

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (五・完)

——ドイツ相隣法の考察——

秋山靖浩

序論

第一節 日本法における問題状況

第二節 問題意識と検討対象

本論 ドイツ法

第一節 関連規定の概観

第二節 BGB九〇六条の機能

一 所有者間の利益の調整

二 国土整備に対する機能 (以上七四卷四号)

三 BGB九〇六条の限界

第三節 民法上の請求権と都市計画との関係

一 序論——問題点の確認および検討の視点

二 判例 (以上七五卷一号)

三 学説における議論 (「3学説の展開」まで七五

卷二号)

四 小括 (以上七五卷四号)

第四節 ドイツ法の総括

結び——日本法への示唆も兼ねて——

一 都市計画との接点——相隣関係における調整の

再評価

二 都市計画との連携——その可能性と限界(以上本号)

本論 ドイツ法

第四節 ドイツ法の総括

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係を探るといふ冒頭の問題意識から、本論では、「BGB九〇六条の機能」および「民法上の請求権と都市計画との関係」という二つの論点を素材としてドイツ法の検討を行ってきた。検討を終えるにあたって、ドイツ法から得られたことを総括しておくことにしたい。もっとも、それぞれの論点については既に各部分で要点を整理してきた。⁽¹⁾そこで、ここでは、特に相隣関係における調整の論理と都市計画との関係という視点を意識しながら、ドイツ法からの重要な知見を振り返ることにする。

一 相隣関係における調整の論理と都市計画との接点

第二節「BGB九〇六条の機能」では、九〇六条の機能を考察することを通じて、相隣関係における調整の論理が都市計画とも接点を有することが明らかにされた。

九〇六条は、土地所有権の内容の決定に関わる規範として位置付けられていることから分かるように、イミッシェーションの生じる場面において土地所有権間の権限を調整し、土地所有者間の利益の調整を行っている。しかし、

ここで重要なのは、かかる調整の枠組みを通じて、九〇六条がさらに国土整備に対する機能をも有していることである。この国土整備に対する機能とは、相隣空間よりも広い空間を念頭に置いた上で、できる限り意味と目的に合った国土利用が実現されるように、イミッシオンをめぐる土地所有者間の諸権限を調整することである。

問題となるのは、かかる機能がどのような根拠から認められるのか、そして、九〇六条の中でいかなる形で体现されているのか、である。九〇六条の機能をめぐる議論からは、立法者の意図、個別の要件・効果、九〇六条の適応力、という三つの点が分析の手がかりとされうる。ただし、立法者の意図については、国土整備に対する機能それ自体が存在することの有力な証拠にはなりうるが、この機能の内容を決定付けるものではない。なぜなら、九〇六条の立法者は産業の促進という考えを強調していたにもかかわらず、現在ではこのような考えは転換されるに至っているからである。したがって、決め手になるのは、各規定における個別の要件・効果およびその規定の適応力を分析することである。⁽²⁾

まず、個別の要件・効果を分析する際には、以下の二つの点で国土整備との接点を検証することができる。一つは、個々の要件・効果の基礎となっている考え方と国土整備の特徴とを比較してみても、この両者が合致しているかどうかである。九〇六条では、「本質的な侵害」要件および「場所的慣行の利用」要件で、このような合致が見られる。特に、場所的慣行性要件の根本思想には、空間の所与の状況への適合を求めていること、および、土地利用を用途に応じて振り分けしていること、という側面において、国土整備の特徴が明確に反映されている。⁽³⁾ もう一つは、個々の要件・効果の中に、国土整備の目的に適合するよう当事者を促すような仕組みが用意されているかどうかである。九〇六条では、特に作用発生地の所有者を国土整備の方向へと促す形で、場所的慣行に適合した場合に

おける特権の付与(当該利用の存続保障)、および、これに適合しなかった場合に課される防止措置義務・補償義務の役割が、それぞれ指摘されていた。

次に、各規定の適応力については、その規定に含まれる不特定な法概念の解釈を継続形成させることによつて、現状と発展への適応力を獲得することができる。九〇六条では、「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念が一般的に動的な性格を有するとされてきたところ、近時では、これらの概念に一定の価値判断や特別法の規範的考慮を積極的に組み入れることを通じて適応力が活用され、実効的な環境保護——かかる環境保護も国土整備に対する機能を介して実行されている——のために役立つている。

このように、九〇六条の機能を見ていくと、相隣関係における調整という枠組みの中にも国土整備的・都市計画的な機能を組み込むことができる、ということが分かる。しかも、九〇六条においては、上で見たように、かかる機能が積極的に認識されているのである。もちろん、このように言うためには、相隣法の各規定について、その個別の要件・効果およびその規定の適応力をさらに詳しく分析することが必要である。しかし、少なくとも九〇六条に関する限りでは、相隣関係における調整の論理が以上のような形で都市計画とも接点——しかもかなり強力な接点——を持ちうることは、間違いない。

しかしながら、相隣関係における調整の論理が都市計画と接するとはいっても、都市計画を全て代替できるわけではない。九〇六条の国土整備に対する機能の場合、その限界は以下の二つの点に見出される。一つとして、九〇六条における判断の基礎となっているのは、場所的慣行性概念に良く示されているように、「現に存在している状況」である。したがって、将来の発展を規律することは本来予定されておらず、そこには自ずから今後の土地利用

の規律という面で限界がある。もう一つは、都市計画を規律する建設計画法との対比から明らかになる。建設計画法の基礎となっているのは、都市建設の発展および整序に関する「市町村の具体的な計画上の決定」であり、「現に存在している状況」には拘束されない。そのため、九〇六条と建設計画法とは、その基礎となっている評価が異なっており、評価矛盾という形で両者が交錯し合うことになる。当然ながら、建設計画法の存在意義は広く承認されており、これを否定することなどできない。したがって、ここでの課題は、建設計画法と九〇六条それぞれの意義を承認し両者の並存を前提とした上で、両者の交錯による弊害（とりわけ法的安定性の欠如）を回避するために、両者の調和を進めていくこととされる。

こうしてかかる調和が必要とされるということは、別の角度から見れば、国土整備・都市計画の領域において九〇六条の機能（国土整備に対する機能）だけでは諸課題に十分対応できない、という意味に捉えることができる。もっとも、以上のような限界があるとはいえ、前述の相隣関係における調整の論理と都市計画との接点自体がすべて否定されているわけではないことは、もう一度強調しておくべきである。

したがって、第二節「BGB九〇六条の機能」をめぐる議論からすれば、一方では、相隣関係における調整の論理はその国土整備的機能という側面で都市計画とも接点を有すること、しかし他方では、両者が交錯し評価矛盾を引き起こす場面では、相隣関係における調整の論理も都市計画との関係で限界があり、その帰結として、両者の調和が不可避的に必要とされること、以上の二つの認識が重要であろう。なお、この後者の認識は、第三節「民法上の請求権と都市計画との関係」にも色濃く反映されることとなる。

二 相隣関係における調整の論理と都市計画との連携

次に、第三節「民法上の請求権と都市計画との関係」では、一〇〇四条および九〇六条に基づく民法上の防衛請求権と都市計画との関係を考察することを通じて、相隣関係における調整を都市計画と連携させるべき場面があることが明らかにされた。

判例は、九〇六条における場所的慣行性の判断にあたって、Bプランの指定もその「手がかり」になるとする。しかし、実際には、九〇六条の一般的な解釈論に従い、当該地区における現実の諸事情が基準とされている。したがって、建設計画法が九〇六条の解釈に影響を及ぼすことは予定されておらず、そのため、都市計画上許容された建設起業案が(九〇六条の要件を満たす限りで)隣人の防衛請求権により阻害されるといふ事態が起こりうる。以上の判例の考えによれば、相隣関係における調整と都市計画とは、消極的な「手がかり」という意味で連携しているにすぎず、これ以上の連携は求められていない。

しかし、学説の多くは、上記のような事態が起こることを批判し、Bプランが実現に移されるべきこと、したがってBプランの指定内容に従う形で民法上の防衛請求権を解釈すべきこと(実質的にはこの請求権の成立を限定すべきこと)を強く主張している。その際に興味深いのは、かかる主張が、「相隣私法と建設計画法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」という課題と結び付けられていることである。このことは、相隣関係における調整と都市計画とが相互に独立して存在するのを前提としつつも、都市計画の任務や

機能に配慮して、一定の場面では両者が連携しなければならないこと——厳密には相隣関係における調整を都市計画の方に適合させること——を明確に示唆している。本稿で検討した、民法上の防御請求権とBプランの指定との関係は、まさにかかる連携が必要とされる場面の一つであった。

より重要なのはこの先である。上述の連携が何らの条件も付されることなく追求されることになれば、それは相隣関係における調整の仕組みや帰結を都市計画に無条件に服従させることになってしまふ。しかし、ドイツ法では、厳格な条件の下でかかる連携が主張されていることに注意すべきである。その条件とは以下の二つである。一つ目の条件は、計画による指定を具体化することである。その目的は、かかる具体化を通じて、計画策定の際の衡量過程において（潜在的な）イミッシオン紛争を的確に予測・処理し、それと共に隣人の受忍義務の範囲を明確にするところに見出される。二つ目の条件は、イミッシオン防止に関して、相隣私法におけると同程度の個別具体的で精密な制御が都市計画の枠内で行われていることである。本稿の検討では、建築利用令一五条が、九〇六条における場所的慣行性の判断を代替する機能を有するとされた。結局、上述の連携に際しては、このような二つの条件が示されているのである。したがって、より正確に表現するならば、これらの連携のための諸条件を満たさず限りで、相隣関係における調整と都市計画との連携が学説において目指されていると言える。

もっとも、おおよそ以上の二つの条件が示されているとはいえず、学説においては、具体的な結論の根拠付けをめぐって根本的な対立が見られる。第一に、Bプラン策定に際しては隣人の私益も衡量されるが、それは民法上の防御請求権を排除できるだけの程度と範囲を伴って行われているか。第二に、ある建設起業案が都市計画において許容されている場合に、当該起業案の計画法上の適法性だけでなくイミッシオン防止法上の適法性も判断されてい

るのか。第三に、計画判断に必然的に伴う「予測リスク」に対して適切な対応がなされているか。しかし、これらの根本的な対立点のうち、最初の二つについては、上で示した連携のための条件を援用することでその対立を止揚することができる。まず、計画指定の具体化——上記の一つ目の条件——を行うことによって、計画策定時における衡量の精緻さが確保されることになる。次に、ある特定の建設計画法上の判断（ここでは建設許可手続における建築利用令一五条に基づく審査）がイミッシオン防止に関する精密な制御——上記の二つ目の条件——を担当していると理解することによって、イミッシオン防止法上の適法性も、計画法上の適法性と共に都市計画において確実に担保されることになる。このように、これら二つの対立点は、上述の連携の条件を満たすことによって解決可能であると考えられる。

さて、残された第三の対立点であるが、これは民法上の防御請求権に残された役割と密接に関係する。そもそも連携のための上述の条件が整わない場合には、当然ながら、民法上の防御請求権は都市計画の内容とは無関係に解釈される。その結果、民法上の防御請求権が隣人に認められることが多くなるであろう。しかし、重要なのは、連携のための条件が整っている場合であっても、「予測リスク」（イミッシオンの予測が不適切であると事後に判明する事態）へ対処する必要があるため、民法上の防御請求権にその役割が割り当てられていることである。民法上の防御請求権を通じて隣人の過度の負担を回避することが、その目的である。したがって、連携という道筋が必要であるとしても、上記の条件が満たされない場合にはこの連携が破られるべきこと、そして、都市計画に伴う「予測リスク」への適切な対応は依然として民法上の防御請求権——したがって相隣関係における調整の領域——に委ねられていること、以上が確認される。

結局、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係に引き付けて考えれば、第三節の検討からは以下の認識が導かれる。第一に、相隣関係における調整と都市計画は、両者が交錯する場面では両者の連携という方向に進む必要がある。この連携とは、都市計画における判断内容が相隣関係における調整の中に流れ込み、原則としてその基準になる、という意味に捉えられる。第二に、しかしながら、民法上の防御請求権と都市計画との関係に限っても、かかる連携のためには厳格な二つの条件が要求されており、無条件の連携が主張されているわけではない。そして、第三に、かかる連携の裏面として、連携のための条件を満たしていない場合には連携を進めるべきではない。また、条件を満たしているとしても、「予測リスク」への対応手段として、民法上の防御請求権にいわば「非常ブレーキ」としての積極的な役割が依然として残されている。

(1) 前者については、本論第二節二六および同三4、後者については、本論第三節四を、それぞれ参照されたい。

(2) 上述の小括(本論第二節二六)の所では、以下で言及する二つの視点と立法者の意図とを、並列するものとして整理した。しかし、前述のように、九〇六条に期待される役割は変遷しており、それに伴って、立法者の意図していた内容——とりわけ産業の促進——が当時のまま維持されていないのである。そのことを踏まえて、ここでは、以下で言及する二つの視点を重要視することとした。もっとも、このように言ったからといって、九〇六条が国土整備にも関わっている、という立法者の認識それ自体が否定されるわけではない。立法者の意図は、依然として、国土整備に対する機能の存在を実証するための「一つの」——「重要な」とまでは言えないだろうが——手がかりとなりうる。

(3) したがって、序論第一節二2で引用した沢井教授の指摘(「相隣法は場所的慣行上の土地利用を保護(…)することによって——紛争の地域性を保持し相隣関係の拡大分解を防いで自己の領域を確保せんとして結果的に——住居地域商業地域ならびに工業地域の分離、独立を促進して私的自治による都市計画の機能を果たす」(沢井裕「紛争の衡平な解決のための小論——相隣法的観点からの考察——」私法二三号(一九六一年)七五頁)は、現在においても依然として正しい認識である。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(五・完)(秋山)

結び——日本法への示唆も兼ねて

本稿は、「相隣関係における調整の論理」について現代都市法からの問題提起に込えられるだけの考察がなされていないとの認識の下、「相隣関係における調整の論理」を主として都市計画との関係を念頭に置いて検討してきた。それでは、ドイツ法から学んだことは、日本法における問題意識に対してどのような示唆を与えてくれるのだろうか。以下では、ドイツ法の考察に即して、都市計画との接点（一）および都市計画との連携（二）という視角から、「相隣関係における調整の論理」の意味を探っておきたい。

一 都市計画との接点——相隣関係における調整の再評価

1 都市計画との接点を意識する必要性

本稿で強調したいことの第一は、相隣関係の制度の中で行われる土地利用の調整という枠組みの中にも都市計画的な要素を組み込むことができるし、またより積極的に組み込んでいくべきではないか、ということである。

冒頭で述べたように、日本法における理解によれば、隣接する個別の土地での適切な利用を確保しようという指摘は見られるものの、空間・国土の秩序付けといった目的に言及されることはほとんどなかった（序論第一節二1および同第二節一1）。しかしながら、ドイツ法の検討を通して見てきたように、相隣法——相隣関係の制度がその

中核を構成するであろう——はそれほど狭いものとは捉えられておらず、国土整備・都市計画（近時では環境保護）にも寄与しうるほどの機能を有しているのである。このことに照らして考えると、日本法における一般的な理解は、相隣法の果たしうる（あるいは果たすべき）機能を過小評価しているのではないか、との疑念が生じうる。むしろ、相隣法における調整の仕方次第では空間・国土の適正な利用という目的にも奉仕できることを、積極的に意識すべきように思われる。

かかる意識を持つ必要性は、上で見たドイツ法の知見から導かれるだけではない。さらに、以下の二つの指摘からも重要だと考えられる。

まず、近時の借地借家法における指摘が示唆的である。それによれば、土地・建物の利用関係をどのように規律するかは都市空間や土地利用秩序の形成あるいは各種の土地・住宅政策と密接に関係しているから、借地借家法の性格や機能を考える上でも、私権調整としての側面だけでなくかかる側面にも十分配慮して検討がなされるべきである、と指摘される。そして、かかる位置付けからすれば、「借地・借家法が、良好な都市空間の形成・維持、適切な土地利用秩序の形成・維持、社会構成員の居住の保障などの目的のために、他の民事的・行政的・刑事的な諸制度と機能的に役割を分担する」とされている。⁽¹⁾ このような理解は、相隣法についても基本的に妥当するのではなからうか。なぜなら、相隣空間を対象として土地の利用関係を調整・規律しているという点では、相隣法も都市空間や土地利用秩序の形成・維持と広範に関連しているからである。⁽²⁾

さらに最近では、相隣法の論点を考察する際の視角として、「地域的土地利用の公序」あるいは「地域の生活利益秩序」が指摘されていることも注目される。ここで重要なのは、「建築法規・都市計画法規」もかかる公序ない

し秩序を形成する重要な因子とされていることである。そして、このことを前提とした上で、建築法規と民事法規範——これも形成因子の一つである——との適用関係が考察され、あるいは、具体的な解釈論への反映が試みられているのである。⁽³⁾この指摘からすれば、相隣関係における調整の枠組みは、民法上の相隣法規定にとどまることなく、建築法規・都市計画法規をも含む上記の公序ないし秩序の視角から再評価されていくべきであろう。

もっとも、上述の意識は、相隣関係における従来の議論の中でも、既に暗黙のうちに示されていたようにも思われる。例えば、建築基準法六五条と民法二三四条一項との関係が議論される際、「特則説と非特則説の相違は、条文解釈の点だけではなく、都市建築行政における合理的効率的土地利用と生活環境保全という基本的価値の問題やさらには都市行政の現状に対する認識や評価の点にも及んでいる」と指摘されていた。⁽⁴⁾つまり、相隣関係規定を解釈するにあたっては、都市空間や土地利用秩序の形成という視点を無視することはできず、⁽⁵⁾これらの視点を積極的に取り込んだ解釈論・立法論が展開される必要がある。

このように見ると、相隣関係における調整の論理は、土地所有者間での利益の調整という側面からだけでなく、都市法——およびその中心的手法たる都市計画・土地利用計画——や都市政策の文脈の中でも理解される必要がある。つまり、相隣関係における調整の論理は、国土整備・都市計画という視角に一層重きを置いてその意味を説明することも十分できる。このことは、一方では、相隣法の従来の位置付けをかける視角から再吟味する必要性を示している。また他方では、相隣関係における調整を必要とする場面では、空間・国土の適正利用といった都市計画の要素にも従来以上に目を向けていかねばならない。既にこれまでには、相隣法の基本原則の構造として、「相隣者間の相互顧慮の義務が一方では個人対個人の利益調整という柱(信義則)に、他方では個人対社会ないし

国家の利益調整という柱（公共の福祉の原則）にそれぞれ支えられている」との示唆的な指摘があった。ここで「社会ないし国家の利益」として直接に都市計画の要素が掲げられていたわけではないが、そこには都市計画に通ずる要素も見られなくはなかった。⁽⁶⁾ 本稿でのドイツ法の考察からしても、この「社会ないし国家の利益」の中には都市計画の要素も含めることができるし、また、より積極的にこれを含めていくべきではないか、と考えられる。そして、それは、具体的な問題の解決にも反映されなければならないであろう（その一例として下記2参照）。

ところで、その際には、どのような意味での「都市計画の要素」を組み込むべきかも問われることになろう。これをどのように理解するかによって都市空間・土地利用秩序の形成にも一定の影響が及びうるだけに、⁽⁷⁾ 避けては通れない問題である。しかし、本稿はこの点を検討対象としておらず——主たる関心は相隣関係における調整の論理と都市計画の要素との間に接点があるかどうかに向けていた——、これに具体的な回答を示すことはできない。もっとも、近時のドイツ法において、法規定の柔軟な適応力を媒介として環境保護の要請が積極的に反映されていることは、この問題を考える上でも注目されて良からう。

2 分析の視点

問題は、抽象的には以上のように言えても、具体的にはかかる「接点」がどのようなものなのか、つまり、いかなる仕組みを通じて相隣関係における調整の中に都市計画の要素を組み込むことができるのか、である。ここでも、BGB九〇六条の機能をめぐる議論から抽出される視点が参考となりうる（本論第二節二3～5参照）。

(1) 一般論

まず、立法者が都市計画の要素を意図していたかどうか、都市計画の要素としていかなる内容を予定していたか、を明らかにすることが考えられる⁽⁸⁾。しかし、ドイツ法を見る限り、これは決定的なものとは言えない。例えば、BGB九〇六条の立法者が都市計画的機能として主に産業の促進を強調していたにもかかわらず、近時の九〇六条はますます環境保護を考慮して解釈されるようになっていくからである(本論第二節二3(4)および同5(4)参照)。このことは、立法者の意図が必ずしも決め手にならないことを示していると言える。

そこで、以下の二つの視点を基にして、上記課題を説明していくことが考えられる。

第一は、個別の要件・効果を対象として、その中に都市計画の要素が含まれていないか、あるいは、都市計画の要素を含む形でこれらの要件・効果を再構成することができないか、である。ドイツ法を具体的に参考にするならば、ある要件について、実質的に——場所的慣行性要件のごとく——用途地域制に類似した役割を持っていないか、またかかる役割を持たせることができないかを吟味してみる。あるいは、当事者に課される法的効果の側面において、都市計画上の一定の目標へと関係当事者を誘導するように、当事者間の利益・不利益を金銭的に調整する仕組みを設定しておく。第一の視点からはこのような方法を具体的に想定することができる。

ところで、以上の視点、特に要件の解釈については、「私人による法の実現」の観点からも説明できる。上述の「生活利益秩序」の視角は、この秩序が「個別的な私的利益」と「公共的な利益」という二重の性格を帯びていて、二つの利益の間に相互依存関係(公共の利益の実現が私的利益の実現を通じて確保され、公共の利益の実現によって個別的・私的利益もまた実現される、という関係)が成立していることに着目する。そして、公共の利益の実現という側面を重視して問題を把握し、それを私的利益の実現を図る際の具体的な要件の解釈に反映させる、というので

ある。⁽⁹⁾ここで、都市計画の理念・目的が「公共的な利益」として援用されるならば、その実現を指向しながら民法上の要件を解釈することも十分に成り立ちうる。いずれにせよ、ここで示した第一の視点は、かかる観点からも裏付けることができよう。

第二は、不特定な概念の柔軟な解釈（特に価値や評価の観点の導入）を通じて当該規範が適応力を持つことができなにか、そして、その適応力を介して都市計画の要素を組み込むことができなにか、である。上述のように、BGB九〇六条の機能の内容はこの適応力に大きく依拠していた。その意味では、かかる適応力にもこれまで以上に注目する必要がある。日本法においても、各規定にどの程度の適応力があるのかを見極めた上で、都市計画の要素を一層強力に反映させるような形でその適応力を活用していくことが考えられる。もともと、このような視点自体は、例えば建築基準法六五条と民法二三四条一項との関係をめぐって既に意識されていたと見ることもできる。なぜなら、そこでは、都市空間・土地利用秩序のあり方を決するに際して、相隣関係における調整の適応力や柔軟性を生かしていこうとする考えも示されていたからである。⁽¹⁰⁾ドイツ法の動向に照らしてみても、かかる考えは基本的に妥当であると評価できるのであり、今後もこのような方向性を進めていく必要があろう。

かくして、相隣法の現状分析——相隣関係における調整が都市計画の要素も含んでいるのかどうか——をするに際しても、また、今後あるべき相隣法の構築——相隣関係における調整にいかにして都市計画の要素を組み込むべきか——を検討する上でも、以上の二つの視点を手がかりにして検討を進めていくことが肝要であると思われる。なお、民法の相隣関係規定については、時代遅れと評価されつつも、「社会生活の実態の変化と考えあわせて、その趣旨を可能な範囲で現代に生かしていくことが必要である」との指摘が既に⁽¹¹⁾ある。上記の二つの視点は、都市計

画という側面からかかる「生かし方」を模索する際の重要な手がかりにもなるだろう。

(2) 囲繞地通行権の幅員をめぐって

さて、以下では、囲繞地通行権の幅員をめぐる議論を素材として、上で述べてきたことを検証してみよう。なお、この点について包括的に検討するものではないことを、あらかじめお断りしておく。⁽¹²⁾

囲繞地通行権の幅員を決定する際、⁽¹³⁾建築基準法令上の規制(具体的には建築基準法四三条一項の接道義務)も考慮されるべき事情にあたるかどうか重要な論点とされている。近時の最高裁判例はかかる考慮を否定する方向に再び傾いていると言えるが、⁽¹⁴⁾学説上はこれを考慮すべきであるとの理解が圧倒的である。⁽¹⁵⁾ もっとも、考慮されるといってもそこにはかなりの程度の違いがあり、⁽¹⁶⁾一様な理解が示されているわけではない。

その際に筆者が注目するのは、⁽¹⁷⁾「囲繞地通行権の法制度上の位置付けとして、「積極的な不動産利用の調節」という目的を強調し、「時代と社会の変遷に対応しつつ常に柔軟な土地の活用を許す制度として機能しえなければならぬ」と指摘する見解である。この見解によれば、⁽¹⁸⁾「囲繞地通行権が本来であれば囲繞地所有者に一方的な犠牲を強いる制度ではないことを前提とした上で、できるだけ前向きに通行権者の主張を肯定していき、それと同時に、通行権の対価、妨害排除の費用、損害賠償などを含めた「広い意味での償金」によって問題解決がなされるべきだ、と主張される。⁽¹⁷⁾

かかる見解は、本稿の検討対象としてきた、⁽¹⁹⁾「相隣関係における調整の論理と都市計画との接点から見ても、興味深い内容を含んでいる。」

まず、「積極的な不動産利用の調節」という目的を強調していることは、⁽²⁰⁾「相隣法の現代的な位置付け、つまり、

都市計画の視角からも相隣関係における調整を捉え直すべきだとの本稿の理解から見て、基本的に妥当な方向性を示している。これに対しては、土地利用関係の調整は「私的自治による自然の調整」を原則としており、囲繞地通行権は「土地利用の最低限」を保障しているにすぎない、との立場もありうる。この立場によれば、この問題は囲繞地通行権の問題ではなく、むしろ再開発や区画整理事業のような総合的かつ強制的な施策によって解決されるべきという¹⁸⁾。しかし、鋭く対立する当事者間で、そもそも両者の合意により問題を解決できるのかどうかは相当疑わしい¹⁹⁾。しかも、上述の都市計画との接点に鑑みるならば、相隣関係における調整の枠内でも、建築基準法令上の要請（通行の確保、非常時の防火・避難、衛生など²⁰⁾）に配慮しつつ、袋地の適正な利用を確保するべく、隣地間の利用を積極的に調節することは十分に可能である。したがって、かかる相隣関係の調整の枠内でもはや適切な解決を見込めないような深刻な場面であればともかく、かかる場面に該当するかどうかを慎重に吟味せずに、相隣関係における調整を放棄して直ちに公法上の手法に解決を委ねてしまうことは、拙速すぎるのではなからうか。

次に、この見解の具体的な内容も、上述の分析の視点に適うものと言える。

分析の視点の第一については、金銭的な調整が解決手法として積極的に位置付けられていることを挙げる事ができる。償金の額が適切に設定されることによって、直接的には、囲繞地所有者の負うべき通行路の負担が軽減されることになる。しかし、さらには、建築基準法令上望ましい幅員の通路が確保される（しかも囲繞地所有者の妨害を受けることなく保全される）、という結果をももたらす。つまり、（広い意味での）償金という法的効果の側面から都市計画的な機能が発動しているのである。なお、この見解は、状況によっては、償金に代わり換地による解決も提案している。かかる手法にまで達すれば、囲繞地通行権の制度の機能は、都市計画的な要素をさらに直接的に

反映したものとして把握されることになる。

分析の視点の第二については、不特定の法概念ではないものの、幅員決定の際における諸般の事情の総合衡量という柔軟な枠組みに、この制度の適応力の根拠を見出すことができよう。本稿の検討に引き付けて言えば、このような柔軟な枠組みによって幅員決定に相当の適応の範囲が認められるからこそ、その中において上記見解の価値判断——「積極的な不動産利用の調節」あるいは「時代と社会の変遷に対応しつつ常に柔軟な土地の活用」——をかなり弾力的に反映させることができる。また、かかる価値判断を積極的に反映させることは、利益⁽²¹⁾衡量に上のような形で一定の枠付けを与えて、問題解決の一般的な基準を明らかにすることにもなる。

以上のように、この問題を議論するにあたっては、圍繞地通行権の制度およびその背後にある相隣関係における調整の枠組みが都市計画の要素をも含んでいることに、もっと目を向けるべきものと思われる。このことを示唆している点で、上記見解は再評価を受けるに値する。

3 相隣関係における調整の論理の限界

もっとも、いかなる場面でも、相隣関係における調整に都市計画の要素を組み込むことができるわけではない。上で見た、圍繞地通行権の幅員の決定をめぐる議論に、既にこのことが示されている。まず、都市計画の要素を組み込むための仕組みとして、上述では柔軟な解釈による適応力に着目した。しかし、かかる仕組みが利益衡量という枠組みである以上、建築基準法令上の規制(およびその趣旨)は、判断のための——重要ではあるが——あくまでも資料の一つとしての位置にとどまる⁽²²⁾。かかる都市計画の要素だけを直接に反映させることには限界があろ

う。次に、上記の注目すべき見解は、通行権の確認と共に償金の支払いを命じる判決、土地区画整理法の規定を準用した換地などを主張している。しかし、これに対しては、これらの解決が現行法の下で実行可能なのか、現行法の枠を越えてしまっているのではないか、との疑念が表明されており、しばしば立法的な解決が求められている。⁽²³⁾このことは、再開発や区画整理、あるいは都市計画における計画的土地利用や許可制度によって問題に対処していく必要性を示している⁽²⁴⁾と共に、相隣関係における調整という枠組みの限界を明らかにしている。

このように、相隣関係における調整の論理の中に都市計画の要素も含まれるとはいっても、そこには一定の限界がある。都市計画等に関わる課題をすべて相隣関係における調整の中で処理できるわけではなく、具体的な問題の解決に際してもこの点に十分に注意しなければならない。しかし、それでも、相隣関係における調整の論理に対する従来の理解は再検討されるべきではないか。そして、限界に至るまでは、その論理の中に都市計画の要素を積極的に組み込んでいっても良いのではないか。以上がここでの結論である。

二 都市計画との連携——その可能性と限界——

1 交錯場面における連携の必要性

相隣関係における調整の論理を以上の意味で都市計画と接点を有するものとして理解するとしても、相隣関係における調整が都市計画の全ての機能を代替することはできない以上、両者にはそれぞれ独自の目的と機能領域が存在している。そうすると、相隣関係における調整の結果として下された法的判断が、都市計画の中での法的判断と

矛盾するような事態が起りうることになる。

本稿で強調したい第二のことは、両者がかように交錯・矛盾を来たす場面において、一定の条件が満たされる限りで両者を連携させる方向に進むべきではないか、ということである。しかも、ここで言う「連携」とは、都市計画において下された判断内容が相隣関係における調整に基準として流れ込むこと、具体的には、都市計画の内容に沿う形で民法上の請求権を解釈すること、という意味である。

もちろん、前述の通り、相隣関係の制度と都市計画はそれぞれ独自の目的と機能を背景として存在しているのであって、それゆえに、両者が一般に並存していることが前提であることは言うまでもなからう。しかし、それにもかかわらず、両者の判断が矛盾する場面では、上述の連携の方向に進んでいく必要性がある。その理由は以下の二つの点に見出される。

第一は、当事者(ドイツ法の論点では建築主と隣人)における予測可能性および法的安定性を高めることである。ある一つの生活関係について相隣法と都市計画とが異なった規律を行うような事態(ドイツ法の議論で言う「評価矛盾」)は、できる限り回避されるべきと考えられる。⁽²⁵⁾この場合、一つの方法としては、具体的な場面への適用にあたって、相隣関係における調整そのものを都市計画との関係で全面的に排除してしまう——したがって都市計画に全てを委ねる——ことも考えられなくはない。しかし、ドイツにおける議論の展開に照らしてみると(本論第二節三4および同第三節三1(1)参照)、かかる方法を正当化することは相当に難しいと推測される。⁽²⁶⁾むしろ、両者がそれぞれの存在意義を持ちつつ並存していることを前提とした上で、相互の連携を図っていく道筋が支持されらうであろう。

ここでも、借地借家規制と隣接諸制度との関係についての指摘が参考になりうる。すなわち、借地借家規制については、特に「正当事由」や地代・家賃の「相当性」といった不透明な基準を明確化すべきことがしばしば主張されている。そこで、これらの規制を撤廃すること——つまり契約自由に回帰すること——がひとまず考えられる。しかし、さらには、「借地・借家規制を基本的に維持した上で、都市・土地・住宅政策上の隣接諸制度との連絡・調整の下に基準の明確を実現するという方法」(傍点筆者)もあることが指摘されている。⁽²⁷⁾ 問題場面こそ異なるものの、上述の連携(連絡・調整)の道筋は、基準の明確性を高めることを通じて、当事者の予測可能性や法的安定性の確保に奉仕することになると思われる。

第二に、これまであまり意識されてこなかったように思われるが、都市計画で指定された内容を実効的に実現に移す必要性も挙げられる。ドイツ法では、都市計画で実現されるべき目標がその後民法上の請求権によって阻害されてしまうことは避けるべきだ、との価値判断が多く⁽²⁸⁾の論者により共有されていた(本論第三節三(1)参照)。もっとも、このように言うためには、かかる計画による公的介入と私権制限が実体的・手続的に正統化されていること、そして、かようにして正統化された都市空間に対する「公共的・計画的コントロール」の仕組みが広範かつ詳細に整備されていることが、その前提になっていると考えられる。⁽²⁸⁾ 日本の都市計画についても同様の前提が当てはまるかどうかは、慎重な検討を要する必要がある、ここで直ちに判断することは難しい。どちらかといえば、このような前提は整っていないというべきだろうか。⁽²⁹⁾ しかし、仮にかかる前提が成立している場合——都市法の論理としてはこちらの方が望ましい——には、都市計画の実効性が害されないようにするため、⁽³⁰⁾ 相隣関係における調整を都市計画の中で判断に接近させていくような形で連携を図っていくことが必要となる。

このような理由から、あるべき形としては、両者の連携という方向が模索されるべきものと思われる。

2 分析の視点と連携の条件

しかし、注意しなければならないのは、このような連携が一定の条件の下でのみ成り立つことである。

連携を図る上での分析の視点としては、ドイツ法での論争から示唆を得ると、以下の二つが少なくともポイントとなりうる（本論第三節三・二参照）。一つ目は、相隣関係において調整対象とされる私益が、都市計画の策定に際していかなる程度・範囲で衡量されているかである。二つ目は、相隣関係における調整の枠組みの中で下される、ある事項——本稿の検討では騒音など土地利用に伴って生ずる作用——についての適法性の判断が、都市計画の中でも行われているかどうかである。そこで、相隣関係における調整と都市計画とが交錯・矛盾する場面では、以上の二つの視点を念頭に置きながら、連携の方向が模索されるべきである。その際、これらの視点に対して説得力ある説明を示すことができ初めて、連携という道筋も正当化される。

もつとも、ドイツ法は既に、これらの分析の視点に対する確かな回答を用意していた（本論第三節三・4(1)(2)参照）。連携のために必要とされる条件がこれであり、一つ目の視点については、計画指定を具体化することによってきめ細かな衡量を行うこと（第一の条件）、二つ目の視点については、相隣私法における同程度の個別具体的で精密な制御の仕組みが都市計画の枠組みの中でも制度化されていること（第二の条件）が、それぞれ要求されている。日本法においても、これら二つの条件が満たされているかどうかを基準の一つとして設定した上で、相隣関係における調整と都市計画との交錯場面を再検討していくことができよう。

この点について一つの素材となりうるのが、スーパー銭湯建築工事禁止仮処分申立事件（名古屋地決平成九年二月二一日判時一六三二二七二頁）⁽³¹⁾である。ここで問題になったのは、建築確認を得た建物とそこから生ずる近隣住民の被害の受忍限度との関係である（なお、かかる場面で主張される差止請求権は、必ずしも相隣関係における調整の枠組みだけから導かれるわけではない。しかし、本件では、後述の通り所有権に基づく差止請求権が認められたことから、相隣地の所有権者間の権限を調整したものと理解してよからう）。

〔事案の概要〕 Y_1 が第一種低層住居専用地域内の土地にいわゆるスーパー銭湯⁽³²⁾の建築を予定し、 Y_2 との間で建物建築工事の請負契約を締結した。これに対して、近隣の住民である X らは、本件スーパー銭湯が第一種低層住居専用地域で建設することを認められた「公衆浴場」（建築基準法四八条一項、同法別表第二(イ)項七号）には該当しないこと、および、本件スーパー銭湯の稼動による被害（付属の機器や設備類による騒音・悪臭・照明・低周波音など）や来場する自動車による被害（交通の危険、排気ガス、騒音など）が受忍限度を超えていることを理由に、 $Y_1 \cdot Y_2$ を債務者として建築工事禁止の仮処分を申し立てた。なお、本件スーパー銭湯については、 Y_1 が用途を公衆浴場とする本件建物の建築確認申請をしたところ、建築主事により建築確認処分が下されている。

裁判所は、 X らのうち三世帯一〇名について、来場する自動車のエンジン音・ドアの開閉音やそれを持つ客の声による騒音被害が受忍限度を超えているとして、所有権あるいは人格権に基づく建築差止請求権を認めた。

〔判旨〕 まず、本件スーパー銭湯が上記の「公衆浴場」に該当するかどうかについては、主要棟の用途を公衆浴場とする建築確認処分がなされている以上、本件スーパー銭湯が上記「公衆浴場」にあたらないことを理由に直ちに本件の建築の差止を認めることは、行政処分の公定力に反して許されない。ただし、「当該建築が公法上の規制に適合しているか否かは私法上の差止請求における受忍限度を判断する際の一つの重要な要素となり得る」。第一種低層住居専用地域における建築規制を見る限り、ここで建築できるのは、「専用住宅を中心として、住宅の近隣に不可欠な社会、文化施設や公益上必要な施設であり、かつ住宅地の静穏を害するおそれのない用途に供されるもの」に限られる。しかし、本件スーパー銭湯は、第一種低層住居専用地域において建築することができるとされた「公衆浴場」の趣旨——「家庭に内風呂を有しない近隣住民の衛生を確保するために必要不可欠な施設」——に沿う施設ではな

い。したがって、Xらの被る侵害が受忍限度を超えるか否かを判断するにあたっては、「かかる本件スーパー銭湯の位置付けを念頭に置く必要がある」。

次に、被害が受忍限度を超えているかどうかについては、三世帯一〇名が上記騒音によって大きな被害を被る。かかる騒音被害は、この三世帯一〇名の土地および居住地域が「低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するために定める地域とされる第一種低層住居専用地域に属して」いること、および、本件スーパー銭湯が「建築基準法別表第二(イ)項七号が第一種住居専用地域において建築することができる建築物として「公衆浴場」を規定している趣旨に沿う施設とはいうことはできない」ことに照らすと、受忍限度を超えている。

本事件では、建築確認を得ていたにもかかわらず、民法上の請求権——これは相隣関係における調整の結果と見ることができ——によって建築の禁止が認められてしまった。上述の連携の必要性からすれば、かかる事態は本来的には回避されるべきであり、都市計画上の法的判断に従う形で民法上の請求権も解釈される(つまり建築差止請求は認められない)ことになるはずである。しかし、問題は、このような連携を導くための条件が満たされているかどうかである。

まず、第一の条件については以下のように言えよう。第一種低層住居専用地域において建築できるとされる「公衆浴場」の意味が問われていることから分かるように、かかる用途地域の指定およびそこで建築できるとされる「公衆浴場」の内容については、その具体性が欠けている⁽³³⁾。しかも、スーパー銭湯が公衆浴場法では——本来予定された「公衆浴場」とは異なるにもかかわらず——「公衆浴場」に該当すると解される可能性があるだけに、本決定の結論(スーパー銭湯は第一種低層住居専用地域において建築できる「公衆浴場」には該当しない)が出て、この概念の内容は依然として不明確なままである。他方、ドイツ法に目を転じてみると、スーパー銭湯と同じく娯楽・レジャー的な性格を備えるスポーツ施設の建設に際しては、当該施設から生じうる紛争を的確に予測しこれに対処す

るために、スポーツ施設につき具体的な指定をすることが求められている。⁽³⁵⁾そして、このことも一つの前提として初めて、民法上の請求権の排除という結論が導かれているのである。かようなドイツ法の展開に照らしてみても、スーパージョウについて計画上の指定の具体性が乏しいことは明らかである。⁽³⁶⁾

次に、第二の条件については、ドイツ法における建築利用令一五条による審査（本論第三節三4(1)(b)②参照）に対応するものとして、建築確認をこれと同視することができないかどうか、という問題設定が考えられる。

建築基準法六条一項によれば、建築主事等が行う建築確認の対象は、「この法律（建築基準法：筆者注）並びにこれに基づく命令及び条例の規定」だけでなく、「その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるもの」にまで及ぶとされている。ここで第二の条件に依拠するならば、仮に建築確認の際に騒音等の生活妨害についての規律も審査の対象とされており、かつ、この段階で相隣私法におけると同程度の個別具体的で精密な制御が行われている限りで、民法上の差止請求権は排除されるという帰結が導かれることになろう。こうして上述の連携が果たされることになりそうである。

しかしながら、これは否定されるべきである。建築確認の際の審査対象法令について、通風、静穏、眺望、プライバシー、風紀、景観、騒音などの問題や民法の相隣関係の規定はこれに含まれないと解されている。しかも、建築主事等は確認対象法令以外の法令を審査する義務も権限もないとされているので、これらを理由として確認拒否を行えば、当該拒否行為が違法にさえない。⁽³⁷⁾このように、建築確認に際しては、そもそもイミッシオン防止に関して何らの審査もなされていないのであり、ドイツ法における建築利用令一五条の審査と同一視する根本的な前提すら欠けていると言わざるをえない。

ここでさらに注意すべきは、仮に騒音などの問題が確認対象になっていたとしても、それだけでは連携——すな

わち民法上の差止請求権の排除——を認めるには不十分ではないか、ということである。⁽³⁸⁾ドイツ法における建築利用令一五条に着目する見解は、そこで行われる制御の仕組みが九〇六条におけると同程度に個別具体的に精密であることを根拠として、連携を正当化していた。つまり、審査の本身についても厳しい要求が課せられているのである。したがって、建築確認の審査対象になっている場合であっても、さらに、その審査が相隣法における調整の枠組みの中で予定されているのと同程度の個別具体性と精密性を伴って行われているかどうかを検証されなければならない、ということになろう。⁽³⁹⁾

以上見てきたように、計画指定の具体化がほとんどなされておらず、イミッシオン防止や相隣関係規定が建築確認の審査対象となっていない以上、相隣関係における調整と都市計画とが連携するための条件はそもそも満たされていない、と評価できる。それゆえ、都市計画との適合性を理由として民法上の差止請求を排除することはできない。一般的な理解の通り、当該侵害が受忍限度を超えているかどうかによって民法上の差止請求権の成否が決められることになる。その際、都市計画法令・建築基準法令に適合していたかどうかは、本決定の述べるように、受忍限度を判断する際の一つの——ただし違反している場合には重要な——要素となるにすぎない。⁽⁴⁰⁾

なお、これまで述べてきた、都市計画との連携に関する分析の視点と連携の条件は、本決定に限らず、相隣関係の場面における民法上の規律と都市計画との関係を考える上でも、同様に参考にすることができよう。なぜなら、ここで示した二つの分析の視点と連携の条件は、他の問題にも一般化できるような内容を備えているように思われるからである。もっとも、その他の具体的な論点をかかると発想から再検討することは、今後の課題としたい。

3 連携の限界——民法上の請求権の役割

連携が望ましいとはいっても、上記決定を通して明らかにされた通り、連携のために要求される二つの条件はほとんど満たされていないのが現状であると思われる。その結果、都市計画との交錯場面においても、相隣法の規律に基づく解決手法（ここでは民法上の差止請求権）が依然として活用されることになる。相隣法による問題対処の必要性が前面に出てくるのである。

ところで、ドイツ法の検討で見られたように、民法上の手法には、上記の連携の条件を満たしている場合であっても、計画判断に伴う「予測リスク」への対処という役割が予定されている（本論第三節三4(3)参照）。しかし、日本法においては、そもそも連携の条件自体が整備されていないため、かかる役割を論じるところにまで至っておらず、ほとんど全ての場面で民法上の差止請求権の独自性が認められる。そもそも「予測リスク」への対応というのは、連携が広範に成立すること——つまり民法上の請求権が排除されやすくなること——を前提とした上で、それにもかかわらず緊急の場面では民法上の請求権の成立を認めてそこに「予測リスク」への対処という積極的な意義を見出す、との意味で語られるものであり、日本法の現状は未だそこまで進んでいないと言えよう。

結局、以上のような日本法における現状を踏まえると、都市計画との関係で民法上の請求権の役割を以下のようにまとめることができよう。

理想型としては、相隣関係における調整と都市計画とは連携し合うべきであり、具体的には、都市計画法令に適合した建築が民法上の請求権によって事後に妨害されるべきではない。かように民法上の請求権の排除を正当化するための構成としては、例えば、当該の（騒音等の発生の恐れがある）建造物をイミッシオン防止に配慮して具体的に都市計画の中に位置付けること、および、建築確認の審査対象を広げて、当該建造物が民法上も適法であること——建造物からの生活妨害が受忍限度を超えていないことや相隣関係の規定を遵守していることなど——を建築

確認の審査の対象とすること、などが考えられる⁽⁴²⁾。しかし、現状を見る限りでは、かかる連携のための条件はほとんど整備されておらず、連携を主張することは全く正当化されえない。そこで、これまで一般的に行われてきたような形で民法上の請求の成否が判断されることになる。その結果、その都度の諸事情にもよるが、都市計画法令・建築基準法令に適合した建造物に対しても、民法上の請求権を行使することが認められうる。このような状況は、本来の理想であれば具体的な計画指定や建築確認による審査などの都市計画・建築規制法上の枠組みにおいて適切かつ厳格に規律されるべきイミッシオン防止などの問題を、民法上の請求権がこれに代わって担当し処理している、ということを示すものとして理解できる⁽⁴³⁾。もちろん、当事者の予測可能性や都市計画の実効性の確保という観点から見れば、かかる状況は望ましいとは言えない。しかし、上述の条件が満たされていない以上、やむをえないことである。結局、この点に、都市計画との関係における、日本法特有の民法上の請求権の役割(さらにはその基となる相隣関係における調整の役割)を見出すことができる。

三 終わりに

本稿では、ドイツ法から学んだことを手がかりとして、相隣関係における調整が都市計画との関係で少なくともも以上のような論理を有していることを一つの視角から示してきた。しかし、残された課題も多くある。

まず、本稿はBGB九〇六条という限られた領域を素材としたものであり、それは「相隣関係における調整の論理」の一側面を解明したにすぎない。本稿でも若干言及した、囲繞地通行権の幅員の決定、建築基準法六五条と民法二三四条一項との関係については、本稿の検討はあまりにも不十分であり、この点に絞っての考察が必要であ

る。そして、これらの検討を積み重ねていくことで初めて、相隣法全体を貫く「相隣関係における調整の論理」の解明にたどり着くことになろう。

次に、本稿はあくまで「相隣関係における調整の論理」の方に重点を置いて考察を進めていったため、冒頭の現行都市法からの問題提起に対して直接に答えることができなかった。都市計画を法的に把握する際に「相隣関係における調整の論理」という側面がどのように寄与するのか、かかる側面から捉えた場合に都市計画のどのような法的理解を描くことができるのか。これは筆者の手に余る難題であるが、今後明らかにするよう努力したい。

解明されたことはわずかで、検討すべき課題は山積みであるが、本稿の考察はここで終えることとしたい。

(1) 近時、このような視角を強調するものとして、本文で引用した佐藤岩夫「日本民法の展開(2)特別法の生成——借地・借家法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ全般的観察』(有斐閣、一九九八年)二六七頁以下の他、瀬川信久「日本の借地」(有斐閣、一九九五年)二三三頁(土地所有か借地かの問題、借地人をどのように保護するかの問題)は、地主対借地人の対立図式では把握できず、「これらの権原や利益・不利益を、都市社会の構成員間で、あるいは構成員と公共団体の間でどのように配分するかの問題」である。そのことから、「借地法は、私人間の権利を調整する私法から、都市の諸資源の配分に関する都市法へと脱皮することが求められている」とする、内田勝一「現代借地借家法学の課題」(成文堂、一九九七年)一五頁以下(借地借家法は、居住用建物・土地の場合には住宅政策、非居住用の建物・土地の場合には商業政策の中にそれぞれ位置付ける必要がある、さらに、これらの政策が今日の都市社会を前提にしている以上、「都市政策の観点から歴史分析をしなければならず、都市法という観点をも内在化した論理の構築が不可欠である」とする)。

(2) 相隣法のかような位置付けは、近隣住民の「生活」の調整・規律といった視角から見ても是認されよう。近時、隣地使用権(民法二〇九条)に関する判決(東京地判平成十一年一月二八日判時一六八一号二二八頁)をめぐって、小賀野晶一「判批」判評四九三号(二〇〇〇年)二五頁は、隣地間の調整という理念の重要性が今日高まっているとの意識から、相隣関係法を「都市生活上のルール」として位置付ける必要性を改めて強調している。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(五・完)(秋山)

(3) 最判平成九年二月一八日民集五一卷一〇号四二四一頁(建築基準法上の位置指定道路の通行妨害と妨害排除請求権)を契機とする、池田恒男「判批」判夕九八三三三(一九九八年)六九頁以下(さらに同「日本民法の展開(一) 民法典の改正——前三編(戦後改正による)「私権」規定挿入の意義を中心として」)広中俊雄・星野英一編『民法典の百年——全般的観察』(有斐閣、一九九八年)四一頁以下も参照)、および、吉田克己「判批」民商二二〇巻六号(一九九九年)一〇六四頁以下(さらに同「現代市民社会の構造と民法学の課題・15完」法時七〇巻三三三(一九九八年)八七頁、同「現代市民社会と民法学」(日本評論社、一九九九年)二七〇頁以下)が、この旨を指摘する。もともと、かかる地域的公序を形成する因子については、その捉え方に相違がある。池田教授によれば、建築法規が「都市という公共空間に居住しこれを諸活動の舞台とする人々の間を規律する秩序を国会制定法として表現したもの」である以上、「適法に成立した建築法規」が原則として公序を形成し、民事法秩序の要素をなすという。これに対して、吉田教授は、形成因子を多元的に捉えており、例えば「地域住民自らが形成したルール」も重要な因子となり、他の因子たる建築法規と緊張関係に立つこともありうる(以上について吉田・前掲判批二〇六九頁注(15)参照)。ここでは、以上の相違についてはひとまず捨象し、その共通の理解のみ指摘しておくにとどめる。

(4) 吉岡祥充「建築基準法六五条の建物と民法三三四条一項」星野英一・平井宜雄編『民法判例百選総則・物権(第四版)』(有斐閣、一九九六年)一五三頁。そもそも、特則説は、本来必ずしも意図されていなかった「都市における合理的で効率的な土地利用」という要請を、建築基準法六五条に読み込んでいる。他方、非特則説も同様に、必ずしも立法者が意識していなかった「日照、採光、通風、通行等の生活環境利益」の確保という目的を、民法三三四条一項に読み込んでいる(好美清光「建築基準法と相邻関係」成田頼明編『行政法の争点』(有斐閣、一九八〇年)二八七頁)。したがって、両説には、形式的な論拠だけでなく、都市空間や土地利用秩序の形成に関わる一定の価値判断が色濃く反映されているのである。なお、解釈論に際して「ある決定によってもたらされる帰結の望ましき」を判断基準とする場合の具体例として、内田貴「法の解釈と政策」岩波講座現代の法『4政策と法』(岩波書店、一九九八年)一四五頁以下がこの議論にも言及している。

(5) 例えば、仮に特則説を採用した場合には、民法三三四条一項の適用領域が狭められることになるが、影響はそれだけではない。都市空間・土地利用秩序の形成という側面においては、特則説を通じて、「一種の規制緩和」あるいは「土地の高度利用」(しかも「高密度利用」という意味でのそれ)といった効果もたらされうる(最判平成元年九月一九日民集四三巻八号九五五頁の評釈である、原田純孝「判批」判夕七二二二(一九九〇年)五六頁以下、見上崇洋「判批」民商二〇二巻二二(一九九〇年)二二二

頁以下、長谷川貞之「判批」ジュリ九六一号（一九九〇年）二二三頁参照。このことから見ても、相隣関係における調整という枠組みの中で都市計画の要素も関わり合っていることを確認することができるし、また、かかる要素を積極的に意識しつつ議論していかなければならないことが分かるであろう。もっとも、本文で後述するように、その次には、どのような意味での都市計画の要素を組み込むべきかが争われることになろう。

(6) 東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察（その三）——相隣法の基本原則を中心として——」神戸一五巻三号（一九六五年）五六頁以下（引用は五三二頁注（2））、および、序論第一節二（2）における筆者の分析を参照。

(7) 既述のように、建築基準法六五条と民法三四条一項との関係に関する特別説と非特別説では、あるべき都市空間や土地利用秩序のイメージにかなりの隔りがあるため、ここで言う「都市計画の要素」の理解も相当に異なっている（前掲注（4）参照）。したがって、どちらの理解の仕方を採用するかによって、現実の都市空間・土地利用秩序にも相当異なる影響が及ぶことになろう（特別説を採用した場合について、前掲注（5）の説明を参照）。

(8) 都市計画の要素を直接に対象としたものではないが、立法趣旨の検討は既にしばしばなされている。相隣関係規定全体を検討したものとして、東・前掲注（6）四七七頁以下がある。また、個別規定に関して、例えば、囲繞地通行権については岡本詔治『隣地通行権の理論と裁判』（信山社、一九九二年）四〇一頁以下が、民法三三四条一項については花谷薫「民法三三四条と建築基準法六五条の立法過程に関する一考察」熊本商大論集三二巻二号（一九八六年）三頁以下が、それぞれある。

(9) 吉田・前掲注（3）「判批」一〇六七頁以下が、「建築基準法上の位置指定道路と妨害排除請求権」問題の判断図式として、かかる指向を提示している。具体的には以下のように述べる。なるほど、前掲最高裁判平成九年判決は、建築基準法四二条一項五号の位置指定道路の通行妨害に対する私人の妨害排除請求を認めるにあたって、①現実に道路が開設されていること、②（当該私人が）道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を有すること、との要件を設定した。しかし、これらの要件は通行の利益（これは公衆の通行の利益でもある）の保護を限定する意味を持つものであるから、「公共的利益の実現」を指向し、あるべき通行状態を積極的に確保していこうとするならば、これらの要件を常に嚴格に要求する必要はなくなる、と。なお、吉田教授の依拠する「生活利益秩序」などの理論枠組みは、言うまでもなく、広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年）一四頁以下、一八頁以下によるものである。

もっとも、最判平成二二年一月二七日判時一七〇三号一三一頁は、建築基準法四二条一項のみなし道路の通行妨害に関する事案

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（五・完）（秋山）

ではあるが、最高裁判平成九年判決と同様の判断枠組みを採用した上で、道路利用者に「日常生活上不可欠の利益」(②要件)が欠けるとして妨害排除請求を否定した。本件は道路利用者の利益が希薄な事案(賃貸駐車場の経営が通行利用の目的)であったが、それにもかかわらず、原審(東京高判平成八年二月二十九日判時一五六四号二四頁)は、②要件を緩やかに捉えつつ、むしろ通行妨害の違法性の方を強調していた(吉田教授も前掲判批で原審判決を「興味深い」と評している)。しかし、最高裁は、②要件それ自体を厳格に審査して原審の判断を覆しており、②要件の緩和に消極的な態度をとるようである。

(10) 原田・前掲注(5)五七頁によれば、そもそも「生活環境利益等の保護」と「土地の高度・効率的利用の促進」という異なる二つの要請の間で相隣関係法規上妥当な調整原理を定めようとするのであれば、「当該地域の社会的経済的特性、相隣接する建物の用途や形態(それぞれが中高層か低層かなど)、当該地域での接境建築の頻度やそれを許容する慣行また慣習の成熟の度合いなどを総合的に勘案して個別・具体的に、妥当な調整点(ないし結論)を見出せるような私法的処理手法」の方がより適切である、あるいは、「建基法六五条の存在を踏まえてなされる地域の慣習や当事者もしくは地域住民の合意などの認定を通じて、民法二三四条一項に今日託すべき諸要請と合理的・効率的土地利用の要請とを適切に調整していけるような、柔軟かつ開かれた解釈論上の判断、枠組みを創造する」ことが課題である(傍点筆者)、と指摘されている。かかる指摘は、本文で述べた第二の視点を日本法においても有効に活用していくことができることを、的確に示している。

(11) 淡路剛久ほか編『民法II物権【第二版】(原田純孝執筆)(有斐閣、一九九四年)一四〇頁以下。かかる相隣関係規定の趣旨が現代にも生かされた典型例として、法定導管路の考え方が(同書一四四頁)。この点に関連して、山野目章夫「物的義務の現代的再生」法学五三巻六号(一九九〇年)八四二頁以下は、法定導管路の論点も一例として示した上で、土地利用の調整に関わる問題を適切に把握するために「物的義務」という思考枠組みを提示しており、本稿の問題意識から見ても興味深い。

(12) また、本稿におけるドイツ法の検討はそもそも圍繞地通行権を対象としたものではない——BGB九〇六条のイミッシォーンの規定である——から、ここでなぜこの議論を取り上げるのか、場面を誤っているのではないか、という疑問も生じるであろう。しかし、第一に、BGB九〇六条が対象になっているとはいえず、それは「相隣法の機能」の議論として一般化することが可能であり、実際にもそのような議論がなされていた(序論第二節二参照)。そして、第二に、この相隣法の機能をめぐる議論からは、「相隣関係における調整の論理」と都市計画との関係について、いくつかの重要な考え方(両者が接点を有すること、その際の分析の視点など)が得られた。そこで、ここで得られた考え方を実際上の問題に当てはめて考察してみよう、と考えたのである。いわ

は、具体的な場面を素材として、発想の一つの手がかりを示そうとするものである。もちろん、本文の考察はこのような限定された関心に基づくにすぎないのであって、より詳しい検討は今後の課題である。

(13) 一般的な理解によれば、囲繞地通行権の幅員は、従来の袋地および囲繞地双方の利用状況、利用の目的、社会経済上の必要性、付近の地理的状況、相隣地利用者の利害得失、その他諸般の事情を総合斟酌した上、社会通念に照らして客観的に判断される(沢井裕「民法総合判例研究⑩隣地通行権(増補)」「一粒社、一九八七年)五頁以下、安藤一郎「実務」新建築基準法——民法との接点——」(三省堂、一九九三年)一二三頁、塩崎勤「通路の幅員」塩崎勤Ⅱ安藤一郎編「裁判実務体系24相隣関係訴訟法」(青林書院、一九九五年)一五一頁以下参照)。

(14) 最高裁判例の動向を簡単に見ておこう。①まず、最判昭和三十七年三月一日民集一六卷三号五五六頁は、袋地所有者が増築を行うために建築基準法に基づく東京都建築安全条例の規制に適合する通路拡幅を要求した事案において、当該の囲繞地通行権の主張は、往来通行に必要不可欠だからではなく「建築安全条例上、その主張の如き通路を必要とするという」にすぎず、「いわば通行権そのものの問題ではない」と判示した。この判決については一般に、「往来通行の必要」のみが斟酌されるべきであって、建築法規上必要ということは考慮されるべきではない、と理解されうる(なお田中永司・最高裁判所判例解説民事篇昭和三十七年度三一事件一〇〇頁も参照)。②しかし、その後、傍論ではあるが、建築基準法を根拠として、既存通路の拡張開設を求める権利が認められる可能性が示唆された(最判昭和四三年三月二八日判時五一六号三九九頁)。③そして、最判昭和四九年四月九日裁判集民事一―一―号五三一頁は、囲繞地所有者の通行妨害に対して袋地所有者が建築基準法上の接道義務を根拠に二メートル幅員の通行権の確認を求めた事案において、幅員を二メートルとした原審の判断を是認した上で、「原審が建築基準法所定の規定基準を右判断の一資料として考慮したからといって、民法二一〇条の解釈適用を誤ったものと解することはできない」(前掲の最高裁判昭和三十七年判決は「事案を異に」する)と判示した。このように見てくると、最高裁の立場としても、建築基準法上の規制を「判断の一資料」とすることは必ずしも否定されていない、と理解することができよう(以上については、澤井裕「隣地通行権と建築基準法——いわゆる消極説に触発されて——」判評四七六号(一九九八年)四頁、草野真人「囲繞地通行権の幅員」判タ七三二一―号(一九九〇年)三〇頁以下、塩崎・前掲注(13)一五五頁、星野英一「建築法規上必要な幅員の道路と袋地通行権」星野英一Ⅱ平井宜雄編「民法判例百選Ⅰ総則・物権【第三版】」(有斐閣、一九八九年)一六三頁も参照)。また、下級審の裁判例も前掲の最高裁判昭和三十七年判決の一般論を受け入れていない、と評されている(吉田・後掲評釈七三頁)。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(五・完)(秋山)

ところが、④近時、前掲の最高裁昭和三七年判決を踏襲しそれを補強したとも見られる、最判平成一一年七月一三日判時一六八七号七五頁(評釈として吉田克己・判タ一〇二四号(二〇〇〇年)七一頁)が登場した。本判決は、一般論として、「民法二一〇条は、相隣接する土地の利用の調整を目的として、特定の土地がその利用に關する往来通行につき必要不可欠な公路に至る通路を欠き袋地に当たる場合に、囲繞地の所有者に対して袋地所有者が囲繞地を通行することを一定の範囲で受忍すべき義務を課し、これによって、袋地の利用を全うさせようとするものである。一方、建築基準法四三条一項本文は、主として避難または通行の安全を期して、接道要件を定め、建築物の敷地につき公法上の規制を課している。このように、右各規定は、その趣旨、目的などを異にしており、単に特定の土地が接道要件を満たさないとの一事をもって、同土地の所有者のために隣接する他の土地につき接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権が当然に認められると解することはできない(ここで最高裁昭和三七年判決を引用する：筆者注)」と判示した。以上の一般論については、(i)「接道要件を満たさないとの一事をもって」という表現を捉えるならば、他の諸事情とも合わさることで、接道要件を満たす内容の囲繞地通行権が認められることもありうる(したがって接道要件を考慮すること自体必ずしも否定されていない)、と解することもできそうである。しかし、(ii)公法私法峻別論を強調し、「往来通行につき必要」かどうかを判断の基礎とする点では、むしろ最高裁昭和三七年判決を踏襲しているものと見られる。しかも、(iii)本判決は、上記判示部分に続けて、仮に当該主張の囲繞地通行権を認めるとなると、囲繞地の一部が囲繞地所有者の建物と袋地所有者の建物それぞれの敷地として重複利用されることになり、「建築物一敷地の原則」(特定の土地を一の建築物又は用途上不可分の関係にある二以上の建築物についてのみその敷地となし得るものとする建築基準法の原則(同法施行令一条一号参照))に抵触するおそれがある、と判示した。これは、新たな論拠を追加して、接道要件を考慮することにますます消極的になったものと理解しうる。結局、以上の(ii)(iii)の点からすれば、最高裁は昭和三七年判決を再確認し、それどころかその考えをさらに補強した、と評価できるのである(吉田・前掲評釈七三頁以下参照)。なお、本判決が新たに論拠とした「敷地重複使用禁止論」(上記(iii))に対しては、吉田・前掲評釈七四頁以下が、その論理のねじれと首尾一貫性の欠如を鋭く批判し、むしろ建築法規を考慮に入れる考えの方が判断枠組みとして適切であることを指摘している。

(15) 塩崎・前掲注(13)一五五頁、星野・前掲注(14)一五七頁などの評価による。学説は一般に、前掲最高裁昭和三七年判決に対して、当該事案の解決には賛成しつつも、その判断枠組みには反対している。なお、諸学説については、安藤・前掲注(13)一二九頁以下が網羅的に紹介しているので、ここでは繰り返さない。

(16) 例えば、一方では、前掲最高裁昭和三十七年判決の論理によれば「現在居住している建物について大修繕も改築もなしえず、朽廃・立退をまつばかりということは、人権問題とさえいえる。圍繞地所有者にかなりの犠牲を負わせても、通路を認めるべきであろう」と述べて、積極的な立場を示す見解がある(沢井・前掲注(13)六九頁以下)。他方では、「基本的には行政取締法規適用の結果の不利益はその直接の適用を受ける袋地所有者が負担すべきもので、それが不合理な場合のみ圍繞地利用者負担させるべき」として、圍繞地所有者の保護を原則とし、考慮に消極的な見解も見られる(山口和男「隣地を通行し得る権利について」日法三二巻三号(一九六七年)一六六頁)。

(17) 滝沢津代「判批(東京地判昭和五八年四月二五日判夕五〇二号一二四頁など)判夕五二九号(一九八四年)一七七頁。それ以前からこのような方向性が示唆されてはいた(山口和男「都市における宅地利用の相隣関係(2・完)」判時四六九号(一九六八年)九頁以下)が、その後、滝沢教授がこのことを明確に述べた。また、清水暁「判批(横浜地判昭和六一年一月二三日判時一一三三二号一四一頁)」判評三四七号(一九八七年)一九四頁以下、草野真人・前掲注(14)三七頁にも、同様の認識が見られる。

(18) 千種秀夫「借地が袋路の場合と隣地使用の法律関係」中川善之助兼子一監修『不動産法体系第3巻借地・借家』(青林書院新社、一九七〇年)一二四頁、一三一頁以下。千種説に対する網羅的な批判として、澤井・前掲注(14)四頁以下参照。

(19) 澤井・前掲注(14)五頁。

(20) 建築基準法四三条における接道義務の意義について、荒秀ほか編『改訂建築基準法』(「関哲夫執筆」)第一法規、一九九〇年)三九四頁、安藤・前掲注(13)一一三頁参照。

(21) 滝沢・前掲注(17)一七七頁。

(22) 本文中注目した、不動産利用の積極的な調節を強調する見解といえども、かかる利益衡量自体を排斥してはいない。そこで、今後の検討の方向性としては、建築基準法令の規制が衡量事由の中でどの程度の位置を占めるのかについて、事例類型ごとに考察していくことが有用となろう。かかる分析として、例えば、吉田克己「判批(高知地判昭和六〇年三月二六日判時一一七八号一三五頁)」判夕六一九号(一九八六年)五六頁以下、草野・前掲注(14)三六頁以下、岡本詔治『私道通行権入門』(信山社、一九九五年)八五頁以下など参照。

(23) 草野・前掲注(14)三七頁以下によれば、前者の償金については、現在紛争となるものの多くは民法二二三条二項による無償通行権が多いこと、有償通行権の場合に償金の支払いを怠ったとしても通行権が消滅するわけではないと解されていることが、償

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(五・完)(秋山)

金を重視することの障害となっている。また、後者の換地については、そもそも建築基準法自体が土地区画整理法のような利害調整について何ら規定しておらず、現行法の枠を越えているのではないか、という。

(24) かかる対処に関しては、平成一〇年の建築基準法の改正において興味深い展開が見られた。

第一に、接道要件の特例（建築基準法四三条一項但書）に関する規定の改正である。この改正は、①特例の判断が実際には諸般の事情を考慮した総合的で個別具体的・非定型なものであることから、これを建築主事等による建築確認の際の判断から特定行政庁の許可の方式に改め、②特例の基準について、基準の事前明示性を高め処分の透明性・公平性を確保する目的から、建設省令を設けることとし、併せて、安全に加えて交通・防火・衛生の観点も明示した。ここで重要なのは、③この改正の背景として述べられていることである。それによれば、わが国において現在、(i) 内部市街地の再整備の時期を迎えているため、狭隘な道路により構成され建築敷地として十分な条件を備えていない既成市街地について、その有効利用への強い要請があること、(ii) 建築物の安全性の確保については、建築物の構造（耐火建築物の増加などを含む）やその近傍の道路状況なども加味して、目的に照らした合理的な規制を行う必要があること、が指摘されている（建築行政研究会（建設省住宅局監修）『改正建築基準法のポイント』（ぎょうせい、一九九八年）六四頁以下）。

第二に、連担建築物設計制度の創設である。これは、①既存建築物のある複数の敷地を「一団の土地の区域」とし、その建築物の存在を前提とした上で、その区域内で建築物を建築する場合には、一定の要件の下、これらの複数の建築物が「同一敷地内にあるものとみなす」とする（同法八六条二項）。敷地単位で建築計画を規制する「一建築物一敷地」方式の例外であるが、適用にあたっては、関係権利者の同意と特定行政庁の認定が必要とされている。そして、②以上の認定を受けると、その対象区域において建築基準法の一定の規定（「特例対象規定」）が適用される場合には、これらの複数の建築物全体が同一の敷地内にあるものとして計算される（例えば、既存建築物の一つが容積率を一杯使っていない場合には、新たに建築する建築物にその残余部分の容積率を上乗せすることができる）。建築基準法四三条もこの特例対象規定に含まれている（同法八六条一項）。ここでも、③かかる制度の創設の背景が重要である。それによると、わが国の市街地では、規模のさまざまな狭小な敷地あるいは基盤の整備されていない裏宅地が多数存在し、建築物の更新など土地の有効利用を妨げている。かかる現状では、敷地ごとに独立して建築規制を適用する方式だけでは、建築活動が周辺との関係性が希薄な形でなされ、土地の合理的な利用による市街地空間の形成が十分にされにくい。そこで、このような状況に的確に対処するために、敷地規模の拡大を促すことで、規制の適用単位をより大きなものへと誘導

すると共に、建築物相互の環境影響について合理的に判断しつつ、整備された基盤を有効に活用する建築計画の実現を可能とするべく、この制度が創設された（同・前掲書五〇頁以下）。

これらの改正は、囲繞地通行権の幅員の議論にも影響を及ぼす可能性がある。なぜなら、これらの改正によって、袋地について接道要件の特例に該当する場面が増える可能性がある（上述の第一の場合）ため、あるいは、袋地について連担建築物設計制度が適用されるならば、一団の土地のいずれかで接道要件を満たしていれば良いことになる（上述の第二の場合）ため、民法上において、接道要件を満たす囲繞地通行権の主張をする必要が少なくなるように思われるからである。しかし、以上の点については、そもそもこの改正自体の評価について、接道要件や「一建築物一敷地」方式によってこれまで追求されてきた目的を回避する（ないしはこれに代えて別の目的を対置する）ことが、適切な政策的判断によって裏付けられているのか（上述した改正の背景に十分注意する必要がある）、かかる例外についての特定行政庁の判断に正統性が担保されているのか、近隣住民に当該判断を事後的に争う余地が認められているのか、などが問題となりうる。さらに、これらの建築基準法上の手法と民法上の囲繞地通行権制度との関係（前者が合法的に行われた場合には後者は排除されるのか、それとも独立して存在するのか）についても、慎重に検討する必要がある。本稿では、紙幅の関係上かかる検討にまで踏み込むことはできないので、他日を期したい。

(25) 例えば、建築基準法六五条と民法二三四条一項との関係について、「適正な居住環境を配慮すべき点では共通なのに、民法と建築法とで国家意思が分裂し屈折しているような法状態は適当でない」（好美・前掲注（4）二八七頁、あるいは、「同一現象に對する法規制の中で二つの国家意思が存し、その結果、無用な法的紛争を国民相互に惹起せしめ、国民を無用の混乱に巻き込むことは不当である」（荒秀「判批（東京高決昭和五三年三月一七日判時八八七号八二頁）」判夕三九〇号（一九七九年）四三頁）、との指摘が既にある。

(26) 本論第二節三三(3)における、バルトウルシュベルガーとシャップの見解に対する厳しい批判を見れば、このことは明らかとなるだろう。

(27) 佐藤・前掲注（1）二六九頁以下。同『現代国家と一般条項』（創文社、一九九九年）二五九頁以下によれば、かかる方法はドイツ法の顕著な特徴と評価されている。

(28) 原田純孝「比較都市法研究の視点」原田純孝ほか編『現代の都市法』（東京大学出版会、一九九三年）一四頁、吉田・前掲注（3）「3」法時六九卷一号一二頁（同・前掲注（3）『現代市民社会と民法学』三九頁）による分析を参照。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（五・完）（秋山）

(29) やや古くなったが、土地基本法の成立を機縁とする議論が参考にならう。土地基本法三条二項は、「土地は、適正かつ合理的な土地利用を図るため策定された土地利用に関する計画に従つて利用されるものとする」と規定している。ここには、計画に従つて土地利用を秩序付ける、という考えが示されている。しかし、問題となるのは、このような抽象的な観念が実質的に何を意味するかである。この点については、当時の土地臨調答申などの分析を通じて、以下のような批判的な検討がなされている。①その根底となっているのは「需給不均衡」と「地価対策」であり、それゆえ、「適正な土地利用」とは地価に見合った土地利用、「土地利用計画」とは地価の論理を体现し地価の論理に見合った高度利用を創出する手法、とそれぞれ読み替えることができ、市民の土地問題を解決するという発想ではない。②市場メカニズムを通じて需給の不均衡を是正しようとする考えが根本であり、土地利用に対する公共的コントロールという考えに基づくものではない。③以上の文脈からすれば、「計画に従つた利用」という意味は、「計画に基づく規制と誘導を活用して土地の有効・高度利用を促進することにより、宅地と床の供給を増大させ、土地についての市場メカニズムのより十全な機能を発現させること」に他ならず、その結果、企業を担い手とする経済または業務の論理が都市住民の居住および生活の論理を駆逐することになりかねない(以上の批判について、原田純孝「土地利用と土地利用計画」本間義人ほか編『土地基本法を読む』(日本経済評論社、一九九〇年)一〇二頁以下、戒能通厚「所有権と公共性——基本法の所有権論」同前掲書八六頁以下、吉田克己「土地基本法体制論——土地をめぐる企業・市民・国家——」法科一九号(一九九一年)五五頁以下、見上崇洋「土地利用規制と公共性——土地基本法案に関連して——」武久征治編『効果的な権利保護と憲法秩序』(法律文化社、一九九〇年)六五頁以下など参照)。このような厳しい批判を考慮に入れると、日本においても都市計画を実効的に実現させていく方向に進むべきだと単純に主張することには、現時点ではかなり慎重にならざるをえない。むしろ、以上の状況からすれば、都市計画の無造作な実現を抑制することさえ必要であらうか。

(30) この点で、問題領域が全く異なることに留意しなければならないものの、取引関係における公法と私法の役割をめぐる議論が示唆的である。そこでは、「公法と私法とを峻別するのではなく両者は相互に依存しあっている」との認識の下、「公法」秩序が「私法」秩序を「支援」し、「私法」秩序が「公法」秩序を「補強」するものと理解される。そして、前者の関係では、「もともと秩序維持のための法規範であつても、それが権利実現のために役立つものであるならば、必ずしもその援用を拒む必要はない」。また、後者の関係では、「法秩序の実現のためには、個人の権利を左右するということが必要なこともあるのではないか。個人の利益が法令の目的実現に奉仕することがあつてもよい」と指摘される(大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力

論の再検討(上)「ジュリ一〇二三号(一九九三年)八六頁以下、「(下)」ジュリ一〇二五号(一九九三年)七二頁、さらに、基本権の観点から捉え直したものとして、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(2)」——取締法規論の再検討「ジュリ一〇八八号(一九九六年)一〇六頁以下)。本稿の観点からすると、特に後者の関係が目される。というのも、都市計画・建築関係法規が目的とする秩序を実現するために、相隣関係における調整によって導き出される個人の権利の側面からもこれをサポートする、といった関係が考えられるからである。

(31) 本決定の批評として、金子正史・自研七五卷三号(一九九九年)九七頁以下がある。本決定の検討に際しては、金子評釈に負うところが大きい。

(32) 本決定によれば、本件スパー銭湯は、「白湯、泡風呂、子供の湯、かけ湯、肩打湯、マッサージ、寝風呂、座湯、エアーステ、アカスリコーナー、高温サウナ、塩サウナ、露天風呂コーナーなどの各種設備の整った浴場及び、脱衣室、厨房施設のある飲食コーナー、休憩コーナー、マッサージコーナー、各種自動販売機コーナーを有する施設」とされている。

(33) 用途地域制による土地利用規制については、しばしば「規制内容のきめが粗い」と評価されている。すなわち、一定の用途地域(第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域)だけは、建築の許される建物を列挙する形式(許容列挙型)をとるが、それ以外の用途地域においては、建築の禁止される建物が列挙される(禁止列挙型)にとどまっている(建築基準法四八条)。そのため、このような仕組みだと、当初は予想しなかった種類の建築物が出てくると対応が難しくなるというのである(吉田克己「日本型の土地所有権?——比較法的観点から見た特質と近時の展開——」北法四六卷六号(一九九六年)二二三頁以下)。このことは、日本型の計画指定にいかん具体性が欠如しているかを良く示している。そして、本決定はさらに、前者の許容列挙型でも同様の問題点が潜んでいることを明らかにしている。

(34) 本文では省略したが、本決定では、公衆浴場の設置場所の配置および衛生措置等の基準に関する条例(愛知県)や公衆浴場法にも言及して、「公衆浴場」概念について一定の検討を行っている。この点については、金子・前掲注(31)一〇四頁以下の分析に詳しい。

(35) 本論第三節三4(1)(b)①参照。一般的な建築地区の類型に加えて、特別地区や具体的な用地の指定までも要求されている。

(36) そこで、今後の改善策として、金子・前掲注(31)一〇九頁の指摘が示唆に富む。それによれば、社会的状況の変化により出現した多種多様なスパー銭湯のうち、第一種低層住居専用地域において建築を認めることが建築基準法の趣旨に沿わないような

ものを合理的基準の下で類型化して、これを建築基準法別表第二(イ)項七号の「公衆浴場」から除外する(ただし立法論としてであるが)、という。このような対応は、計画指定の具体化という視点から見ても基本的に支持されうであろう。そして、ドイツ法の議論からすれば、スーパージョージからの騒音などによる影響の範囲・程度が著しく大きい場合には、用途地域の指定だけでは不十分であり、個別の用地指定まで行うべきであろう(前掲注(35)参照)。

(37) 荒秀「建築確認論」『建築基準法論(Ⅰ)』(きょうせい、一九七六年)一四頁以下、荒秀ほか・前掲注(20)「大竹米三執筆」一〇二頁、高荒敏明「建築確認と近隣者」塩崎勲・安藤一郎編『裁判実務体系24相隣関係訴訟法』(青林書院、一九九五年)四四頁以下。その他、敷地利用権限や境界に関する規定などの私法規定も、建築確認の際の審査対象法令には含まれないとされている。したがって、これらの規定に違反する建築計画について確認処分がなされたとしても、その処分が違法となるわけではないから、隣接居住者はその違法を理由に当該確認処分の取消を求めることはできない(民法二三四条一項に関して最判昭和五五年七月一五日判時九八二号一一頁、ただし後掲注(42)も参照)。なお、以上のことは、平成一〇年の建築基準法の改正でも基本的に変わっていない(田中元雄「建築確認制度」塩崎勲・安藤一郎編『新・裁判実務体系2建築関係訴訟法』(青林書院、一九九九年)二六〇頁以下参照)。

(38) 建築確認における審査と私法上の判断との関係については、当該問題に対する民法上の規律(例えばイミッシオンや相隣関係に関する規定)が①そもそも建築確認の審査対象となっていない場合と、②審査対象となっている場合とを区別して考えることができる(金子・前掲注(31)一一頁による区別も参照)。①の場合は、本文の前段落で述べた通り、連携の前提すら成立していないと言える。これに対して、②の場合についてはさらに、その審査の実質的な内容が問われることになる。

(39) このことを検証する一例として、日照妨害の事例を挙げることができる。建築基準法は、日照の保護を直接の目的として、従来の北側斜線制限の規定(同法六五条一項三号)に加え、昭和五一年改正によって日影規制(建築基準法五六条の二)を新設した。この規定は、当然ながら建築確認の審査対象法令に該当する。問題となるのは、この日影規定と民法上の差止請求との関係である。まず、そもそも日照問題全般が建築確認の審査対象となるわけではなく、対象は建築基準法が規制している範囲内に限られる。したがって、規制の対象外の場合(前掲注(38)の①の場合)には、建築確認と民法上の差止請求との交錯は起こらない。次に、建築基準法上の日影規定を遵守している——したがって建築確認の対象となりかつそれをクリアしている——場合(同②の場合)についてだが、一応は以下の理解が示されている。この規制に適合していることは、民法上の差止請求の判断にあたって

「有力な判断材料とはなる」。しかし、この規制は「最低の基準を定めたにすぎず、地域的区分によってある程度概括的に規制するもので、個別的に周囲の状況に応じるものとはいえない」。それゆえ、この規制に形式的に適合しているだけで直ちに私法上も違法にならないと判断すべきではない、と（沢井裕「相隣関係法理の現代的視点——信義則による微調整と人格権の見直し——」自正三三卷一三三号（一九八一年）一〇頁）。

しかし、この点については、民法と建築基準法との連携という視点から見て興味深い指摘がなされている。「私法上、日照権の判断にあたって最も重視される要因は、被害と地域性であった。これに対して日影規制も、幾種類かの日照時間と地域性をメニューとしてこれを自治体を選択し、決定していくというものであり、それは私法の専売特許であった個別・具体的な判断に近づいていっているのである」（篠塚昭次「前田達明編『新・判例コンメンタール民法3物権』〔五十嵐敬喜執筆〕（三省堂、一九九一年）二九六頁）。この指摘によれば、建築基準法上の日影規制は、被害（日照時間）と地域性という要素に着目して具体的な規制の選択肢を用意しており、その選択にいわば私法における同程度の個別具体的な判断が含まれている、と理解することもできる。その点では、連携の条件の第一にも第二にも通ずるものがあり、これらの条件を満たしている——したがって民法上の差止を請求することはできない——とも解されうる（実際、昭和五十一年の建築基準法の改正後に建築された規制対象建物については、規制をクリアーした場合には特段の事情のない限り原則として私法上も違法性がないと扱うべき、との主張もある（佐藤道雄「最近の日照権をめぐる仮処分事件の動向」NB L二二八号（一九八一年）六頁）。

ところが、以上の理解に対しては慎重にならざるをえない。五十嵐教授が指摘しているように、規制緩和によって高層ビルが乱立し、用途地域の指定替えによって日影時間が緩和されるなど、「経済的都市観」が優勢を占めており、また、地域の実体と実際に指定されている都市計画法上の用途地域とのズレがはなはだしい現状に鑑みると、「生活の論理」に基づいて都市法を実態に近づきよう修正し、日照権を確保していく道筋もありうる（前掲書三〇二頁）。そこで、例えば、当該地域が高度化するかどうかを、用途地域の指定ではなく地域の開発計画などの具体的な事実に基づいて認定していく必要がある（宮田桂子「日照・眺望の侵害と救済」塩崎勤・安藤一郎編『新・裁判実務体系2建築関係訴訟法』（青林書院、一九九九年）三八六頁）。いずれにしても、このような現状からすれば、そもそも連携のための条件を支える土台自体（つまり地域の実態に即した用途地域の指定と日影基準）が揺らいでしまっている。これは、ドイツ法において指摘されたように、都市計画との関係で民法上の防御請求権が成立するときの場合の、第一の意義（すなわち請求権が当然に残存するとの意味）に該当すると言えるであろう（本論第三節三4(b)参

照)。結局、建築基準法上の規制とそれへの適合性をあくまで一資料として民法上の差止の成否が判断される——つまり上記の連携は破られる——、と考えざるをえない。

(40) 例えば、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為「第二版」』(有斐閣、一九九六年) 一二四頁参照。

(41) 本論第三節3.4(3)(b)参照。民法上の防御請求権が成立するとされる場合の、第二の意義である。

(42) このような役割を担うべく建築確認を構成することも、制度のあるべき姿として十分に考えられる。例えば、相隣者間の境界近辺建築・接境建築をめぐる民事紛争について、建築確認の審査段階でかかる建築を規制できない——確認の対象となる原則規定がそもそも存在しない——ことにその原因があると指摘されており(柏谷秀男「境界と建築物」塩崎勤Ⅱ安藤一郎編「新・裁判実務体系2 建築関係訴訟法」(青林書院、一九九九年) 四二四頁以下)、建築確認制度のあり方を再考する必要がある。

その意味では、民法二三四条一項への適合性を建築確認の審査対象にすべき、との主張が考慮に値する(室井敬司Ⅱ山野目章夫「判批(最判昭和五五年七月一日判時九八二号一一一頁)」ジュリ九六八号(一九九〇年) 一一〇頁以下)。それによると、①民法の視点からは、消極的な理由として、(i) 建築基準法六条一項の文言上も無理がないこと、(ii) 境界線と外壁との間隔を測算することは技術規定に属すること、積極的な理由として、(iii) ある建築が周囲に与える影響を規制することは民法・建築基準法などで十分に配慮されておらず、かかる状況の下では、人々の生活環境利益を守るための最小限の抑止にふさわしい実効性が民法二三四条一項に与えられるべきであることが、それぞれ指摘される(同二二頁「山野目執筆」)。また、②行政法の視点では、建築基準法について、「公共の福祉を維持増進するという積極的な目的」を強調し、「生活空間と建築に関する生活条件整備のための「二重効果的」規制行政(すなわち「相手方国民の法益制限と第三者国民の法益保障との間で二重効果性を持つ行政)」という性格付けがなされる。かかる理解からすれば、建築確認も、二重効果的行政処分として「建築主と近隣住民の利害調整という側面をもつ」ことになる。したがって、民法二三四条一項・二三六条は、「相隣関係という小さなスケールではあるけれども、近隣居住者を含めて付近住民の「住居利用、環境の相互調整」を目的とする建築の規制に関わるものである」以上、審査対象法令に含まれる、という(同二二頁以下「室井執筆」)。

(43) 本文で述べた理解は、一方では借地借家法と都市法との関係から、他方では生活利益秩序と法との関係から、それぞれ示唆を得ている。①前者に関しては、本来であれば住宅政策や都市計画法・都市再開発法等の公的制度の任務とされるべき事柄について、これらの制度が満足行くほど整備されていないため、借地借家法が代替的にこれを補完する機能を果たしている(しかもそれ

は「過重負担」とも言われる」と指摘される。この点については、佐藤・前掲注(1)二六八頁以下、吉田・前掲注(3)「13」法時六九卷一・二号六三頁以下(同・前掲注(3))『現代市民社会と民法学』二三八頁以下)参照。②後者については、本来であれば、生活利益秩序の確保は公事に属する事柄——したがって公共団体の任務——であり、しかも、環境への悪影響を事前に抑止する必要性と問題状況の複雑性(汚染活動の多様化や主体の不特定性)とに鑑みれば、公共団体による行政規制の方がより適格的である。しかし、公共団体がこのような任務を果たしているかどうかは疑わしく、かかる状況の下では、民事訴訟による差止請求や損害賠償請求を通じて、「市民自らのイニシアティブによって、自己の環境に対する利益を擁護し、さらには環境自体の保全を図る取り組みが、特殊に現代的な意義を持つている」とされる。この点については、直接には吉田・前掲注(3)「14」法時七〇巻一・号九三頁以下(同・前掲注(3))『現代市民社会と民法学』二四二頁以下)の指摘に依拠しているが、さらに、藤岡康宏「環境法の基本構造(三・完)——私法的側面を中心として——」判評二二九号(一九七八年)一五頁以下の指摘(環境法の基本構造は計画行政の考えによって強化されるべきであり、私法上の差止請求権の機能を排除する上でもかかる構造(「公法的規制の優位」)に配慮すべきとしつつ、日本では「環境保全の立場からする一般的許可制あるいは事前手続が整備されているわけではない」ことを理由として、私法上の差止請求をなお発展させる必要がある、とする)も重要な手がかりとなる。③結局、この二つの領域における構造は、ドイツ法からの示唆に照らしてみても、民法上の請求権と都市計画との関係にも基本的にはまるように思われる。

(付記一) 脱稿後、圍繞地通行権の幅員と建築基準法の接道要件に関する最高裁判成二一年判決(注(14)④)の評釈として、辻伸行・判評四九七号(二〇〇〇年)一九九頁に接した。辻教授は、本判決の結論に賛成するものの、「一建築物一敷地」原則には説得力が欠けるとして、むしろ最高裁昭和三七年判決の論理を貫徹させるべきとする。また、圍繞地通行権の制度的な基本的な理解としては、相隣関係の調整がその目的であって、社会一般の利益(土地利用の効率化)の確保という役割を果たすことはおよそ無理であるという。

(付記二) 本稿は、一九九八年・一九九九年早稲田大学特定課題研究助成費(九八A—〇二九、九九A—〇五三)による研究成果の一部である。