

「地域像維持請求権」をめぐる

*松生史（神戸大学大学院法学研究科教授）

本ファイルは、阿部泰隆先生古稀論文集『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012.3）477-501 頁に掲載させていただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

1. はじめに

別稿において筆者は、ドイツ法に由来する「互換的利害関係」概念が日本法に継受・転用され、ひとまず退場していく過程に関するケース・スタディを試みた¹。ドイツ連邦行政裁判所の判例法は、「互換的交換関係」の存在を前提として、Bプラン策定地域のみならず、計画未策定の連担市街地においても、用途地区²に類比しうる一定の特徴がそこに形成されている場合、それを規範として相互に遵守を求める主観的請求権が生じうることを認めている。「地域（像）³維持請求権」(Gebietserhaltungsanspruch⁴)と呼ばれるものである⁵。

¹ *松『「互換的利害関係」概念の継受と変容』水野武夫先生古稀『行政と国民の権利』（法律文化社、2011）150-178 頁

² ドイツ建築利用令（建設法典 9a 条にもとづいて制定された法規命令である）1 条 2 項により指定されるものであり、具体的には 菜園住居地区（WS）、純住居地区（WR）、一般住居地区（WA）、特別住居地区（WB）、村落地区（MD）、混合地区（MI）、中心地区（MK）、産業地区（GE）、工業地区（GI）、特別地区（SO）がある。なお、本稿における建設法典・建築利用令の訳語は、阿部成治の Web サイト

（<http://www2.educ.fukushima-u.ac.jp/~abej/deut/index.html>）に基本的に依拠するが、一部筆者の判断で変更している。

³ なお、本稿では「地域像」という言葉を採用しているが、(i)その主たる対象は B プラン上の Baugebiet（本稿では上記阿部成治に従い用途「地区」と訳した）およびそれに照応する連担市街地であること(ii)当該地区における建設法上の規範に対する違反の主張—ただし、連担市街地のように、事実状態が規範に転化した場合も含む—が概念の適用の前提であり、抽象的な地域「像」違反の主張だけでは原告適格を基礎づけないことにも注意する必要がある。しかし、「地区像維持」とした場合の日本語としての「すわりの悪さ」、「地域維持」とした場合にまた別の誤解を招きうることを考慮して、やや不正確とも思える訳語を選択した。また、以下では（ ）をとって表記する。

⁴ 「地域像維持請求権」に関連する比較的近年の図書（博士論文）として、Simon Marschke, Der Gebietserhaltungsanspruch, Kovač 2009. Mandy Taubert, Der Drittschutz im Baurecht im Lichte der Europäisierung des Verwaltungsrechts, Peter Lang 2011. 雑誌論文・解説記事として Dietmar Mampel, Der Gebietserhaltungsanspruch im Streit der Meinungen, BauR 2003,1834; Christian Konrad, Gebietserhaltungsanspruch und Gebot der Rücksichtnahme, JA 2006,59; Thomas Schröer, Öffentliches Baurecht-Grenzen des Gebietserhaltungsanspruchs,NJW 2009,484;Thomas Würtenberger, Gebietserhaltungsanspruch der Nachbargemeinde? BauR 2010,550;Martin Hoffmann,Der Anspruch auf Wahrung der typischen Gebietsprägung, BauR 2010,1859 表現としては必ずしも統一されず、Anspruch auf Wahrung des

本稿は、この「地域像維持請求権」のリーディング・ケースとなった連邦行政裁判所の二つの判決をまず簡単に紹介し(2)、ついで、両判決および学説において同概念が導き出される解釈手法をいくつかの論点に分けて再構成して検討する(3-5)。その上で最後に、同概念とその解釈手法が日本法に与える示唆について若干触れることとする(6)。

2. 二つの連邦行政裁判所判決

(a)連邦行政裁判所 1993 年 9 月 16 日判決 (以下、「ガレージ判決」)⁶

(事案の概要)

建築主の所有地およびそれに隣接する原告の所有地はともにBプラン上の純住居地域に位置する。原告所有地と隣接する部分における5棟のガレージの建築に対してなされた建築許可に対して、原告は連邦建築利用令12条2項違反等⁷を主張して取消訴訟を提起した。原審は建築許可によって原告の権利侵害(行政裁判所法42条2項⁸)は生じていないとして、原告適格を否定した⁹が、連邦行政裁判所は原告適格を認め、原審に訴えを差し戻した。

(判旨)

連邦行政裁判所は、州建築法上の離隔距離規定違反やガレージに関する規定違反に関しては、州法の問題であって原審の判断に拘束されるが、連邦建築利用令12条の隣人保護性については、上告審たる同裁判所の審査対象となるとした。その上で、隣人保護性の有無

Gebietscharacters, Gebietsgewährleistungsanspruch, Gebietbewahrungsanspruch といった表現が用いられることもあるようである。

⁵本概念の基盤となる「互換的交換関係」について参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(2000、有斐閣)305-316頁。遺憾ながら本稿は、この先行業績のやや詳細な注釈とアップデートの域を本質的に超えるものではないことを認めざるをえない。

⁶ BVerwGE 94, 151-163, 以下本判決の引用において、括弧内の(S.***)は同判例集の頁数を示す。同判決に対する評釈として、Schmidt-Preuß, Anmerkung DVBl 1994, 288;

Mampel, Aktuelle Entwicklungen im öffentlichen Baunachbarrecht, DVBl

1994, 1053(1057); Hans-Cord Sarnighausen, Erweiterte Nachbarrechte im

Bauplanungsrecht? NJW 1995, 502; Hansjochen Dürr, Das öffentliche Baunachbarrecht, DÖV 1994, 841

⁷建築利用令(建設法典9a条に基いて制定された連邦法上の法規命令である)12条2項「菜園住居地区、純住居地区、一般住居地区および保養のための特別地区における駐車場およびガレージの建築は、当該地域で許された利用によって引き起こされた必要のためにのみ認められる」

⁸行政裁判所法42条2項「法律に別段の定めがない限り、行政行為、または行政行為の拒否あるいは不作為により権利を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される」(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108頁)

⁹原審は、保護される人的範囲に関する明文の規定がないことを理由に、12条2項の隣人保護性を否定した。これに対してガレージ判決は、規範の明示の規定がない場合にも隣人保護性を認める余地を示した連邦行政裁判所の判例(BVerwGE16.9.1986 NVwZ1987, 409.

(参照、山本・前掲注(5)308, 313頁、石崎誠也「隣人保護的配慮原則に関する西ドイツ連邦行政裁判所判例の展開」法政理論22巻4号59-86頁(78頁))を控訴審は無視していると批判する。

は計画策定主体たる市町村の意思のみによるものではなく、同法の解釈によるとして、次のように述べる。

「個別の地片に対して、互いの関係で折り合いがつくような利用をもたらすことは、建築計画法の任務に含まれる。建築計画法はこのように、ありうべき土地利用紛争の調整をめざすと同時に、土地所有権の内容を規定する。したがって、建築計画法上の隣人保護は、互換的交換関係の思想に基づいているのである。所有者は、その土地の利用について公法的制限に服するが故に、その場合、隣人との関係においても当該制限の遵守を要求できる。...建築計画法におけるこの原則の主要な適用事例は、建築的利用の態様に関する指定である。ここで計画(制限)に服する者は、その土地の利用について、法的な運命共同体へと結合せしめられる。自らの地片の利用可能性の制限は、他の所有者も当該制限に服することによって埋め合わせられる。したがって、建築利用令によって市町村が用途地区(Baugebiet)指定を授権される場合、この授権は、当該指定が原則的に隣人保護的でなければならないことを含んでいる。」(S.155)

このように連邦行政裁判所は、建築利用令 12 条 2 項の隣人保護性を認めた上で、問題の 5 棟のガレージが、同令の要件に合致するかどうか、すなわち「当該地域で許された利用によって引き起こされた必要」のためと言えるかについて、事案を原審に差し戻した。

(b)連邦行政裁判所 1996 年 8 月 23 日判決（以下「(ハンブルグ) 建築密度計画判決」）¹⁰
(事案の概要)

本判決は、ハンブルグ州建築密度計画(Baustufenplan)上住居地域として定められ、二階建ての開放建築方式のみが認められる地区においてなされた、難民申請者の仮保護施設に対する建築許可に関するものである。

当該建築密度計画には、「(i)ハンブルグ州建築警察令に従い、商業・手工業施設、商店その他営利施設は認められない(ii)最低敷地面積を遵守するものとする(iii)各地片ごとに 2 件までの住宅しか認められない」という付記があった。この計画区域内において難民申請者

¹⁰ BVerwGE 101, 365-381. 以下本判決の引用において、括弧内の (S.**) は同判例集の頁数を指す。同判決に対する評釈として、Ulrich Niere, Anmerkung, DVBl 1997,65; Hans-Joachim Koch, Rechtsfortbildung im hamburgischen Bauplanungsrecht, NordÖR 1999,343. 建築密度計画とは、1936 年のライヒ建築規制令・1938 年のハンブルグ州建築警察令に基づく計画であり、現在も簡易 B プランとしての効力が認められる場合がある。参照

<http://www2.jura.uni-hamburg.de/verwaltungslehre/elearning/Vorlesung/planbeispiele.htm>

を収容するための 2 戸建て住宅の建設計画に対して与えられた建築許可に対して、隣接土地所有者が訴訟を提起した。原審は隣接土地所有者の原告適格を否定したが、連邦行政裁判所は以下のように述べ、事案を原審に差戻した。

(判旨)

「計画的地域指定については、利害の相互関連性とそれから生じる交換関係が古くから認められてきた。...『建築の自由』は都市建設上の理由に加えて、関係者の利益のためにも、相互的に制限されている。この領域では、自らの地片の利用可能性が制限されることは、他の土地所有者も同様の制限に服するということによって、明白に埋め合わせられ、また、基本法 14 条 1 項 1 文¹¹の意味において正当化されている。ある地域について例えば住居地域としての指定がなされることで、土地所有者と隣人は、当該指定地域において共同体へと結合せしめられる。」(S.374)

「(当該建築密度計画の法的根拠である) 1936 年の建築規制令第 1 条・2 条は、今日的理解からすれば、客観的に規範化された交換関係の一部とされなければならない。そこでは、相隣利用に関する帰属・両立可能性(Verträglichkeit)・調和というメルクマールによって、近隣の利害対立の規律と調整がなされている。」(S.375)

「地域指定に典型的にみられるように、建築計画の定める基礎に調整的秩序が認められる際は、その規律には、その客観的内容に応じて、交換関係に加わることによって十分に特定されているところの一定範囲の土地所有者に対する保護機能も存する。そのことから直接に、個別所有者は、その地域的特性(Gebietscharakter)の維持を、自らの法的地位として訴訟によって求めることができる。.....第三者保護的な目的指向は、それぞれの建築計画の地域指定から引き出されるのではなく、当該類型の地域指定を授権する法律規範に既に組み込まれている。」(S.376-377)

(c)両判決の位置づけ

建築法上の隣人保護については、上記両判決が下される以前から、基本法 14 条の所有権の直接援用による保護¹²および顧慮要請(Rücksichtnahmegebot)による保護¹³の可能性が認められていた。また、隣接土地所有者相互の「交換関係」が隣人保護の基盤になりうるという発想も 1970 年の Sendler の論文¹⁴で既に示され、少なからぬ学説が賛意を示していたが、裁判例で広く採用されてはいなかった¹⁵。

¹¹ 所有権の内容規定に関する条文である。後述 3 参照。

¹² 後述 3 (a)参照。

¹³ 後述 5 (b)参照。

¹⁴ Horst Sendler, Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 1, BauR 1970,4; Sendler, Der Nachbarschutz im Städtebaurecht Teil 2, BauR 1970,74.

¹⁵ Marschke(Fn. 4), S.11-13, 35.大西有二「公法上の建築隣人訴訟—西ドイツの行政判例における「権利」「権利毀損」および「違法事由」(4)」北大法学論集 41 巻 4 号 1521 頁

その中でこれら両判決の意義は、(1) Bプランによる地域指定の第三者保護性について、従来計画策定者たる市町村の意思に委ねられていたのを、連邦法の解釈問題として扱い、用途地区の隣人保護性を認めたこと(2)Bプランが定められていない連担市街地であって、近傍の特徴がいずれかの用途地区に合致する「事実上の用途地区」についても、隣人保護性が認められることを傍論で示したことにあるといえよう。これら双方の場合において、隣人が、当該地域に関する建築法上の客観的法規範の遵守を請求することができる主観的権利が「地域像維持請求権」と呼ばれるものである。そして、(3)この地域像維持請求権は、隣人が受けた感知可能・証明可能な被害の有無を問わず認められるとされている。

以下本稿では、両判決におけるこのような「地域像維持請求権」の導出を支える論理を、いくつかの論点に分けて分析していく。

3. 所有権の内容規定

基本法 14 条 1 項は、「所有権および相続権は、これを保障する。その内容および限界は、法律でこれを定める」¹⁶とする。ガレージ判決・ハンブルグ建築密度計画判決による「地域像維持請求権」の定式化は、この憲法規定とどのような関係に立つのだろうか。

(a) 基本権の直接援用の否定

連邦行政裁判所は、連担市街地における隣人訴訟に関する 1969 年 6 月 13 日の判決において、連邦建設法 34 条の隣人保護性を否定した上で、「建築許可ないしその行使が、従前の地片の状況を持続的に変化させ、それによって隣人に重大かつ受忍し難い被害」を与える場合、それは隣人の所有権の侵害を意味し原告適格を基礎づけうると判示していた¹⁷。

このように基本権の直接援用により隣人の原告適格を基礎づけることは一応可能であるが、「重大かつ受忍し難い侵害」という要件の曖昧さ、認められにくさに加えて、連邦行政裁判所 1977 年 2 月 25 日判決¹⁸により顧慮要請による隣人保護の可能性が開かれたことで、既に現実の機能を失ったのではないかとも考えられていた。顧慮要請違反が認

(1523-1525 頁)、山本・前掲注(5)306 頁、312-313 頁。なお、ガレージ判決は、連邦行政裁判所も 1970 年代までは地域指定の連邦法上の第三者保護性を認めていたと述べる (S.156-157)が、批判として山本・前掲注(5)312 頁注(8)、Marschke(Fn.4),S.36(「全くの誤り」)。

¹⁶ 以下基本法の条文の翻訳は、石川健治訳(高橋和之編『新版世界憲法集』(岩波文庫、2007 年))による。

¹⁷ BVerwGE 32,173.参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、1983) 147 頁、石崎誠也「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』(1) 法政理論 19 卷 1 号(1986)67 頁、塩入みほも「ドイツ建設法における隣人の公権(上)」自治研究 75 卷 4 号(1999)107 頁、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』(法律文化社、1993) 295 頁、神橋一彦『行政訴訟と権利論』(2003)145 頁、山本・注(5)330 頁。

¹⁸ BVerwGE 52,122。同判決について、石崎・注(17) 81 頁、中川・注(17) 295 頁、塩入「ドイツ建設法における隣人の公権(下)」自治研究 75 卷 7 号(1999)92 頁

められないような場合であれば、基本権侵害の上記の要件が満たされることは考えにくいからである¹⁹。

ここで、ハンブルグ建築密度計画判決は、建築法規定を隣人保護的に解釈する一方で、建築法による保護が認められる場合、基本法 14 条 1 項に直接依拠した保護の可能性を否定する²⁰。

「しかし、基本法第 14 条第 1 項は、直接の防御請求権も計画遵守請求権も基礎づけない²¹。…むしろ、基本法 14 条 1 項 2 文によれば、社会的正義にかなう所有権秩序を立法者がまずもって具体化しなければならない。隣人保護は原則として、立法者が規範化した限りにおいて存するのである。ここで問題になるのは立法者が随所において一建築法上の一貫した一般的要請としてではなく一創出した単純法律上の規範である。」(S.373)

(b) 内容規定の優先と憲法適合的規範解釈

建築密度計画判決の上のような立場は、法律による所有権の「内容規定」の役割を重視する連邦憲法裁判所の所有権観を前提とするものである。

同裁判所の 1981 年 7 月 15 日決定(以下「砂利採取決定」)²²では、法律による内容規定が仮に違憲とみなされるような内容を含んでいたとしても、その法律に基づく行政行為が基本法 14 条 3 項²³にいう「収用」とみなされて補償請求権が導かれることはないとされた。執行段階についても、「内容規定の収用への転化」が否定された²⁴わけである。

Mampel は、基本権の直接適用によって隣人の防御権を基礎づける前述の連邦行政裁判所 1969 年 6 月 13 日判決は、建築許可により隣人の所有地の状況が「重大かつ受忍しがたい」変化を被ることが「収用類似」の侵害にあたるという理解をとるものとみる²⁵。だと

¹⁹ Hans-Joachim Koch/ Reinhard Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl.(2009), Richard Boorberg Verlag, S.485

²⁰ 参照、山本・(5)348 頁注(78),Koch/Hendler(Fn. 19),S.486.ただし、Dietmar Mampel, Art.14 GG fordert sein Recht, NJW 1999,975(977-978)は、このような結論を支持しつつ、連邦行政裁判所自身はなお躊躇しているのではないかという見方を示す。

²¹ ここでは連邦行政裁判所 1991 年 9 月 26 日判決(BVerwGE 89,69)が先例として引用されている。

²² 同決定について参照、*松「憲法上の所有権?—ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」(社会科学研究 45 巻 6 号(1994)1-64 頁)、海老原明夫「法律による収用」法律雑誌 41 巻 4 号(1995)58 頁、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第 2 版)』(信山社、2003)313 頁(西埜章)、中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学 287 号(2003)42 頁、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004) 173-174 頁、208 頁。

²³ 基本法 14 条 3 項「公用収用は、公共の福祉のためにのみ、認められる。公用収用は、法律により、または補償の方法および程度を規定する法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。……補償額につき争いがあるときは、通常裁判所に出訴することができる」

²⁴ *松・注 (22) 8-10 頁

²⁵ Dietmar Mampel, Art.14 GG fordert sein Recht, NJW 1999,S.975f(976)。なお参照、中

すれば、そのような理解は砂利採取決定によって明確に否定されることになる。「社会的拘束から収用への移行という気風を漂わせる解釈は、少なくとも砂利採取決定以降はもはやその余地を有しない。そして裁判所が憲法から直接に防御的請求権を承認することは基本法 14 条 1 項 2 文の(立法者への一引用者注)形成留保を覆してしまうものではないかという認識が徐々に浸透してきた」という論評もある²⁶。

このようにハンブルグ建築密度計画判決は、基本権の直接援用による保護を否定し、その代わりとして、法律の憲法適合的解釈を試みる。その対象となるのは、建築密度計画それ自体ではなく、その授權根拠である建築規制令 1 条・2 条²⁷である。後述するように同令の歴史的立法者の意図に反することを承知の上で、それを「規範化された交換関係」とみて、隣人保護の要素を読み込むのである。規範解釈にこのような主観化を含めて読み込むことは「計画指定の内容に反するものではないし、被告の計画公権や地片所有者の正当な利益を損なうものでもない」(S.375)とされる。

ここでは「規範の内容と規範の性質との分離」を前提とした上で「客観法規定を主観法的に充填」し、同規定を裁判所が「修復」する解釈手法がとられているといえるが、それは立法者の形成の自由を損なうものではないという説明が学説によって試みられている²⁸。

(c) 立法者による所有秩序の形成と「水平的利害調整」

それではそのような憲法適合的解釈は、規範解釈に対してどのような要請を課しているのだろうか。少し長いが、建築密度計画判決の述べるところを聞こう。

「(計画の授權規定は)それは一方で私的諸利益の適切な衡量(基本法第 14 条第 1 項 1 文), 他方で基本法 14 条 2 項から生じる所有権の社会的拘束性という双方の法的要請を充たさなければならない。……基本法第 14 条 1 項 2 文は規律の委託を含む。それは、社会正義に適う(sozialgerecht)適正な所有権秩序として所有権の内容を規範化すべき義務を前提としている。社会正義に適う土地秩序をより詳細に形成するのは難しい。ハンブルグ建築密度計画に含まれる計画的地域指定にもそれは当てはまる。所有権秩序は関係諸個人の利益と公共の利益の双方にとって適正なものでなければならない。このために規範制定者は諸利益を格付け(qualifizieren)しなければならない。規範制定者には政治的のみならず法的な形成委託が帰属する。私的所有の原則的承認(基本法 14 条 1 項 1 文)と社会的拘束という拘束的規準(基本法 14 条 2 項)と並んで、規範制定者は、逆方向に向かう私的・公的な諸利害

川・注(17) 295 頁。1969 年判決は隣人の所有権が「状況拘束性」に由来して拡張することを前提としていた(後述**頁)が、その拡張された所有権が収用類似の侵害を受ける、という構成になるだろう。

²⁶ Ingo Kraft, *Entwicklungslinien im baurechtlicher Nachbarschutz*, VerwArch 89(1989), S.264f(279)

²⁷ ハンブルグ建築密度計画判決は、基本法施行前に成立したこれら法令に対しても、憲法適合的解釈の要請が妥当するとしている。

²⁸ Kraft(Fn.26), S.281

の調整を試みなければならないのである。この意味において、包括的衡量がその責務となる。したがって、立法者およびそれに授権された法規命令や条例の制定者は、基本法第14条第1項第2文の枠内の内容形成に当たって全面的に自由ではない。」(S.370-371)

ここでは、立法者が所有秩序の第一次的形成者として「社会モデル」を実現すべき責務を有していることを前提とした上で、その形成余地は全面的に自由ではなく、私的所有と社会的拘束という憲法上の要請に服するという発想が示されている²⁹。

そのような発想を前提とした上で、建築密度計画判決は、立法者による水平的利害調整を強調する。

「基本法14条2項の意味での公共の福祉上の理由に反しない限り、規律を行う立法者は、水平的平面における同種の利益を調整すべき責務を果たすのである。公共の福祉を指向する分配的正義がその核心にある。立法者は、社会正義に適った所有秩序の意味において、利害対立の全ての参加者の保護に値する利害、保護を要する利害に適切な調整をもたらさなければならない。その際立法者は、当該規律によって対象とされる(erfassen)諸利益ないしそれによって影響される諸利益を評価すべき義務がある。」(S.371-372)³⁰

Mampelは、かかる連邦行政裁判所の立場を、ドイツ民法903条³¹的な「孤立したものとみなされた諸個人のan sichに無制限な所有権」ではなく、「共同体適合的であるべく義務づけられた所有権」観念を前提としていると理解する。「希少かつ増加させることが不可能な資源である土地については、所有権者は競合相手に与えられなかったところのものしか受け取ることができない」のだから、所有権の内容形成にあたり、隣人の利益も考慮されなければならないというのである³²。

²⁹ *松・注(22) 24頁

³⁰ ここで同判決は、「多極的行政法関係」を説く Schmidt・Preuß, *Kollidierende Privatinteresse im Verwaltungsrecht*, Duncker&Humblot, 1992, S.247ff. (参照、中川義朗「ドイツにおける多極的行政法関係論と第三者の法的地位論」熊本法学92号(1998)1頁(23頁以下)、塩入みほ「公権論における基本権の放射的効力」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集39(1998)95頁(100頁以下)、山本・注(5)248, 250頁。)を引用する。論者は、同書第二版における補遺で、自らの学説の受容としてこれを歓迎し、「多極的な紛争調整定式(Konfliktschlichtungsformel)の意味での新たな方向性の構想」を示したと評する(2.Aufl(2005), S.727)。

³¹ ドイツ民法(BGB)903条「ある物の所有者は、法律または第三者の権利が対抗しない限りその物を任意に取り扱うことができ、他者のあらゆる関与を排除することができる」

³² Dietmar Mampel, *Modell eines neuen bauleitplanerischen Drittschutzes*, *BauR*1998, 697(701).ここで論者は、連邦憲法裁判所の所有権観に大きい影響を与えたとされる(参照、*松・注(23)3頁、6頁注(12)、中島・注(22)64頁注(108))べ

ここまで踏み込んで言えるかは別としても、少なくとも砂利採取決定以降の連邦憲法裁判所の所有権観が、いわゆる「絶対的所有権」を前提とした原則—例外図式を否定していることは確かである³³。建築密度計画判決も明らかに同様の前提に立つものである。互換的利害関係の基盤となる「利害調整」についての同判決の理解が、立法者による秩序形成の第一次性および「公共の福祉を指向する分配的正義」という所有権観を前提としていたことは見過ごされるべきではないだろう。

付け加えれば、前述のように基本法 14 条の直接援用が否定されたことは、この利害調整が憲法レベルではなくあくまで立法者レベルのものと位置づけられることを意味する。前述の連邦行政裁判所 1969 年 6 月 13 日判決は次のように述べていた。

「基本法 14 条 1 項にいう所有権の内容は、地面の上の空間および下の土地に及ぶ(民法 905 条)のみならず、それが置かれた『状況』によっても刻印されている。… このような「状況拘束性」は、一方では土地所有権に内在的制約を負担させ、その限りで関係所有者がその土地を随意に取り扱うこと(民法 903 条)を妨げるものであるが、他方である地片は与えられた状況に応じて刻印され、その形成によって状況を刻印する。所有権の制限と拡大が結びついているのである。このように状況によって刻印されると同時に状況を刻印するところの地片は、基本法 14 条 1 項の視点からは、状況からの負担を負うと同時に状況からの利益を得ている。このような場合において、かかる状況への侵害は所有権への侵害となる。」³⁴

ここでも空間利用をめぐる所有権者相互の水平的利害調整が問題となっているわけであるが、そこでは事実的状况から憲法レベルでの利害調整を見出し、それから主観法的な保護を導き出すことが課題となっている。これに対して建築密度計画判決の立場は、同様の利害調整をあくまで立法者レベルの調整とみなし、その建築法上の位置づけを強調したということになる³⁵。

以上のような解釈を前提として、建築密度計画判決は、「立法者が常に隣人保護的第三者保護を予定しなければならぬというわけではない」し、「全ての建築法上の規律が第三者保護的だという訳ではない」が、「いかなる隣人保護をも排除する（基本法制定前の）授権

一マーの論文 (Werner Böhmer, Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, S. 2561 (2567f.)) を引用する。

³³ *松・注 (22) 17-20 頁、中島・注 (22) 49 頁、小山・注 (22) 203 頁

³⁴ BVerwGE 32, 173 (178-179)。参照、小早川・注 (17) 147-148 頁。なお、「状況拘束性」概念と（ただし連邦通常裁判所のものであるが）と連邦憲法裁判所の所有権観の相違について、文献参照も含めて*松・注 (22) 20-23 頁、34 頁注(84)。

³⁵ ただし、立法者レベルの調整と言っても後述の連担市街地のように、立法者が具体的な規範内容を直接決定していない場合も含まれる。

根拠規定は合憲ではない。したがってそれは、無効とみなされないためには、憲法適合的解釈と欠缺を埋める補充を必要としているのである」として、建築規制令に隣人保護的性情を与えるような解釈を試みる³⁶。それではどのような論理をたどって、そこから地域像維持請求権に至る解釈が導かれるのであろうか。節を改めてこの点を検討しよう。

4. 「事実上の用途地区」への適用

(a) 計画策定者の意図の補充・上書きと新保護規範説

前述のように、ガレージ判決・ハンブルグ建築密度計画判決の意義の一つは、Bプランの隣人保護性の有無の判断を計画策定者の意図から切り離し、その授權根拠たる連邦法に着目したことにある。その上でガレージ判決は、連邦建築利用令12条2項の隣人保護性を検討することになる。

「建築利用令12条2項は、同令1条3項2文³⁷を介してBプランの構成要素となつて初めて、確定計画として市民に対して妥当する法となるのだが、そうすると今度は上告審査の対象とならない地域法(Ortrecht)の形式をとることになる。だからといって、12条2項の指定を上告審として解釈することが排除されるわけではない。建築利用令の規定にしたがって市町村が指定を行う場合、この指定は、建設計画法上の指定に対する類型強制のため、……建築利用令の定めを反しない場合のみ有効たりうるのである。通常の場合、市町村は、建築利用令の諸概念から逸脱する指定を行う意思はないことを出発点とすべきであろうから、Bプランにおける指定を連邦行政裁判所が解釈するということは、授權規範を解釈することに他ならない。そしてその授權規範の解釈と市町村の意思による地域法上の指定とは通常の場合一致する。そのため連邦行政裁判所は、地区指定などの建築利用令による指定に関する内容的審査を行うことが許される。(それ自身は)上告審の対象とならない地域法が問題となる場合であっても。」

(S.154-155)

「隣人保護を与えるかどうかは、確かに原則として市町村の自由に属する。地域指定を第三者保護のためにも行うかどうかは、通常市町村自身で決定できる。…その限りでは、類型強制が生じているわけではない。しかし、それにも例外がある。特に用途地区の指定の際には、計画上の地域指定が隣人保護的かどうかは、市町村の意思に依存するものではない。」(S.155)

³⁶ Marschke (Fn.4) ,S.55 は、「隣人保護を否定すると違憲」だという建築密度計画判決の議論だけでは、「顧慮要請による隣人保護でなぜ不十分なのか」が示されていない(同旨、Niere(Fn.10),S.66)として理由付けの不十分さを批判する(ただし結論には賛成)。

³⁷ 建築利用令第1条第3項「Bプランにおいて、第2項に掲げた用途地区を指定することができる。第4項から第10項に基づく別の定めのない限り、この指定で第2条から第14条までの規定がBプランの構成要素となる。(第3文省略)」

そして、互換的交換関係に関する前述の判示³⁸を述べた上で判決は、

「建築利用令によって市町村が用途地区指定を授権される場合、この授権は、当該指定が原則的に隣人保護的でなければならないことを含んでいる。隣人保護的でない地域指定がなされたとすれば、それは建設法典 1 条 6 項の衡量要請³⁹に違反することになるであろう。」

と結論づける。

ここでは、計画策定者たる市町村の意図を授権規範から「推定」して補充するといういわば意思補充的解釈の手法が試みられている。そして、後にみるように、建築利用令上の用途地区と同令 12 条 2 項の規定の解釈として隣人保護性が導かれているのである。

建築密度計画判決は、このような解釈手法を更に一步押し進める。そこでは、ハンブルグ州建築密度計画の法的根拠たる 1936 年の建築規制令第 1 条・2 条は、当時の裁判例に照らしても諸立法に示される法的観念に照らしても、歴史的事実としては、隣人保護的性質を有しなかったとされる。授権根拠規定もそれに基づいた具体的計画の策定者も隣人保護的意図を有しなかったにもかかわらず、上にみた憲法適合的解釈によって、そのような歴史的立法者意思が「上書き」されるという理解が示されるのである。

「しかし、基本法制定後において建築密度計画を公布するため同令を根拠として用いるのであれば、基本法第 14 条第 1 項第 2 文にいう土地所有権の内容規定がそこではなされていることになる....実際のところ、およそ計画的指定は、基本法 14 条第 1 項と関連づけることなしに理解することはできない。....本件では、建築密度計画の授権根拠規定が、基本法第 14 条第 1 項第 1 文・2 文の要請を充たしているかどうか、あるいは憲法適合的解釈によって充たすことになるかがまずもって問われなければならないのである。」(S.370)⁴⁰

ここでは、「客観化された規範目的・規範構造、それを囲む規範構成」に注目しつつ制定法を解釈して権利保護性を導出する新保護規範説⁴¹の解釈手法がとられていると理解でき

³⁸ **頁参照

³⁹建設法典 1 条 6 項 (現 7 項)「建設管理計画の策定にあたっては、公的および私的な利害が、互いに対比され(gegeneinander)かつ多様な観点から(untereinander)適正に比較衡量されるものとする」。

⁴⁰連邦建設法の計画衡量要請を強調する原審を建築密度計画判決は批判し、それに加えて、ガレージ判決が計画衡量要請をあげたことも(参照、前述*頁)「ミスリーディングだったかもしれない」と述べる。つまり、両判決の間で、地域像維持請求権の理論的根拠が転換されたことになる(Marschke (Fn.4),S.54)なお、ガレージ判決が計画衡量に触れたことについて、Schmidt-Preuß(Fn.6),S.289; ders, DVBl 1999,103(104-105)は肯定的、Mampel,Aktuelle Entwicklungen im öffentlichen Baunachbarrecht, DVBl 1994,1053(1057);Kraft (Fn.26),S.282 は否定的である。

⁴¹ 山本・注 (5) 250-254 頁。参照、中川・注(17)286-288 頁、神橋・注 (17) 157-159 頁

る。

(b) 計画的用途地区と「事実上の用途地区」の同一性

隣人保護性の判定を計画策定者たる市町村の意思から解放する上のような解釈は、連担市街地に関する建設法典 34 条 2 項の規定に隣人保護性を認めるガレージ判決の判示の前提ともなっている。

ドイツの建築法制は、内部地域＝建築許容地と外部地域＝不許容地の二分割を基盤として構築されている。前者は既成市街地たる連担市街地と、地区詳細計画が制定されている地域からなる。それ以外の全ての地域からなる後者では、建築が認められないことが原則である。連担建築区域では、Bプランなどの土地利用計画が必ずしも策定されているわけではない。

Bプランが定められていない連担市街地内における建築計画の許容性は「建築的利用の用途と密度、建築方式、および建築の行われる敷地の範囲において、近傍の特徴に適合しており、地区整備が確保されている場合」に認められるというのが一般原則である(建設法典 34 条 1 項)。既成市街地の現実の状況への適合性が要件とされているわけである。そして、その「近傍の特徴」が、建築利用令上規定された用途地区の一に対応している場合には、「建築利用令の規定上、当該用途地区において一般的に認められるかのみによって、当該建築計画の用途の許容性を判断」(建設法典 34 条 2 項)することになる⁴²。このような地域は「事実上の用途地区」と呼ばれることがある。

つまり、「事実上の用途地区」に該当するような現実の状況が認められる場合、そこでは、建設法上の用途地区に関するルールが、いわば「横滑り」して適用されるのである。そのような規範の隣人保護性について、ガレージ判決は以下のように述べる。

「建築法典 34 条 2 項の規定……も上のような解釈の根拠となる。ここで市町村の意思に着目することはできない。34 条の領域で、市町村は計画的活動を行っていないからである。確かに本法廷は、1976 年連邦建設法 34 条 3 項第 1 文⁴³について、同規定も、それと関連する建築利用令 2 条以下も第三者保護機能を有しないと判示した。計画領域の現実の状況により、第三者保護的な地域指定を形成することは地域立法者(注:計画制定主体としての市町村のこと)の権限であると述べたのである。……しかし、この判例を、建設法典 34 条 2 項について援用することはできない。同判例は、連邦建設法 34 条 3 項 1 文が同項に加えて、同法 34 条 1 項にいう「適合」も要求していること、この後者の要件に含まれる顧慮要請が隣人保護的である、あるいはあったことに

⁴² 以上、*松・注(1) 168-169 頁および同所掲記の文献参照。

⁴³ 連邦建設法 34 条 3 項第 1 文「2 条 10 項に基づいて発せられた法規命令(引用者注:建築利用令も含まれる)において用途地区が表示されており、かつ、現に存する建築に基づく近隣の環境の特徴がその用途地区の一つに相応する場合、建築案は、それが当該法規命令によれば当該用途地区内において許可されるであろう時にのみ、許可される。」(参照、高橋寿一「既成市街地における建築規制」東社 44 巻 1 号 115 頁(143 頁))

依存するものである。しかし、(建設法典では一引用者注) この規定は改められ、利用態様については1項の参照が排除されている。そのため、『適合』要件に含まれた顧慮要請はもはや問題にならない。むしろ、建築利用令という計画的用途地区と事実上の用途地区の同一性から、隣人保護も同一であるべきことが連邦立法者によって確定されているのである。」

ここで連邦行政裁判所は、「事実上の用途地区」において適用される建設法上の規範について、隣人保護性を認めた。この規範の内容は、地区の現実の状況から連邦法上の規律の仕組み(Regelwerk)⁴⁴を媒介として直接に導出されるものであって、行政的計画的に形成されたものではないが、そのことは隣人保護を認める妨げにはならないと解されたのである。

ただしSchmidt-Preußの理解によれば、連邦行政裁判所の結論は、計画法上の地域類型の制度のみから導かれたものではなく、やはり交換関係の思想が背景となっている。「主観的な交換関係という観点からは、Bプランが存在するかしないかで相違はない。どちらの場合であっても、土地所有者達の対立的私的利害の絡み合いが存する」というのである⁴⁵。

なお、判例変更であったこの結論は、旧連邦建設法34条と建設法典34条の規定の比較から導き出されている。これは逆説的である。建設法典における同条の改正は、基本的に規制緩和の文脈において行われたものである。改正同条2項において建築計画の許容性が「当該用途地区において一般的に認められるか『のみ』」によって判断され、1項の適用が排除されたことは、「旧34条を開発促進的方向へシフトさせるもの」⁴⁶という評価がなされてきた。建築の自由をより強める規制緩和的改正を根拠に、従前よりも強力な隣人保護を認める解釈が試みられたという逆説である。

ところで、Bプラン上の純住居地域における紛争に関するガレージ判決にとって、「事実上の用途地区」に関するこの判示は傍論である。しかし連邦行政裁判所は、隣人保護性が市町村の意思に必ずしもよらないという前述の解釈⁴⁷の一つの支えとして、この判示をあげている。この点には、理由付けが必ずしも十分でないことに加えて、「循環論法」との批判⁴⁸もある。

⁴⁴ Mampel(Fn.32), S.703

⁴⁵ Schmidt-Preuß(Fn.6),S.290.

⁴⁶ 高橋・注(43)146-147頁、参照、原田純孝他編『現代の都市法』(東大出版会、1993)50頁(広渡清吾執筆)

⁴⁷ 上述 頁

⁴⁸ Schmidt-Preuß,(Fn.6),S.290; Mampel(Fn.6), S.1057. 特にガレージ判決が、建設法典1条6項の計画衡量—「事実上の用途地区」にはおよそありえない—を根拠としてあげていることは論理の不整合と評しうるだろう(参照、Marschke(Fn.4),S.32.) なおハンブルグ建築密度計画判決は、建築密度計画に対する隣人保護を認めない場合、ガレージ判決によって「事実上の用途地区」における隣人保護が認められたこととの不均衡が生じると指摘す

5. 現実的被害の要否

(a) 「感知可能・証明可能な被害」の不要性

前述のように、「地域像維持請求権」は、隣人が感知可能・証明可能な被害を現実を受けるかどうかを問わず認められることにその特徴を有している。ガレージ判決の判示をみてみよう。

「建築地域の指定から生じる隣人保護は、建築利用令 15 条 1 項の顧慮要請による保護よりも広く及ぶ。同条は、隣人が受忍不相応な(unzumutbar)態様において、保護に値する利益を具体的に侵害されたことを前提とする。……地域指定による地域の特性が維持されることに対して隣人は、用途地区の規定に違反する建築計画がそれぞれ個別の場合において現実に感知可能・証明可能な隣人に対する被害(spürbare und nachweisliche Beeinträchtigung)をもたらさない場合であっても認められる……この防御請求権は、地域指定に合致しない建築計画の許容によって既に生じている。なぜならそれにより近隣の交換関係が損なわれ、地域の変質(Verfremdung)がもたらされるからである。」(S.161)

この立場を好意的に受け止めるSchmidt-Preußは、「連邦法の基準によって定まる保護規範としての地域指定には、感知可能あるいは現実の被害、あるいはなんらかの受忍限度的閾値といった要件を示唆するものは何もない。地域特性の主観法的保障はむしろ抽象的に定義され、建築計画が地域指定に反していることそれ自体によって(per se)生じる。」⁴⁹とする。論者によれば、この発想は「事実上の用途地区」にも及ぼされるべきである。そのことによって「忍び寄る地域の悪化」を防止することができるとされる。地域構造の悪化を直接もたらすあるいはそれに寄与するような建築計画に対しては、現実の被害無しに予防的に対応することができることが重要だというのである⁵⁰。

他方で、「地域の特性からの逸脱が生じた場合、実際の悪影響がなくてもあらゆる土地所有者(距離的に離れた者も)に絶対的な訴権を与えるのは、民衆訴訟に帰結するのではないか」という批判⁵¹もある。

(b) 顧慮要請との関係

ガレージ判決は、前述のように、建設法上の隣人保護が与えられる場合における基本法

る (BVerwGE 101,377)。

⁴⁹ Schmidt-Preuß(Fn.6),S.289

⁵⁰ Schmidt-Preuß(Fn.6),S.291。ただし、およそ現実の被害がありえないような事例については、「多極的リスク状況」自体存在せずこの限りではないというのが論者の立場である(S.291)。これに対して、現実の被害は地域像維持請求権におよそ無関係であるとする見解として、Marschke(Fn.4),S.130;Mampel(Fn.6),(2003),1832。

⁵¹ Niere(Fn.10),S.67。

14 条の直接援用による保護の可能性を否定した。これに対して、もう一つの隣人保護の概念装置としての「顧慮要請」⁵²と、地域像維持請求権は、基本的には「お互いに完全に独立した二つの防御権」であり、両者が選択関係にあるわけではなく、地域指定に反する建築案に対しては、両者が重なり合うことがあるとされる⁵³。地域像維持請求権が一般的（一定の地域の全ての関係者に妥当）抽象的（現実の侵害を問わない）隣人保護であるのに対して、顧慮要請は、個別事例の具体的状況に着目した局所的な保護であるという二分類である⁵⁴。

つまり顧慮要請は、今日では憲法や不文法に基づくものではなくあくまで建築法上の規範と位置づけられているが⁵⁵、地域像維持請求権とは異なり、現実には重大な被害を受ける特定可能な人的範囲の者に認められるいわば微調整的な保護手段と考えられる。

6. 日本法への示唆

(a) 小括：「地域像維持請求権」の位置づけ

これまでの叙述から、連邦行政裁判所の両判決によって示されたドイツ建築法における「地域像維持請求権」の位置づけを以下のようにまとめることができよう。

(ア) 建築法上の隣人保護の仕組みには、一般的・抽象的な利害調整に仕える地域像維持請求権（マクロ的）と個別事例の具体的状況に着目した顧慮要請（ミクロ的）の二種類がある。基本権 14 条の直接援用は、建築法上の規範に読み込める限りにおいて排除される。

(イ) 地域像維持請求権概念は、建築法上の客観法的な法規範の存在を前提とし、それを「主観化」する機能を有している。

(ウ) 地域像維持請求権の基本的な適用区域は、計画上の用途地区および「事実上の用途地区」である。

(エ) かかる「主観化」がなされるのは、当該規範が、「交換関係」における「水平的利害調整」を任務としている場合である。

⁵² 石崎・注(9)、塩入・注(17)92頁以下

⁵³ Marschke(Fn.4),S.67。両者の関係をわかりやすく整理するものとして,Koch/Hendler(Fn. 19) S.484; Konrad(Fn.4),S.59

⁵⁴ Marschke(Fn.4),S.67,Stefen Mückel, *Öffentliches Baurecht*, Beck 2010,S.152.このような二分類に加えて、特別の場合に地域特性維持請求権(spezielle Gebietsprägungsanspruch)を認める余地があるのではないかという議論がある。例えば、「主として」住居の用に供される一般住居地区（建築利用令4条）において、行政施設は例外的に（ただし類型的に）建築が認められるが（同条3項3号）、具体的施設の規模等から見て主として住居の用に供されるという地域特性に調和しないと主張される場合のような事例である。Andreas Decker, *Der spezielle Gebietsprägungsanspruch*, JA 2007,55. 参照、BVerwGE 116,155.

⁵⁵ 特に建築利用令15条は顧慮要請の実定化だとされている。

(オ)所有権の「水平的利害調整」は第一次的に立法者の内容形成に委ねられるが、それは私的所有と社会的拘束という憲法上の要請に服し、分配的正義がその核心とされる。

(カ)立法者による内容形成は、立法—行政が直接に具体的な規範内容を定める場合に限られない。「事実上の用途地域」のように、建設法上の法規範という法的仕組みを媒介として現実の状況がそのまま規範化される場合も含まれる。

(キ)地域像維持請求権による「主観化」は、受忍限度を超える現実の被害を前提としない。

(b)サテライト大阪最判との比較

(ア)公益原則主義と被侵害利益の性質程度への着目

既に別稿⁵⁶で述べたところであるが、「地域像維持請求権」の基盤となる「互換的交換関係」概念は、山本隆司の著書により⁵⁷日本の法学会に継受され、国立マンション事件における行政訴訟第一審判決(東京地判 2001.12.4 判時 1791 号 3 頁)で採用されて注目された。同概念は、面的規制に関する従来の原告適格法理の隘路を打開する上で有効なツールだったのである。さらに同事件民事訴訟第一審判決(東京地判 2002.12.18 判時 1829 号 36 頁)における同概念の「転用」はより一層耳目を引くが、同訴訟の最高裁判決(最判 2006.3.30 民集 60 卷 3 号 948 頁)が、特段の理由付けもなく「景観利益」の法律上保護された利益としての性質を認めたことで、この概念はひとまずその役割を終えた。しかし、近時の日本の裁判例の傾向に照らすと、行政法的規制によって設定される生活利益の法的な相互関係に着目する「互換的交換関係」ないし「地域像維持請求権」に再び注目する意味があるかもしれない⁵⁸。

2009 年のサテライト大阪最判(最判 2009.10.15 民集 63 卷 8 号 1711 頁)は行政事件訴訟法 2004 年改正後の原告適格の漸次的拡大傾向に対して冷水を浴びせたともいえるものであった。すなわち、小田急最高裁大法廷判決(最大判 2005.12.7 民集 59 卷 10 号 2645 頁)は、「騒音、振動等によって健康または生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民」に原告適格を認めていたが、その「生活環境」概念について⁵⁹、上記サテライト大阪最判は、「このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、

⁵⁶ 参照、*松・注(1)(まとめとして 162-163 頁)

⁵⁷ 山本・注(5)。ただしガレージ判決以前における交換関係概念は、大西・注(15)で既に紹介されていた。

⁵⁸ *松・注(1) 172-173 頁。

⁵⁹ この概念について、筆者はかつて「狭義の『人格秩序』から離れて種々のアメニティ的利益にまで広がっていく可能性を含むもの」(角松「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法時 79 卷 9 号 32 頁)と評したことがある。ただだし、小田急最大判に対する調査官評釈では、この概念について「公害対策基本法 2 条 1 項の『人の健康または生活環境に係る被害』と同様に理解して良いものと思われる」(森英明「解説」法曹時報 60 卷 2 号 616 頁(666 頁))と既に「予防線」が張られていた。

当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別の利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難とする。その上で最高裁は(i)自転車競技法 15 条 1 項 1 号が定める「位置基準」について、原則的に個別保護性を否定した上で、当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者」に対しては例外的に原告適格が認められるとし、(ii)同法同項 4 号の「周辺環境調和基準」については、「公益の見地に立脚した規定」であって周辺居住者の利益は個別的に保護されていないとしたのである。

相互に関連する二つの問題を指摘することができよう。第一に、同判決の「周辺住民の生活環境上の利益を基本的に公益と措定し、原告適格を否定するルールを立てた上で、いわず反証として位置基準の規定から医療施設の解説者が著しい支障を受ける場合に例外的に原告適格を承認するという構造」⁶⁰である。ここでは「公益原則主義」とでもいうべき認識⁶¹が示されている。

第二に、視点が原告個々人の被侵害利益の性質・程度への着目に偏していることである。橋本博之は、同最判は「被侵害利益の性質決定が先行」し、「結論があつて後付で法令の根拠を探索する『悪しき仕組み解釈の典型』と評する⁶²。

同最判の調査官評釈は、周辺住民等の法益侵害が問題となっている事例における「法律上保護された利益説」と「法的保護に値する利益説」の違いは、原告適格肯定のために前者が「当該周辺住民等の人格的利益等に対して配慮すべきことが当該許可等の根拠法規において処分要件に取り込まれていること」を要求するのに対し、後者は「単に当該利益のみ着目して原告適格の判断をすべきものとする」ことにあるとする⁶³⁶⁴。問題は、前者の

⁶⁰ 高橋明男「本最判解説」平成 21 年度重判解 58 頁 (59 頁)

⁶¹ 阿部泰隆先生は、同判決のこのような発想を「位置基準について、判旨は、性質上、一般的公益に属する利益であつて、原告適格を基礎付けるには足りないとする。しかし、なぜそのように割り切ることができるのか。不特定多数者の利益と一般的公益に属する利益とはなぜイコールなのか」と厳しく批判される。阿部泰隆「同判決評釈」判例時報 2087 号 168 頁。

⁶² 橋本博之「平成 16 年行政事件訴訟法改正後の課題」自治研究 86 巻 9 号 3 頁 (14 頁注(15))。なお、橋本は、主婦連ジュース訴訟(最判 1978.3.14 民集 32 巻 2 号 211 頁)の調査官解説(越山安久「解説」最判解民事昭和 53 年度 86 頁以下)を参照した上で、「被侵害利益につき定性的・定量的なテストをした上で一応の結論を導き、肯定となった場合に次のステップとして根拠法令・処分要件につき解釈操作をして原告適格を認める」というのが従来からの最高裁の解釈手法だとする(橋本『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009) 140 頁)

⁶³ 清野正彦「解説」法曹時報 62 巻 11 号 3052 頁 (3071 頁)。同評釈は筆者としては賛同できない点が多いが、沿革的・理論的検討から詳細に説き起こす大変な力作である。

⁶⁴ 清野・注 (63) 3070 頁はこの両者の相違は「処分要件を定めた根拠法規や関連規定等をいかに柔軟に解釈(した—引用者補充)としても」周辺住民等の利益を処分要件に読み込めない場合に生ずると述べ、その場合は、周辺住民等に対しても公権力の行使に当たるとみられうる場合は別として、「原告適格を認めることには慎重にならざるを得ない」とする。この記述自体は「法律上保護された利益説」からは当然の結論とも思えるところであるが、「処分要件に読み込みうるか」が争点になっているはずの本件事案の分析にとっては「傍

立場に立つ同評釈が、「処分の根拠法規の解釈を通じて、当該法規が周辺住民等の個別的利益を保護する趣旨で行政権に制約を課しているか否かをまず検討する」という「本来あるべき検討の順序」によらず、「違法な処分がされた場合に害されることとなる利益の内容および性質を、当該利益が根拠法令により保護されているか否かに先立って検討」⁶⁵していることである。

同評釈はこのような検討順序について、「法的保護に値する利益説のように…裸の利益衡量を行うためではなく」、①「処分の根拠法規が当該利益を保護しているか否かという点に焦点を据えた検討を行う際の基礎を確定させておく」ことと、②性質上検討の対象とするまでもない利益等を除外し、検討対象が無用に拡散することを避けるためだと弁明する⁶⁶。

そして、①のような解釈手法は、「[許可によって侵害される可能性がある周辺住民等の]人格的利益等が重要なもの（生命、身体、健康等）であればあるほど、当該処分の処分要件の定め方において多少の不備があるにしても、関連法規や下位法令、手続規定（処分に当たり周辺住民等を手続きに関与させる規定を設けているなど）等がある程度柔軟に解釈して、当該処分に関する実体法の解釈において、当該人格的利益等に対する配慮を処分要件に読み込むという解釈手法を採ることも許され得よう」⁶⁷という発想から正当化されている。

このような解釈手法も、それが「肯定形」で用いられる限りは首肯できるかもしれない。しかし問題は、サテライト大阪最判のように「反対解釈」が試みられる場合である。前述の「公益原則主義」と結びつくことにより、生命健康等に直接に関連しない利益—財産権がその典型であろう—は、「著しい業務上の支障」が生じるような場合を別として、処分要件への読み込みが否定されるのである⁶⁸。そして、上記②と相まって、同調査官評釈では、それぞれの利益の「重要性」についてやや直観的・印象批評的な判断がなされている印象を受ける⁷⁰。

このような日本の状況に照らして、「地域像維持請求権」をめぐるドイツの議論は、あく

論」であろう。にもかかわらず、この認識が、処分要件自体の分析にまで影響しているような印象を受けるのは筆者の誤読であろうか。

⁶⁵ 清野・注（63）3076-3077頁。参照、山本隆司「原告適格(3)」法学教室366号99頁注(19)。

⁶⁶ 清野・注（63）3077頁

⁶⁷ 清野・注（63）3069頁

⁶⁸ 同判決のこのような姿勢を、阿部先生は「民事法的な発想」と厳しく批判される。「『著しい被害』があつて始めて(マ)、個人の個別具体的な利益として原告適格の根拠となるとする判例の考えでは、民事の差し止め訴訟の本案認容要件とほぼ同じになるもので、民事法的な発想で、行政訴訟にはなじまないというべきである。個別保護要件はこのような趣旨に緩和されるべきである。」(阿部・注（61）167頁)

⁶⁹ なお、同評釈はこのような利益については、個別保護要件のみならず保護範囲要件にも含まれないものと解しているように読める。

⁷⁰ 参照、神橋一彦「原告適格論と憲法の視点」立教法学82号229頁（241頁）

まで根拠法令の法的仕組みの側からの考察がなされていること⁷¹に加え、個々人の被害の分析よりもむしろそれらの相互関係のありようについて考察している点で、ある程度抽象化・普遍化した上で⁷²参照可能な比較法的素材ではないかと思われる⁷³74。

(イ)「下克上の解釈」—憲法・法律・下位法令の関係

再びサテライト大阪最判について、阿部泰隆先生はその「下克上の発想」を批判される。

「判旨が、原告適格の有無を考慮する法制度として、法やその下の位置基準、環境調和基準を念頭におき、憲法に言及もしないのはいわば下克上の解釈である。なお、1000メートル以内の附近見取り図を添付することを根拠とした原判決も、下克上の発想である。偶々そうした規定がないと原告適格がないとすれば、下位法令が上位の原告適格の有無を左右する不合理が生ずる。原告適格は、法律が不備なら上位の憲法を根拠とすべきである」⁷⁵

ここでは、憲法—法律、法律—下位法令それぞれの関係が問題になる。

① まず憲法と法律の関係からみよう。阿部先生が指摘される「上位の憲法を根拠とした原告適格論として、憲法上の基本権を直接原告適格の根拠とする構成と、根拠法規の憲法適合的解釈を試みる構成がありうる。ドイツ法風にいえば、「保護規範の枠外における効果」と「保護規範の枠内における効果」ということになろう⁷⁶。

この点、ドイツ法における「地域像維持請求権」をめぐる議論は、所有権と建築法的規制の関係に関する限り、問題を後者にほぼ一元化し、前者＝基本法14条の直接援用を否定する。その前提になるのは、(i)所有権に関する内容規定の第一次性とその分配的役割を強調する憲法解釈と、(ii)ミクロ的な調整を可能にする顧慮要請のドグマティックを建築法上の規範として読み込む解釈作業であった。したがって、日本法にとってこのような発想が導

⁷¹ 参考、橋本・注(62)自治研究86巻9号14頁

⁷² 参照、*松・注(1)166頁

⁷³ ただし、自転車競技法と場外車券上の関係のみについて言えば、「互換的交換関係」よりも「反対利害関係」に近く(参照、*松注(1)178頁注(77))、したがってドイツ法の文脈で言えば個別具体的な事情を考慮する顧慮要請になじむという考え方もありうる。だとしても、周辺環境調和基準について、それが「場外施設周辺の居住環境との調和を求める趣旨を含む規定であると解したとしても、そのような観点からする規制は、基本的に、用途の異なる建物の混在を防ぎ都市環境の秩序ある整備を図るといった一般的公益を保護する見地からする規制」と断ずるサテライト大阪最判の荒っぽい一般論にはかなり問題がある。「居住環境との調和を求める趣旨」の規制は、内容次第で互換的交換関係を成立させる余地が十分にあるからである(参照、山本・注(65)99頁)。

⁷⁴ 参照、野呂充「原告適格論の再考」法律時報82巻8号14頁(17頁)

⁷⁵ 阿部・注(61)166頁、参照、阿部『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003)59頁

⁷⁶ 神橋・注(17)137頁、注(70)253頁。参照、山本・注()250-251頁

入可能かどうかは、(i)のような憲法観をとるか—これは選択の問題である—と 77、(ii)のような解釈のツールを持ちうるかどうか—これは解釈技術とその実務上の受容可能性の問題である—ということになる。

②法律と下位法令の関係について言えば、「下克上」をどう評価すべきかはなかなか難しいところである。法治国的観点から、法律レベルで「当該処分の根拠法規において、公益と私益が適切に考慮されている」⁷⁸ことを要求する視点は正当であろう。しかし、もしそのような考慮がなされていないときに、原告適格についてはどちらの方向で解釈すべきだろうか。

この問いに対して、地域像維持請求権をめぐるドイツ法の議論は示唆的であろう。そこでは、第一に、「規範の内容と規範の性質との分離」を前提として、主観化の可能性に関する限り、委任を受けた規範定立者—市町村の自治権に基礎づけられる計画法上の規範も含めて—の現実の意思が「主観化」について白紙ないし否定的であったとしても、それを無視し、あくまで連邦法に沿った「法律適合的解釈」によって「主観化」を認める方向で問題を処理する姿勢を見て取ることができた。その背景として、基本法 19 条 4 項⁷⁹の出訴の途の保障も意識されているだろう。

しかし第二に、特に「交換関係」や「水平的利害調整」の有無を問うのであればなおさら、保護規範性を判断する上で、現実の規範内容の吟味が必要となる。この点では、下位法令の規範内容自体が法律の委任の範囲内として適法である限り、それにある程度規定されざるをえない面も生じてくると思われる。

第三に、「事実上の用途地域」との関係で述べたように、現実の状況それ自体が規範として法的仕組みの中に取り込まれることもありうるところである。

これらの諸点を通じ、規範相互や、規範と事実状態に関する視線の往復による解釈作業が我々の課題となってくるだろう。

7 むすびにかえて

⁷⁷この点阿部泰隆先生は、「民法と行政法における違法性と救済手段の違いと統一の必要性」(都市住宅学 38 号 41 頁)「景観権は私法的(司法的)に形成されるか(上)(下)」(自治研究 81 巻 2 号 3 頁、3 号 3 頁)で、むしろいわゆる絶対的所有権をデフォルトとして設定し、権利者の観点から予測可能性が高いルールとしての行政法的規制の重要性を強調しておられるように思える。だとすれば、阿部先生はこのような立場には俄には与されないのではなかろうか。なお、筆者自身は地域指定型都市計画について「一定の地域の空間形成に関する権限と利害についての、地権者相互の、あるいは地権者と非地権者住民との間における調整・分配ルール」(参照、*松「景観保護的まちづくりと法の役割--国立市マンション紛争をめぐる」都市住宅学 38 号(2002)54 頁)という見方をとっている。

⁷⁸ 神橋・注 (17) 165 頁、神橋「場外車券発売施設設置許可の原告適格」民商法雑誌 143 巻 3 号 295 頁 (308 頁)

⁷⁹ 同条に関する近時の業績として、平良小百合「裁判を受ける権利の憲法的保障--「出訴の途」をめぐるドイツ基本権論からの示唆」九大法学 100 号 47 頁

「地域像維持請求権」をめぐっては、なお検討すべき、我々に示唆を与えうる問題が多い。特に建設法の仕組みから出発して、どのような対立と調整があるのかを法的に分析するためには、この概念の外延に関するより詳細な吟味が必要であろう。たとえば(i)建築密度・容量に関する規律の隣人保護性(ii)当該用途地区外の隣人による援用の可否(iii)「事実上の用途地区」の外延(iv)用途地区がさらに区分された特別用途地区（建築利用令1条4項）などについてである。この点については他日を期したい。

筆者は別稿で、外国法の概念を日本の法律家が受け止めるに際して、(i)当該外国法の「内的視点」に立脚した上での検討と(ii)当該概念ないし理論の「機能と成立条件に対する一通りの吟味をすませた上であえてあくまで日本法における議論を出発点として答えようとする姿勢」の二つがありうると述べた⁸⁰。しかし、筆者の準備と力量の不足から、本稿はこの点でいかにも中途半端になっている。学恩限りない阿部泰隆先生にこのようなものしか献呈できない筆者の不明を申し訳なく思うばかりである。

⁸⁰ *松・注(1)168頁。