは、説得的でない結論であろう」。「その点で、等価値の (公

⁽⁵⁵⁾Gerrit Manssen, Die Genehmigungsfreistellung für Wohngebäude in der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern, NVwZ 1996, 144 (146); vgl. auch Stefan Oeter, Baurechtsvereinbarung, Drittschutz und die Erfordernisse wirksamen Rechtsschutzes, DVBl. 1999, 189 (195-196).

⁽⁵⁶⁾Vgl. Willi Blümel, Vereinfachung des Baugenehmigungsverfahrens und Nachbarschutz, in: Carsten Thomas Ebenroth / Dieter Hesselberger / Manfred Eberhard Rinne (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung. Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag (1996), S. 521 (529); Ingo Kraft, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz, VerwArch 89 (1998), S. 264 (288).

法上) 保護された隣人の地位を守ることが要請されるという、マンハイム上級行政裁判所の見解は支持される。つまり、第三者保護規定の違反がある場合、原則として介入請求権が成立する⁽⁵⁷⁾」。

既述の通り、建築許可手続の規制緩和は、建築主の公法規定遵守義務を免除するものではないし、建築監督庁の規制権限発動を制約するものでもない。この点に鑑みると、規制緩和の結果、隣人保護の民間化が要請されると解することはできないであろう。ただし、建築許可を要しない建築計画が隣人保護規範に違反する場合には原則として裁量が収縮するという説をとると、従来通り建築許可を要する建築計画が無許可で実施された場合との関係が問題となる。後者の場合、裁量が収縮するためには、建築計画が隣人保護規範に違反するだけでは足りず、隣人の受ける被害が重大であることを要するとすれば、隣人保護の点で無視し得ない差異が生ずるように思われる⁽⁵⁸⁾。隣人保護規範は、建築許可を要する建築計画についても、これを要しないものについても同様に妥当することを前提にすると、このような差異を正当化することは困難である。それゆえ、建築許可を要しない建築計画が隣人保護規範に違反する場合には原則として裁量が収縮するという立場をとる者は、さらに進んで、建築許可を要するにもかかわらず無許可で実施された建築計画が隣人保護規範に違反する場合についても同様に解さなければ一貫しないであろう⁽⁵⁹⁾。既述の通り、このように解したとしても、当該隣人保護規範の適用を免除することができるときは、例外的に裁量は収縮しないとみることにより、実際的にも妥当な結論を導き出すことが可能であると考えられる。

⁽⁵⁷⁾ Michael Uechtritz, Nachbarrechtsschutz bei der Errichtung von Wohngebäuden im Freistellungs-, Anzeige- und vereinfachten Verfahren, NVwZ 1996, 640 (643-644). なお、引用文中の傍点部分は、原文ではイタリック体である。

⁽⁵⁸⁾ この問題を指摘するものとして、vgl. Christina Preschel, Abbau der präventiven bauaufsichtlichen Prüfung und Rechtsschutz, DÖV 1998, 45 (53); Ute Sacksofsky, Privatisierung des baurechtlichen Nachbarschutzes bei genehmigungsfreien Vorhaben?, DÖV 1999, 946 (953).

⁽⁵⁹⁾ いずれの場合も隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮するとみる説として、vgl. Dietmar Mampel, Baurechtlicher Drittschutz nach Deregulierung, UPR 1997, 267 (268-269); Mario Martini, Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz, DVBl. 2001, 1488 (1493).

おわりに

(1) ドイツ法の現状と展望

本稿が検討してきたドイツ法の現状を、ここで簡単にまとめると、次のようになる。ドイツにおいては、違法建築物によって不利益を受ける近隣住民（隣人）は、当該建築物が隣人保護規範に違反するものである限り、規制権限を有する行政庁に対し、少なくとも無瑕疵裁量行使請求権を主張しうる。この請求権は、行政庁の裁量が収縮し、規制権限を発動する決定のみが瑕疵のない裁量決定となる状況においては、行政介入請求権として把握される。そこで、どのような状況において行政庁の裁量が収縮するかが問題となる（本稿はじめに）。隣人が私法上の保護を求めうることは、裁量収縮を当然に阻止するものではない（本稿1）。連邦イミシオン防止法には、所定の要件が充足される場合には行政庁は規制権限を発動「すべき」ことを定める規定があり（「べき」規定）、当該要件が充足されると原則として裁量が収縮する（本稿2）。隣人保護規範に違反する建築計画に建築許可が与えられ、後に当該許可が取消された場合、建築監督庁の活動は拘束され（結果除去負担）、原則として裁量が収縮する（本稿3）。隣人の受ける被害が重大である場合に裁量が収縮することは一般に認められているが、上級行政裁判所の裁判例には、さらに進んで、隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮する旨判示するものがある（本稿4）。上級行政裁判所の裁判例には、規制緩和により建築許可を要しないものとされた建築計画については、隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮する旨判示するものがある（本稿5）。

全体としてみると、ドイツ法においては、比較的容易に裁量収縮が認められているように思われる。もっとも、ドイツの学説・判例が、行政裁判所法制定当初からこのような考え方をとっていたわけではない。むしろかつては、隣人の受ける被害が重大である場合に限り、裁量が収縮すると考えられていた。しかしその後、連邦イミシオン防止法が複数の「べき」規定を採用し、現在では、連邦行政裁判所が結果除去の観点から裁量が収縮する可能性を認めるに至っている。今後のドイツにおける裁量収縮をめぐる議論の焦点

は、「べき」規定や結果除去負担を援用することができない場合における裁量収縮の可能性であるが、上級行政裁判所の裁判例の中に、隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮する旨判示するものが存在することは注目に値する。この法理を一般的に認める裁判例はまだ少ないが、周辺に受忍限度を超える被害を及ぼすことを禁止する隣人保護規範について、または規制緩和により建築許可を要しないこととされた建築計画について、この法理を認めるものも存在している。将来的には、隣人保護規範違反に基づく裁量収縮が、より広い範囲で認められるようになることも十分予想される。

(2) 日本法の評価

以上のようなドイツ法の検討結果に照らして、日本の法状況はどのように評価されるであろうか。建築基準法9条1項によると、特定行政庁は、建築基準法令の規定に違反した建築物については、当該建築物の建築主等に対して、当該建築物に関する工事の施工の停止、当該建築物の除却・使用禁止等、違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。違反建築物により不利益を受ける周辺住民が、特定行政庁が除却命令等を発することを求める場合について、建築基準法は申請制度を用意していない。それゆえこの場合は、行政事件訴訟法（以下、「法」と略称する）3条6項2号にいう「行政庁に対し一定の処分……を求める旨の法令に基づく申請……がされた場合」には該当しえない。従って除却命令等の義務付け訴訟は、法3条6項1号にいう「行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき」に、行政庁がその処分をすべき旨を命ずることを求める訴訟として把握される。この種の義務付け訴訟の訴訟要件は、法37条の2の定めるところであるが、この規定によれば、「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」に（1項）、「行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」が（3項）、義務付け訴訟を提起できる。

法37条の2に規定する訴訟要件のうち、本稿の視点から最も問題となるものは、「重大な損害」の要件である。既述の通り、ドイツの行政裁判所法は

義務付け訴訟についてこのような訴訟要件を法定していない。もっとも、被害の重大性が隣人の権利保護上全く無意味というわけではなく、連邦行政裁判所は従来、損害または危険の強度が高い場合に限り行政庁の裁量が収縮し、行政介入請求権が成立するという立場をとってきた。しかし、これはあくまでも連邦行政裁判所の理解であり、行政裁判所法や各州の建築規制法において明文をもって規定されている事項ではない。そのため、上級行政裁判所の裁判例には、特定の局面において、あるいは一般的に、隣人保護規範違反があれば原則として裁量が収縮する旨判示するものが存在している。また、連邦行政裁判所も近時、建築許可が裁判所により取消された場合には行政介入請求権が成立しうる旨判示したが、その際被害の重大性に言及していない点が注目される。

日本において、周辺住民の受ける被害が重大とまではいえなくとも行政庁が規制権限発動を義務付けられる場合があるかという点を問題にしようとする、法37条の2第1項の「重大な損害」の要件が障害となる。そもそも義務付け訴訟の訴訟要件として「重大な損害」が必要ということになると、被害が重大とはいえなくとも行政庁の規制権限発動義務が発生する場合があると主張したところで、そのような議論は、理論的にはともかく、原告の救済の観点からは無意味なものとなるおそれがある。このような結果を避けるためには、「重大な損害」の要件をかなり緩やかに解さなければならない。例えば、建築物が周辺住民の利益を保護する建築基準法令の規定に違反する場合には原則として特定行政庁は除却命令等を発する義務を負うという立場をとるとすれば、同時に、当該建築物がそのような規定に違反しているおそれがある場合には「重大な損害」の要件が充足されると解する必要がある。当然ながらその際には、実体法上そのような義務を導出することができるかという問題だけでなく、訴訟法上そのような解釈が可能かという問題の解決が求められることになる⁽⁶⁰⁾。

他方、「重大な損害」以外の訴訟要件については、問題は少ないように思

⁽⁶⁰⁾この点、「『重大な損害を生ずるおそれ』は、違法な状態が存在するのではないかという合理的な疑いがある場合に、認められるのではないか」という見解がある。山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 卷 4=5 号 (2004 年) 64 頁を参照。

われる。立案関係者自身、「一定の処分」の要件については、必ずしも具体的な処分を特定することを要せず、根拠法令の定める範囲内における一定の幅のある処分を義務付け訴訟で求めることも可能である旨、「他に適当な方法がない」の要件については、第三者に対する民事訴訟の提起が可能であれば直ちに他に適当な方法があるということにならない旨発言している⁽⁶¹⁾。また、「法律上の利益」の要件については、法9条2項が準用されているが（法37条の2第4項）、この規定は原告適格の認められる範囲を実質的に拡大することを目的としたものである⁽⁶²⁾。これらの訴訟要件については、上記のような立法者意思に従った解釈を行えばよいであろう。特に「一定の処分」の要件については、立案関係者の見解を前提とすると、建築基準法9条1項に規定する処分であれば、除却命令に限定する必要はなく、広く違反是正命令を求める義務付け訴訟も可能ということになる⁽⁶³⁾。

以上の訴訟要件が充足される場合、「その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする」（法37条の2第5項）。法令上行政庁の裁量に委ねられている規制権限の発動を求める義務付け訴訟においては、具体的事例において規制権限を発動しないことが裁量権の踰越濫用となることが、本案勝訴要件となる。ただ、訴訟要件が充足される場合、すなわち「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」に、それでも行政庁が規制権限を発動しないことが許されるという状況は、ほとんど存在しないのではないかと思われる。もちろん、どのような処分をするかについて行政庁に裁量の余地が残ることは考えられる。しかし、法37条の2第5項

⁽⁶¹⁾塩崎恭久委員の質疑に対する房村精一政府参考人の答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第20号）。

⁽⁶²⁾漆原良夫委員の質疑に対する山崎潮政府参考人の答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第21号）。行政事件訴訟法9条2項に関する判例としては、最判平成17年12月7日判例集未掲載がある。

⁽⁶³⁾この点については、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）——ドイツ法の視点から」自治研究81巻4号（2005年）78頁も参照。

義務付け訴訟と裁量収縮

にいう「その処分」は、上記の「一定の処分」と同義と解されるから、原告が違反是正命令の義務付け訴訟を提起している場合には、裁判所は、特定行政庁が少なくとも違反是正命令をすべきであることが判明した段階で、義務付け判決を下せるであろう。

全体としてみると、日本における行政庁の規制権限の発動を求める義務付け訴訟については、「重大な損害」の要件が原告の救済上大きな意味をもつことになるように思われる。しかし、そもそもこのような要件を法定することが適切かどうかは、今後も検討されるべき事項であろう⁽⁶⁴⁾。

⁽⁶⁴⁾この点については、塩野宏『行政法Ⅱ [第4版]』（有斐閣，2005年）217頁以下も参照。