

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(二)

——ドイツ相隣法の考察——

秋山靖浩

〈目次〉

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

三 学説における議論

四 小括

第四節 ドイツ法の総括

結び——日本法への示唆も兼ねて——

(以上本号)

## 本論 ドイツ法

### 第二節 BGB九〇六条の機能

#### 三 BGB九〇六条の限界

ここまでの九〇六条自体の考察を通じて、九〇六条は国土整備に対する機能という形で都市計画とも接点を有することが明らかとされた。しかしながら、都市計画の視点を中心として考察を進めていくと、かかる九〇六条の機能には限界もあることが示されている。

このことは、今日の法状況を見ても推測されるであろう。前述したように、立法者の意図として、九〇六条には「個別事例における紛争解決を越えた、公共の利益のために国土を秩序付ける機能」が与えられていた（本論第二節23参照）。潜在的に紛争が起りうることを考慮すれば、紛争解決のための手段としてかかる機能を用意しておく必要があったことは、納得のいくことである。というのも、計画法やイミッシオン防止法といった——今日ではかかる機能を主として果たしていると思われる——立法が、当時はほとんど存在していなかったからである。しかしながら、今日においては、建設法典や連邦イミッシオン防止法などの公法上の諸規定が整備されているの

は周知のことである。そして、これらの公法規定は、様々な強度の介入を行うことによって土地の利用を規律するに至っている。当然ながら、以上の現象は相隣法の形成においても例外ではない。<sup>(1)</sup>

このような状況においては、公法の必要性が示されていると同時に、既存の九〇六条と新たに加わったこれらの公法規定との間で衝突が起こることも、当然に予測されうる。その際、このような衝突をめぐる議論を通じて、これらの公法規定との関係で九〇六条の役割にも必然的に限界があるのではないか、との認識が当然に生じるであろう。<sup>(2)</sup>

そこで、ここでは、九〇六条の限界、とりわけ国土整備に対する機能の限界について見ていくことにしよう。その際、都市計画との関係に着目する本稿の関心から、主として建設計画法との比較で検討を進めていくこととした<sup>(3)</sup>。

なお、検討に入る前に、若干ながら用語の整理をしておこう。

まず、「相隣私法」という表現は、本来の意味では、九〇六条を含めた私法上の相隣法を意味している。しかし、主として念頭に置かれているのは九〇六条であるため、ほぼ九〇六条を指していると見て良い。

次に、「相隣公法」および「建設公法」という表現である。「相隣公法」については、何らかの法規が存在しているわけではなく、建設法典・建築利用令・連邦イミッシオン防止法のような一般の建設法およびイミッシオン防止法における諸規定の中にその根拠が見出される。他方、「建設公法」は、「建築施設の建設の許容性・整序・促進およびこれらの施設の合法的な利用に関する法規定全体」と理解されている。いずれにせよ、本稿の検討対象である建設計画法は、「相隣公法」および「建設公法」の構成部分——しかも重要な領域の一つ——を形成している。<sup>(4)</sup>

なぜ重要な領域を成しているのかは、以下の叙述の中で明らかにされるであろう。

## 1 議論の視角

まず始めに、以下の議論を的確に把握するためにも、九〇六条の限界がいかなる視角から論じられているのかを見ておくことが有用であろう。論者の指摘を見る限りでは、主として以下の二つの視角を見出すことができるように思われる。

### (1) 所有権内容の決定という視点

九〇三条は所有権の内容を抽象的な定式で規定しているため、所有権内容の具体化が必要とされる（本論第一節「二参照」）。その中でも、「土地所有権」の内容決定に関わるものとして重要なのが、相隣法（およびその中心たる九〇六条）と建設計画法である。

九〇六条および建設計画法による土地所有権の内容決定は、国土構造と密接に関係するという点で、共通点を有している。確かに、個々の土地は国土の一部分であるし、また、個々の土地利用が国土の性格にも影響を与えている。しかし、土地所有権の内容決定と国土構造との相互関係は、このような事実的な側面だけでなく、法的な側面にも現れている。九〇六条においては、相隣空間において一般的に行われている種類の土地利用から、事実的法的に基準とされるべき空間の性格が明らかとされる（「場所的慣行性」要件）。つまり、個々の土地において許容されるイミッシオンと受忍されるべきイミッシオンの程度は、場所的慣行性を基準として決定されている。したがって、個々の土地における所有権内容の基本的な部分は、場所的慣行性を基準として決定されるのである。<sup>(5)</sup> 他方、

建設計画法においても、同様である。建設計画法は、ある目標を達成しようとする際に、個々の土地を有意義に秩序付けられた全体へと組み込むことを目的としている。しかし、そのためには、個々の土地における所有権内容決定のための基本的な基準を、国土の構造から導かなければならない。したがって、少なくとも計画を交付した時点からは、計画上の秩序とそれに対応した個々の土地の所有権内容とが一致することを予定している。<sup>(6)</sup>

このようにして、土地所有権の内容決定およびその決定要因としての国土構造に関わるという点で、九〇六条と建設計画法には共通点も見られる。もっとも、これはいわば枠組みとしての共通点にすぎず、それぞれの仕組みをさらに厳密に観察してみると、所有権内容および国土構造を決定する方法は全く異なっている。したがって、最終的には、これらが共働することによって初めて所有権内容と国土構造が明らかとされていくのである。

しかしながら、本稿の関心からすると、九〇六条と建設計画法それぞれにおいて所有権内容および国土構造の決定の仕組みが異なっているということが、九〇六条の限界を考察するうえで重要である。すなわち、九〇六条が場所的慣行性という概念を介して国土構造に関わり合っていると、それだけで国土構造——そして土地所有権の内容——が決定されるわけではない。その際には当然ながら、建設計画法による国土構造の決定も意識されなければならぬ。そこで、九〇六条と建設計画法のそれぞれの仕組みを比較してみることが、ひとまず必要とされることになる。そして実際にも、学説によるかかる作業を通じて、両者の相違点を取り出されると共に、九〇六条の仕組みの限界（したがって九〇六条における国土整備に対する機能の限界）も明確化されるに至っている。<sup>(7)</sup>

## (2) 建設法における隣人保護

他方、土地所有権の内容決定とは異なる観点からも、九〇六条と建設計画法との関係が問われている。すなわ

ち、建設法において「行政官庁―建築主（Ⅱ作用発生者）―隣人（Ⅱ被害者）」という三当事者が関わる場合に、公法上の隣人保護手段と民法上の隣人保護手段とがいかなる関係に立つのか、という議論である。<sup>(8)</sup>そして、この議論でなされているいくつかの指摘も、九〇六条の機能の限界を考察するための手がかりとなりうる。

さしあたり、なぜこの議論が手がかりとなりうるのかを説明しておく必要がある。<sup>(9)</sup>

建設法における隣人の保護手段の確立が求められる際に、公法上の隣人保護手段が承認され、それと共に民法上の隣人保護手段との関係が問われるようになったことが、本稿との関連では重要である。例えば、イミッシオン防止法上の許可を不要とする施設の建設について建設許可が付与された場合において、この施設から重大な負荷作用が生じていることを理由として、隣人は建設許可の付与の取り消しを管轄行政官庁に対して求めることができるのか。あるいは、許可を受けていない施設の妨害的な利用に対して、隣人は建築監督官庁に介入を求めることができるのか。このような場面における建設法上の隣人保護手段は、元来は民法規範に基づくものに限られていた。<sup>(10)</sup>したがって、隣人は、とりわけ一〇〇四条・九〇六条に基づいて、<sup>(11)</sup>かかる施設の建築主に対して妨害排除請求権および不作為請求権を行使できるだけであった。

しかしながら、その後の判例・通説たる保護規範説によれば、ある公法規範が公共の利益に奉仕するだけでなく少なくとも隣人の個人利益の保護をも目的としている場合において、当該行政行為（もしくはその拒絶・懈怠）がかかる法規範に違反しているならば、訴訟によって行使しうる権利（公権）が隣人に認められることとされた。建設法上の隣人保護の実務において中心となっている取消の訴えを例にとれば、秩序付けられた都市建設の発展という公益だけでなく少なくとも隣人の保護にも奉仕している（第三者保護的）建設法規範に違反して建築主に建設許可

が付与された場合には、隣人はこのことを理由として、取消の訴えという方法で許可官庁に対して当該建設許可の取消を求めることができると思われる。

ところが、以上のようにして公法上の隣人保護が認められたことは、しばしば「現行の相隣法は何らの体系もなく民法規範と公法規範とに分裂している」<sup>(13)</sup>と表現されることから窺われるように、「両者の競合の問題を引き起こす。すなわち、隣人としては民事訴訟で建築主に訴えを起すことも行政訴訟で官公庁に訴えを起すこともできるが、この場合において、この二つの方法を任意に選ぶことができるのか、それとも、一方の可能性が他方の可能性を排除もしくは制限することになるのか。結局、この点をめぐって極めて様々な解決方法が主張されているのが現状である」<sup>(14)</sup>。

もとより本稿は、このような公法上の隣人保護の構造やこれと民法上の隣人保護との関係一般について検討することを意図するものではない。しかし、この点についての議論の過程においては、建設計画法および建築規制法（さらに場合によってはイミッシオン防止法）と対比される形で、相隣私法および九〇六条の限界が指摘されている。したがって、国土整備・都市計画との関係で九〇六条の限界を探るといふ本稿の目的にとって、これらの指摘が有益な手がかりを与えてくれるだろう。

### (3) 本稿における検討

以上の議論の視角から既に分かるように、都市計画との関係で九〇六条の限界を明らかにするためには、九〇六条と建設計画法との対比を試みることに有用と思われる。そこで、以下の叙述では、九〇六条と建設計画法のそれぞれの特徴を抽出し（2）、両者の比較を通じてそれぞれの基礎となっている評価が相互に交錯し合っていること

を確認する（3）。そして、九〇六条の国土整備に対する機能が依然として存在しつつも、かかる交錯の場面においてその限界が見出されることを明らかにしていくこととしたい（4）。

検討を進めるにあたっての留意点を述べておこう。検討に際しては、既に見たように、土地所有権の内容決定と隣人保護という二つの視角が議論の素材となりうる。もっとも、これら二つの視角は、その問題意識こそ異なっているもの、そこで行われる議論についてはほぼ同一の内容を含んでいる。一例を挙げておけば、相隣私法（ないし九〇六条）と建設計画法との比較の際に、どちらの議論においても、前者の「場所的慣行性」要件と後者の「計画」との関係が最も問題視され、この点について活発な議論がなされているのである。詳細は以下の叙述の展開からも明らかとされようが、いずれにせよ以下の検討では、この二つの視角を特に区別することなく叙述を進めることが許されよう。

なお、本稿は、それぞれの視角についての包括的な研究を意図するものではない。むしろ、本稿の問題関心と関連する限りでのみこれらの視角を素材としていることを、あらかじめお断りしておく。<sup>(15)</sup>

## 2 九〇六条と建設計画法

### (1) 九〇六条

まず、九〇六条について見てみよう。

#### (a) 特質

九〇六条の特質を典型的に示しているのは、「他の土地（＝作用発生地）における場所的慣行の利用」概念、すな



わち、場所的慣行性概念である。作用発生地の利用が場所的慣行と評価されるか否かは——他の要件との兼ね合いもあるが——イミッシオーンの受忍義務の成否を判断する上で鍵となり、その意味でも重要な概念である。論者によれば、おおむね以下の三点の特質が挙げられている。

第一に、場所的慣行性の評価基準が、当該土地の存する空間における現実の利用状況に設定されていることである。<sup>(16)</sup>つまり、このような現実の状況を考慮して場所的慣行の内容が決定され、それを通じて、個々の土地における所有権の内容も決定されることになる。したがって、相隣法体系は、「現実の国土利用と、相隣法秩序および所有権の内容決定との一致」を、その特徴としている。端的に言えば、「ひとたび発生した状況が、場所的慣行性という基準を経由して所有権内容を決定する」のである。<sup>(17)</sup>

もちろん、場所的慣行性概念は不変のものとして置かれてはならない。場所的慣行性の評価はその判断時の状況を基準としているから、現実の土地利用が変化すると共に、法的な基準たる場所的慣行性概念も変更される。その結果、当該土地の所有権の内容も変更される。したがって、「一般条項的な評価規範が、時間的場所的に異なる判断を導き、それと共に所有権の柔軟な内容決定を導いている」のである。さらに、場所的慣行性の評価の際には、経済的および技術的な発展の要請や関係住民層の考えの変化、近時では環境保護のための評価的な観点も考慮されるようになってきている。このことを踏まえれば、「(場所的慣行性という)不特定の法概念を用いて判断を行う」という方法は、環境と価値判断の変化を法秩序に持ちこむことである<sup>(18)</sup>と評価されている。

第二に、しかしながら、現状の土地利用を法的基準(すなわち九〇六条の「場所的慣行の土地利用」という基準)に転化していることが、国土の発展という面に関して、九〇六条の決定的な特質を明らかにすることになる。

まず、九〇六条を含む民法上のイミッシオン防止法モデルがいかなる社会像を基礎としているのかを見ておく。ゲンチュ(19)によれば、上記の諸規定は、生起した経済自由主義的な産業社会の諸条件の下で、かつ、その精神の中で、規範化されたものであった。つまり、このモデルは、「市場経済の諸法則に従ってなされる国土の発展の考え」に基づいており、「既存の諸構造をできる限り保護しつつそこに発展の可能性を付与する」ことを目的としている。なお、かかる経済自由主義的な産業社会においては、公的計画を通じて国土利用の発展を法的拘束力ある形で制御しようという端緒がそもそもとんど見られなかったことも、その背景にあるという。

次に、国土の利用・発展との関係で場所的慣行性概念を眺めてみよう。

既に見たように、確かに場所的慣行性の評価に際しては柔軟性が認められる。しかし、より重要なのは、当該土地の存する空間における現状の土地利用を基準にするという態度であり、この点が九〇六条の中心的な性格を浮き彫りにしている。(20) というのも、紛争調整の基準たるかかる場所的慣行性概念は、土地利用を空間の現状へと適合させることを通じて、国土および国土全体の最善の利用という公共の利益を保障しようとしているからである。

場所的慣行性概念および九〇六条がこのような性格を有する結果、土地利用の発展という側面については以下の態度がとられることになる。九〇六条は、国土の発展自体を何ら否定するものではないが、その発展がいかなる内容で行われるのかを規定してはいない。むしろ、現状を基準としていることからすると、土地利用の発展は現実の成り行きに委ねられている。それゆえ、発展に対するこのような九〇六条の秩序は、「意図された秩序としての計画」と対比されて、「相隣法の自動的な秩序」あるいは「相隣法による所有権の内容決定の自動性」と称されることもある。(21) そして、かかる「自動性」ゆえに、国土の発展を事前に制御することは少なくとも九〇六条の主たる関

心事とは言えず、むしろ国土利用の事後的な調整が中心とされている。また当然のことながら、将来を指向した計画プロジェクトに焦点を合わせるものではないし、将来生ずるであろう国土状況に照らして九〇六条の調整が決定されるということもない。<sup>(22)</sup>

いずれにせよ、九〇六条（および相隣私法）は、秩序の生成が自動的に行われること、そしてそれが一般的な正当性を有するとされていること、以上の前提に依拠しているのである。<sup>(23)</sup>このような構造には、相隣法が——固定的ではないにしても——どちらかといえれば静的な基本傾向を有していることが示されているであろう。<sup>(24)</sup>

第三に、九〇六条が規律対象としているのは、比較的小規模の空間における土地利用をめぐる紛争である。<sup>(25)</sup>もちろん、規律対象がこのように限定されているとしても、この限定的な枠組みを通じて九〇六条は国土整備にも寄与しうる機能を果たしている（本論第二節二参照）。そもそも、所有権の対象となる個別の土地は国土の一部分を構成しており、その意味では、九〇六条も国土全体の形成を間接的ながら把握していると言えなくはない。しかしながら、九〇六条による所有権の内容決定は、「ある一つの土地とその隣地への諸作用」に関する土地所有者の権限に影響を及ぼしているにすぎない。したがって、九〇六条により形成される空間というのは、「土地間における直接的な相互影響」に限定されているがゆえに、相当に小規模なのである。

このような三点の特質をまとめれば、以下のようになろう。九〇六条においては、比較的小規模の空間を対象として、個々の土地を現状の国土秩序に接合させることによって、その土地の所有権の内容が自動的に決定される、と。

(b) 内在する限界

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（二）（秋山）

もつとも、九〇六条の適用には既にいくつかの限界が内在している。

第一に、九〇六条は個人の権利を保護する規定であるがゆえに、適用にあたって以下の前提が要求される。一つは、「個人として認識可能な」環境侵害者が、潜在的な所有者ないし環境保護者の「個人的権利」を侵害もしくは脅かしていること、もう一つは、かかる所有者ないし環境保護者が、自己負担となる訴訟リスクを考慮し、また通常であれば長期にわたる訴訟期間を甘受しつつ、自己の防御権を行使する意思を持っていること、である。したがって、九〇六条によるイミッシォンの防御は常に、個々の事例に即してのみ可能なのである。<sup>(26)</sup>

第二に、九〇六条が土地所有権に関する規定であるがゆえに、九〇六条により認められる防御請求権および防止措置請求権は土地に関連付けられたものとなっている。それゆえ、環境作用により侵害される法益のかなりの部分——すなわち土地に関連付けられない法益——については、九〇六条の枠組みから除かれてしまう可能性がある。<sup>(27)</sup>このように、ひとまず、以上の二点の限界を確認することができる。

しかしながら、上で指摘した九〇六条の特質を踏まえるならば、また、土地利用・国土利用の規律という本稿の関心から見ると、上で指摘した九〇六条の特質を踏まえるならば、また、土地利用・国土利用の規律という本稿の関心から見ると、むしろ以下の第三点および第四点の限界がより重要である。<sup>(28)</sup>

第三に、九〇六条（および相隣私法）は限定された空間を対象としているがゆえに、密接に特定された空間とは異なる空間を再形成していく力に欠けているのではないか、との懸念が生じる。たとえ民法が場所的慣行性要件や防止措置義務・補償義務を通じて相当規模の空間の発展を（間接的にであれ）制御することができるとしても、対象とする空間の限定性ゆえに実際上それは困難なのではないか、と考えられる。

第四に、より重要なのは、九〇六条は国土の発展を内容的に規定していないということである。既に見たよう

に、九〇六条は発展を排斥するものではない。しかし、九〇六条における発展というのは、「計画的な意思決定によらずに決定された緩慢な変化」の結果である。そのため、九〇六条は、「政治的意思決定によって一つの秩序像を選択し、そして固有の諸手段でその秩序像を達成しようとする体系」とは異なっている。したがって、積極的な介入や国土変更の要請が公共の利益により求められている場合には、「自動的な秩序」たる相隣法では不十分となるおそれがある。また、計画的な国土利用という観点から見ると、「秩序付けられた国土の発展のために必要とされる、計画を通じての構造転換が、民法上においていずれにせよ促進されず、それどころか妨げられてしまう可能性すらある」。もちろん、すべての場面において九〇六条が不都合な結果をもたらすわけではない。<sup>(29)</sup>しかしながら、少なくとも国土の発展の規律という点で、秩序の生成が自動的に行われてしまうという九〇六条の特質は限界を呈しているのである。

(2) 建設計画法——完全Bプランの策定された地域を中心に——  
続いて、建設計画法について考察していこう。

(a) 建設計画法の概要

まず、以下の叙述に必要な限度で、建設計画法の概要を述べておこう。

建設計画法（現在ではしばしば「都市建設法」とも呼ばれる）は、個々の土地の建築可能性を規定しつつ、都市建設上の諸観点に基づいた、市町村内における国土利用および国土形成に関わる法領域である。<sup>(30)</sup>その規定の多くは、連邦法たる建設法典<sup>(31)</sup>の中に規律されている。

その中でも、ドイツにおける建設計画法制の基本となっているのは、市町村の策定する建設基本計画（以下「B

Lプラン」と呼ぶ<sup>(32)</sup>である。このBLプランは、土地利用計画（以下「Fプラン」と呼ぶ）と地区詳細計画（以下「Bプラン」と呼ぶ）から構成される（建設法典一条二項）。市町村は、都市建設上の発展と秩序のために必要な場合には直ちに、かつ必要な限りで、BLプランを策定しなければならない（建設法典一条三項）。原則として、BプランはFプランを前提として、そこから展開されなければならないとされている（建設法典八条二項一文）。

ここではひとまず以上の確認にとどめ（さらに詳細については下記(c)および第三節一1参照）、さっそく建設計画法の特質を見ていこう。

(b) 特質

さて、このような建設計画法およびその中核をなすBLプラン（特にBプラン）は、どのような特質を有しているであろうか。

ここでは、プロイアーの指摘<sup>(33)</sup>を借りてこの点を見ておくことにしよう。プロイアーは、公法上の隣人保護と民法上の隣人保護との関係について考察する過程で、建設計画法の意義についても言及している。しかし、ほぼ同一の結論を導く他の論者達とは異なり、「目的論的な考察」の中で建設計画法の意義について検討していることが特徴的である<sup>(34)</sup>。

プロイアーによれば、建設計画法の意義として以下の三点を無視することはできないという。

第一に、今日では、建設法および計画法における公法上の利用の秩序付けは、相隣私法における規律よりも包括的かつ強力に形成されている。まず、その仕組みについて見てみると、一つには、事前に一般化を行う行為形式としてBLプランが定められており、実際にも重要な役割を果たしている。もう一つとして、建築監督官庁は、個別

事例において必要とされる紛争判断を行わなければならないとされており、そのために建設許可および免除<sup>(35)</sup>の制度が用意されている。次に、建設公法の重要な規定をいくつか例示してみよう。建設計画法の諸規定を見てみると、Bプランにおいて許容されかつ必要とされる諸々の指定、建設起業案に固有の拘束力など、実に詳細な規定が建設法典に置かれている（建設法典九条および三〇条<sup>(36)</sup>）。そして、建築利用令<sup>(37)</sup>が、建築利用の種類と範囲、建築様式、建築可能な用地等の事項に関して、計画を分類する諸規定を備えている。また、未計画の内部地域（連担建築地域）および外部地域においても、計画を代替するものとして、建築その他の起業案に対する諸要件が建設法典に定められている（建設法典二四条および三五条<sup>(38)</sup>）。他方、各州の建築規制法を見てみると、そこには建築物の境界間隔や防火壁などに関する多様な規定が置かれている。したがって、このように例示してみただけでも、建設法および計画法が土地利用の秩序付けに関して包括的で排他的な規律を含んでいる、と理解できるのである。

第二に、B Lプランは公益と私益を包括的に考慮して一つの全体秩序に統合しなければならない、とされていることである。隣人保護の競合が争われる場面では、私人間の相対立する私益（例えば、所有地に建築をしようとする建築主の利益とこれまでの近隣状況を保全しようとする隣人の利益）と公益（すなわち「土地利用および都市建設上の発展と秩序に係るあらゆる公益」）とが相互に様々に入り混じっていることが特徴的である。かかる場面において、B Lプランは、これら関連する利害と利益の全体調整を行うことを目的としている。この点は建設計画法における評価を採る上で重要であるから、改めて詳しく言及することとした（下記(c)）。

第三に、B Lプランの任務は、将来に向けられた都市建設上の形成、および、変化する諸要請に応じた土地利用の柔軟で動的な継続発展である。既に見たように、九〇六条は発展を否定するものではないが、その発展を方向付

けるものではなかった。これに対して、今日では建設計画法が「現実の発展」を規律しており、つまり、九〇六条の基礎とされている「現実の状況」が計画および許可によって「意図的に」展開されているのである。<sup>(39)</sup> それゆえ、仮に個々の隣人が場所的慣行性という現状に固執することによって、計画に合致した強力な土地利用を阻止できるとするならば、それはB.L.プランのこのような規範的な目標設定と調和しえないであらう。

おおむね以上の点を指摘して、プロイアーは建設公法を以下のように特徴付ける。建設公法ないし建設計画法は、包括的な規律を用意し、また土地利用の発展を秩序付けている。もっとも、その際に規律の対象としているのは、建築主の所有者としての利益と公益との関係における紛争だけではない。さらに、建築主と隣人という相隣関係における紛争と利益調整も、B.L.プランの規律の対象となっている。したがって、建設公法は「隣接する土地における建築その他の利用の分類 *Zuordnung*・適合 *Verträglichkeit*・調整 *Abstimmung*」を規律しており、「土地利用紛争についての包括的かつ排他的な規律」である。<sup>(40)</sup> と理解されることになる。

また、このような建設計画法の特質を「所有権内容の決定」という視点から見れば、以下のようになる。相隣私法による所有権の内容決定は、発展を内容的に規定するものではない。これに対して、計画は、「発展の余地を認め、それに対応する所有権の内容決定を通じてその発展を可能とし、そしてこのような内容決定をするよう促す」もの、換言すれば、「達成されようとする計画秩序を顧慮しつつ、所有権の内容を決定する」ものである。<sup>(41)</sup>

(c) B.L.プラン策定における衡量の意義——建設計画法における基本的な評価

さて、上で指摘した第二点、すなわち、B.L.プランにおける私益と公益の考慮について、再度目を向けてみよう。この点について改めて取り上げるのは、この利益衡量が建設計画法における基本的な評価 *Wertung* を考察す



る上で重要であるとされているからである。<sup>(42)</sup>

ある建設起業案は建設計画法上許容されるものでなければならぬが、その判断の仕方は大きく三つの地域に区分される。第一は、完全Bプラン qualifizierter Bebauungsplan の策定されている地域、第二は、完全Bプランが策定されておらず、既に建造物が連なって存立している地域（連担建築地域）、第三は、それ以外の、原則として建築が行われるべきでない<sup>(43)</sup>とされる外部地域である。ここでは、本稿の叙述（特に本論第三節「民法上の請求権と都市計画との関係」）との関係上、第一の完全Bプランの策定されている地域について見ていくことにしたい。

建設法典三〇条一項によれば、完全Bプランとは、少なくとも、建築利用の種類と程度、敷地上の建築可能な用地、および地域的な交通用地について指定をしたBプランである。<sup>(43)</sup>そして、完全Bプランの策定されている地域においては、建設起業案の許容性はBプランの指定に従って判断される。したがって、ある土地利用が建設計画法上許容されるかどうかの判断は、基本的にBプランの策定時に行われていることになり、Bプランの執行たる建設許可手続時ではない。それゆえ、建設計画法における評価を考察する上では、Bプラン策定に適用される諸基準に焦点を当てなければならない。<sup>(44)</sup>

それでは、Bプラン策定に際してどのような原則が定められているのであろうか。この点で重要となるのが、「計画上の衡量原則[Abwägungsgebot]<sup>(45)</sup>」である。以下では、連邦行政裁判所の判例を中心としてこの衡量原則を見ていこう。

B Lプランは、都市建設上の発展と秩序のために必要とされる場合には直ちに、かつ必要な限りで、市町村により自らの責任において策定されなければならないとされている（建設法典一条三項および二条一項）。これらの規定

では市町村の計画高権<sup>(47)</sup>が承認されているものと解されているが、この計画高権を実体的な次元で見れば、それは計画裁量もしくは計画上の形成の自由<sup>(48)</sup>を意味している。そもそも建設計画（のみならず計画一般）は、判断の際の複雑な状況をその特徴とし、しかも立法者によっては厳密に決定されないような将来の状態を確立することに向けている。それゆえ、計画においては、多数の個別判断を相互に調節すること、いわば「各土地の利用を統一した全体にまとめる」ことが重要となる。つまり、無数の公益と私益——これらは相互に抵触・適合したりあるいは相互に補充し合っている——を考慮し、調整し、一つの統一体に「同化」させなければならぬ。そこで、市町村としては、自らの計画化機能と形成機能とを利用しながら、紛争処理の任務を広く自ら行わなければならないのである。その際、市町村がかかる活動を行うるためには、かかる活動に対応するだけの形成の余地を市町村が自由に行使できることを必要とする<sup>(49)</sup>。この点を法規範の構造の観点から見れば、計画法規は、単に「一定の目標、および個別の手段もしくは行為権限」を規定するだけの「目的プログラム」でなければならぬ<sup>(50)</sup>。そして、行政が、その都度具体的に存在する計画状況に従って、定められた目標のどれがいかなる範囲といかなる手段で達成されるべきかを自ら判断していくことになるのである。

このようにして、市町村はBLプラン策定の際に独自の広範な判断の余地を与えられている。しかしながら、かかる余地が無限定に認められるわけではない。連邦建設法一条（現行建設法典も同じ）に要件・制限・目標・指針という形で定められたBLプランの基本規定が、このような計画上の形成の自由を拘束することになる。そして、これらを遵守しているかどうかは、上級行政庁の監督にも行政裁判所による審査にも服するとされている<sup>(51)</sup>。

ところが、連邦行政裁判所の判例によると、連邦建設法一条四項二文（現行建設法典一条六項「BLプランの策定

の際には、公益と私益が相互に適正に衡量されなければならない」に定式化された衡量原則に関しては、異なる扱いがなされている。すなわち、適正な利益衡量が当該計画の基礎となつてゐるかどうかは、監督官庁および行政裁判所によるコントロールに無制限に服するわけではない——したがつて一定の範囲内でのみ審査を受けうる——とされている。<sup>(52)</sup> このような意味において、B.Lプラン策定時における市町村の判断の余地というのは、この「計画上の衡量原則」によつてその内容と限界が決定されていると理解できよう。<sup>(53)</sup>

そして、本稿にとつて興味深いことに、このような位置付けを与えられた計画上の衡量原則は、相隣紛争の判断において建設計画法がどのような評価を有しているのかを明らかにしてくれるのである。そこで、衡量原則についてさらに見ていくことにしよう。ここでは、クラインラインに依拠して以下の二つの点を取り上げることとする。<sup>(54)</sup> なお、クラインラインは、騒音などの排出を行う商業とイミッシオンに敏感な居住との古典的な相隣紛争を事例として掲げているので、以下の説明でもこの事例を基にしよう。

第一に、B.Lプランの策定の際にいかなる利益が衡量に組み込まれなければならないのか、という「衡量材料 Abwägungsmaterial」<sup>(55)</sup> についてである。

まず、「私益」としては、事物の状況からして衡量に含められなければならない相隣利益は、すべて「衡量材料」になるという。具体的には、価値のわずかではない保護に値する私益は、それが衡量上重要と認識されるものであり、かつ、計画判断を通じて単に取るに足りない仕方以上で侵害される場合には、衡量に含められる。<sup>(56)</sup> したがつて、それ自体保護された法的地位に由来する利益は、すべて含まれることになるのである。<sup>(56)</sup> 上記事例では、被害者（居住者）側としては、被害者たる居住者の所有権に基づく現状保全の利益（さらに、そこに居住する賃借人の諸利

益）が、商工業側としては、将来の事業拡大に対する利益が、衡量に含められるであろう。<sup>(57)</sup>

次に、「公益」として衡量に組み込まれる利益は、基本的に建設法典一条五項の「計画指針」<sup>(58)</sup>から明らかにされる。それゆえ、上記事例では、一方では「健康な居住・労働関係に対する一般的な諸要請」が、他方では「経済的な利害」が、考慮されるべきことになるであろう。

第二に、以上の衡量材料が整った後の「衡量過程 Abwägungsvorgang」である。ここでは、公益と私益について重要度の判定がなされ、「相互に gegeneinander und untereinander」適正に衡量されなければならないとされている（建設法典一条六項）。かかる衡量は、公益と私益の間だけでなく、公益相互間、さらに私益相互間でも行われるものとされている。<sup>(59)</sup>したがって、衡量過程においては様々な利害間での調整が必要とされている。

ここでポイントとなるのは、衡量に際していかなる具体的な方法や基準が採用されているのかである。上記事例に沿って見てみよう。上記事例における隣人間の紛争は、既存の商工業に住宅が近接してきたという点、あるいは、居住利用と商工業利用との「混合状況」という点に、その原因が見出されるであろう。前者（既存の商工業への住宅の接近）の場合には、住居地区と商工業地区とを分離するという原則が既にいくつかの制定法<sup>(61)</sup>の中に示されている。そこで、衡量過程においては、住宅の建設を既存の商工業とは別の方向に向けることができないかどうかを審査されるべきである。後者（居住利用と商工業利用との混合状況）の場合には、建築利用令一条四項一文による建築地区の区分<sup>(63)</sup>あるいは建設法典九条一項二四号による具体的な指定<sup>(64)</sup>を用いることで、紛争はできる限り解決されるであろう。<sup>(65)</sup>

もっとも、注意しなければならないのはこの先である。一般に「紛争処理原則」と呼ばれているように、BLP

ラン（通常はBプラン）は、関係する諸利益を相互に適正に調整することにより、自らに帰せられるべき紛争を処理することを要求されている。<sup>(66)</sup>ところが、様々な利用の要請が対立する場面において、計画法は利益の一方もしくは他方にあらかじめ優先性を認めてはいない。そのため、上記のような方法では十分な紛争処理が保障されえない場合に、市町村が一方の要請を優先させ他方の要請を劣後させる旨の判断をしたとしても、かかる判断が直ちに衡量原則に違反するわけではないとされているのである。<sup>(67)</sup>

判例によれば、①適正な衡量がそもそも行われていない場合、②事物の状況からして衡量に含められるべき利益が衡量されていない場合、③侵害される私益の意味が誤認されている場合、および、④計画により影響を受ける公益間での調整が個々の利益の客観的な重要性和無関係に行われている場合には、適正な衡量原則に違反するとされている。したがって、以上①から④の限界を越えていない限り、市町村の判断が商工業的な土地利用に有利な結果になることも、また居住的な土地利用に有利な結果になることも許されており、衡量原則違反が問われることはない。つまり、一定の利益の優先性・優位性に関する「形成的な」衡量という点に、計画が計画として現れていることになるのである。それゆえに、衡量原則が遵守されている限り、特定の利益に関する優劣の判断は、そもそも行政監督もしくは裁判において「跡付け可能な nachvollziehbar 過程」ではない。むしろ、「市町村がどのような方向で都市建設上秩序付けられた継続発展をしようとするのかを表現した、まさに根本的な計画上の決定」なのである。だからこそ、上級行政官庁や行政裁判所による計画コントロールは必然的に限定されているのである。<sup>(68)</sup>

以上の二点をまとめると、完全Bプランの策定された地域に関する建設計画法の評価はこう特徴付けられる。<sup>(69)</sup>

B Lプランに関する法律規定は、市町村に計画上の形成の自由を付与している。この形成の自由がいかなる内容なのかは、建設法典一条六項の計画上の衡量原則によって決定され限界付けられる。その際には、権利に限られない様々な私益も衡量に組み込まれるとされており、とりわけ、被害者たる隣人の「現状利益」と建築主の「発展利益」が含まれていることが重要である。そこで、これらの利益の衡量がどのように行われるのかという衡量過程に目を向けてみると、商工業と居住の分離原則など衡量を制御する一定の具体的な基準<sup>(70)</sup>は見られるものの、それは絶対的な基準とはされていない。つまり、衡量原則の限界にとどまっている限り、市町村の判断は計画における個別具体的な衡量に応じてどちらにも転びうるものであり、また、かかる判断をしても衡量原則に違反しないとされているのである。このことは、むしろ計画上の衡量原則の原則的な帰結でもある。したがって、完全Bプランの策定された地域では、あらかじめ定められた一定の評価に従って相隣紛争が処理されるという仕組みではない。それどころか、計画策定手続外において事前に何らかの判断が存在すること<sup>(71)</sup>さえ、「衡量の不備 Abwägungsdefizit」つまり衡量上の瑕疵の危険をもたらすとされているのである。このように見てくると、相隣紛争の処理について判断を行っているのは、ある特定の定まった評価ではない。むしろ、「市町村による具体的な計画上の決定」自体が、完全Bプランの策定された地域に関する建設計画法の評価そのものなのである<sup>(72)</sup>。そして、この「計画上の決定」を具体的に表現しているのが、Bプランに定められた指定である。

### 3 九〇六条と建設計画法との交錯

#### (1) 両者における評価の比較

これまで見てきたように、九〇六条を中心とする相隣私法および完全Bプランの策定された地域に関する建設計画法は、それぞれ固有の特質を有している。

両者の相違点は様々な点に見出すことができるであろう。例えば、それぞれの規律する空間の規模について見れば、相隣私法は——国土利用の制御を機能として持ちつつも——原則として相隣関係内における土地利用の紛争を対象とするのに対して、建設計画法におけるBプランは一定の地域レベルを対象として策定されるのが通常である。もっとも、これは両者の関係を探る上での決定的な相違とは言えない。というのも、九〇六条における「場所的慣行の利用」要件の解釈の際には、原則として市町村地域における他の土地利用と当該作用発生地の利用とを比較することによって場所的慣行性の有無を判断するとされているからである。<sup>(73)</sup>つまり、九〇六条は、直接的には相隣空間における土地利用を規律しているとしても、その要件の判断枠組みでは、相隣空間を越える規模（すなわち市町村地域）を考慮に入れていことになる。

むしろ、建設計画法と相隣私法との根本的な相違は、各々の基礎となっている評価に示されている。<sup>(74)</sup>特に、問題の地域における「現に存在している状況」がそれぞれの法領域で行われる判断に際してどのように扱われるのか、という点である。

相隣私法およびその中心たる九〇六条は、そもそも国土利用の発展を計画的に制御しようとする考えに基づくものではなかった。「意図された秩序としての計画」に対して「相隣法の自動的な秩序」と呼ばれる所以である。そして、同条における重要な判断基準たる「場所的慣行の利用」概念（「場所的慣行性」概念）の解釈が、このことに<sup>(75)</sup>対応している。すなわち、この概念の解釈は基本的に、当該地域における現実の状況を基準としている。つまり、

近隣地域における現状と比較してみて、当該の土地利用が場所的慣行であるかどうか判断され、その結果、当該土地利用が禁止されるべきか否か(反対に隣人が受忍義務を負うか否か)が決定されるのである。したがって、九〇六条および相隣私法の基礎を成している評価とは、かかる判断基準たる「現に存在している状況」なのである。

これと対照的なのが、(完全) Bプランの策定された地域に関する建設計画法である。そもそもBLプランは、将来に向かった都市建設形成、および、変化する諸要請に応じた土地利用の柔軟で動的な継続発展に、奉仕するものとされている。そこでは計画策定過程が重要な役割を担っており、既にやや詳しく見たように、「計画上の衡量原則」を通じて導かれた「市町村による具体的な計画上の決定」が諸事項について判断を下すことになっている。つまり、Bプランの策定された地域においては、Bプラン上の規範的指定という形で表現された計画衡量の結果を基準として、土地利用の公法上の適法性が決められるのである。その際、市町村に計画上の形成の自由が認められていることから、一定の価値判断(例えば商工業と居住の分離など)があらかじめ設定されているとしてもそれは絶対視されておらず、要は、衡量の過程と結果が適正な衡量原則に合致しているかどうか、すなわち衡量原則違反の場合(上記①から④)に該当するかどうか問われることになる。ここでは当然ながら、九〇六条におけるような「現に存在している状況」という評価は、決定的な基準とはされていない。仮にかかる現状がBプランの策定に拘束力をもたらず場合があるとしても、それは計画上の衡量原則を通じて一般的に引かれた範囲内のことにすぎない。

このような両者における評価の相違は、結局のところ、BLプランが現状を再形成するための手段でもあるのに対して、相隣私法は逆に現状を維持することに向けられている、という点に帰着するであろう。あるいは、BLプ



ランは将来志向で動的・能動的であるのに対して、九〇六条の判断基準は現状と関係する静的・受動的なものである、ということになるであろう。<sup>(76)</sup>

ただし、一つ注意を促しておかなければならないであろう。既に繰り返し指摘したように、九〇六条は国土整備に対する機能を果たしている。すなわち、九〇六条に定められた要件・効果の基本的な考え方に国土利用を制御する仕組みが見られること、さらに、近時では評価的な観点の導入という形で諸概念が柔軟に解釈されることによつて、九〇六条がますます国土整備的・環境保護的な役割を増していること、以上が既に確認されている（本論第二節二参照）。そうすると、ここで建設計画法との相違を強調することは、九〇六条の国土整備的機能を承認していることとどのように関係付けられるのか。この機能そのものを否定することにならないのか。

しかし、建設計画法との相違を指摘することは、九〇六条の国土整備的機能自体を否定するものではない。両者の相違は、機能のレベルというよりも、むしろ九〇六条の特質の点で鮮明に浮かび上がってくる。

既に見たように、九〇六条においては、例えば、場所的慣行性要件を通じて土地利用の振り分けが行われ、また当事者に付与される権利義務が国土整備への刺激をもたらし、これらによって国土整備に対する機能が認められる（本論第二節二4(3)参照）。しかし、ここで注目すべきは、機能の有無ではなく、機能の根底となっている九〇六条の特質である。九〇六条は「現に存在している状況」を基礎とした「自動的な秩序」であるがゆえに、この国土整備に対する機能もこのような特質の中で発動されるにとどまる。そのため、国土整備に対する機能は存在していても、それは、建設計画法におけるような「意図された秩序」として計画的に国土整備を進めようとするものではないのである。

また、確かに、九〇六条の諸概念（「本質的な侵害」と「場所的慣行の利用」の両概念）は、評価的な観点の導入という形で近時において柔軟に解釈されるようになってきている（本論第二節二五参照）。それゆえに、これらの概念（特に「場所的慣行の利用」概念）については、「現に存在している状況」だけを基準として解釈されているわけではない。しかし、確認しておくべきは、依然としてこれらの概念における解釈の出発点が「現に存在している状況」に依拠していることである。<sup>(77)</sup> 評価的な観点の導入や柔軟な解釈と言っても、それはあくまでも原則に対する修正の意味でしかなく、この出発点を放棄することは到底考えられていない。そして、むしろ九〇六条のかかる特質を再確認した上で、その次の課題として、相隣公法（例えば連邦イミッシオン防止法）や建設計画法などの公法規範と九〇六条との間で生ずる評価矛盾をどのように解決していくのか、これら公法規範と九〇六条との調和をどのようにして図っていくのか、という点に目を向けていくことが必要であるし、実際にもこのような認識が共有されるようになっていく。<sup>(78)</sup> 九〇六条の諸概念における評価的な観点の導入・強化という近時の動きも、このような課題に対する対応の一環として理解されるのである（本論第二節二五(3)(d)も参照）。

このように見てくると、九〇六条と建設計画法における評価の相違を正確に把握することは、九〇六条の国土整備に対する機能を否定することにならないどころか、両者の調和という今後進むべき方向性をも示してくれるのである（この点については下記4(3)も参照）。

## (2) 評価矛盾の発生

ところで、このような相隣私法と建設計画法それぞれにおける評価の相違は、厄介な問題を引き起こすことになる。建設計画法によって規律された土地利用が、九〇六条一項に掲げられた種類の作用を発生させることで、同時

に相隣地の所有権を侵害している、といった場面を想定してみよう。かかる場面では、公法規定（建設計画法規定）と私法規定（九〇六条）との交錯が生じることになる。もつとも、単なる交錯だけであれば、それは評価矛盾の発生の前提条件を用意しているにすぎない。しかし、この両者の交錯において問題となるのは、この両者それぞれの基礎となつている評価（ないし価値判断）が根本的に異なっており、そのために評価矛盾が生ずることである。

具体的に見てみよう。上で見たように、「現に存在している状況」の扱いをめぐって、（完全）Bプランの策定された地域に関する建設計画法と九〇六条とでは根本的な違いが見られる。その結果、Bプランにおいて従来の場所的慣行よりも強度の——すなわち九〇六条一項に定められた作用に関して種類と程度につき従来よりも侵害的な——土地利用を許容している場合、かかるBプランには既に、相隣私法における評価との矛盾が埋め込まれていることになる。<sup>79</sup> ここにおいて、Bプランと九〇六条は、それぞれの基礎とする評価を媒介として矛盾を来すことになる。九〇六条とBプランとの間における評価矛盾の発生である。

また、より一般的に見るならば以下のようになろう。相隣法の領域（ここには前述の建設計画法と相隣私法との交錯だけでなく、イミッシオン防止公法と相隣私法との交錯も含まれる<sup>80</sup>）において特徴的なのは、公法と私法の競合的な規定が同一の生活関係について異なった判断を下す可能性がある、ということである。そして、公法と私法それぞれの基礎とする評価が異なっている場合、この両者の交錯は、評価矛盾と格付けされるべき衝突を発生させることになる。<sup>81</sup>

(3) そもそも交錯は起こらないのか？——九〇六条と建設計画法との交錯の再確認——

ここまでの叙述では、九〇六条と建設計画法がそれぞれの評価を介して衝突すること、したがって九〇六条と建

設計画法（ないし相隣私法と相隣公法）が評価矛盾を伴い広く交錯し合うことを、その前提としてきた。しかしながら、この点について争いが無いわけではない。そもそも両者の交錯は起こりえないとする見解も、少数ながら一定の影響力を伴って指摘されていた。後述の通り、この見解の結論は現在では説得力に乏しいとの理解で広く一致しており、その結果として、九〇六条と建設計画法との交錯を再確認することができる。他方、結論に至るまでの主張内容自体には正当性が認められる部分もあり、この点では、改めて九〇六条の限界を再認識させてくれる。

そこで、この見解とそれをめぐる議論について見ていくことにしたい。

(a) 九〇六条の適用可能性を否定する見解

①バルトウルシュペルガーの見解

バルトウルシュペルガーは、「とりわけ建設の領域において示されているように、現在の相隣法は何らの体系もなしに民法規範と公法規範とに分裂している」との問題意識から、相隣公法と相隣私法との関係について初めて徹底的に問題提起を行った。<sup>82</sup> 彼は、「ある建設起業案の許容性が民法と建設法とで異なつて判断されうる」という通説を、問題点として例示的に指摘している。しかし、その検討は、むしろ「建設相隣法 *bauliches Nachbarrecht* の制度」自体に向けられており、より根本的である。なお、バルトウルシュペルガーは「建設公法」ないし「建設相隣公法」という表現を用いるが、その叙述から見ると、中心は「建設計画法」である。

バルトウルシュペルガーによれば、建設相隣法は現在のところ、二つの体系的に排他的な法領域、すなわち「私人に対する所有権の規律」という相隣私法の体系理念と「公的任務を履行して土地利用を高権的に秩序付ける」という建設公法の体系理念によって把握されている。そこで、このような二つの選択肢の中で、建設相隣法の体系理

念が問われることになる。<sup>(83)</sup>

バルトウルシユペルガーは、建設相隣法が民法に属することを否定した上で、それが公法に属することを積極的に論証しようとする。彼によれば、単に私益のみが関係している場面であれば相隣私法の余地が依然としてあるとしつつも、建設相隣法は主として「公益の問題」となってきたという。建築様式の集約化や現代的な土地秩序の諸要請から建設相隣法の継続形成が必要とされるようになったが、これが民法の領域で行われることはなかった。むしろ、連邦建設法や州建設法の諸規定の整備・拡充を通じて、建設相隣法が公開されてきたのである。したがって、建設相隣法の基本的な規範、例えば建造物の境界間隔、土地の建築利用可能性、建築地区（住居地区や商工業地区など）に関わる規定は、本来的な公法の領域に含まれている。<sup>(85)</sup>これに対して、相隣私法は、依然として「基本的に農業的土地利用だけを考慮した、相対的に原始的な状態」にとどまっている。このような法の発展を考慮するならば、「（一般相隣法の：筆者注）機能の承継が行われた」、すなわち「公法上の権力関係が相隣関係に取って代わった」と評価できる。<sup>(87)</sup>

つまるところ、「建設相隣法に関する基本的な問題を公法で規律しよう」というのが、「立法者の根本判断」なのである。したがって、「建設相隣公法の規定を、一〇〇四条・九〇六条…から成る民法の一般相隣法規定に対する特別法と解釈する」ことも、このような根本判断によって正当化されなければならない。<sup>(88)</sup>バルトウルシユペルガーは以上のように結論付けている。

## ② シャップの見解

シャップは、より包括的に相隣私法と相隣公法との関係を検討する。そして、上述のバルトウルシユペルガーと

は異なる観点に依拠して、相隣私法と相隣公法との交錯を根本的に完全否定するに至っている。<sup>(89)</sup>

シャップは、連邦イミツシオン防止法四条以下に基づく（同法上の要許可施設に対する）許可および建設許可の「私法形成的privatrechtsgestaltend効力」に焦点を当てて、相隣私法と相隣公法との関係を横断的に検討する。

本稿の観点から注目すべきは、両者の関係の根本的な解決を可能とするためにシャップが提起した「包括的な方法的アプローチ」である。すなわち、一〇〇四条・九〇六条と建設計画法それぞれにおける利益紛争を的確に把握して区別し、両者を相互に関連付けることが必要である、というのである。<sup>(90)</sup> かかるアプローチは、一〇〇四条・九〇六条と建設計画法における紛争状況を区別することによって導かれる、両者の「管轄の包括的な区別」<sup>(91)</sup>と表現できる。

まず、シャップは、九〇六条および建設計画法の規律をそれぞれ以下のように理解している。<sup>(92)</sup> もっとも、その際の基本的な認識は、両者の特質として先に確認したところとほぼ同様である。なお、後者の建設計画法については、本稿の関心上、完全Bプランの策定された地域のみを取り上げる。<sup>(93)</sup>

九〇六条の規律については、先にも見た特質を踏まえて、「現状を基礎とした、小規模の空間における隣人間の利用紛争」を判断することがその任務である、とする。その際、現実の土地利用が基準とされていること（すなわち「場所的慣行性」要件）から、建設上の発展は現実を前提としてその成り行きに委ねられている（上記2(1)参照）、と理解される。

建設計画法の規律について、シャップは、「連邦建設法（現行建設法典：筆者注）の規範—Bプラン—建設許可」という「判断連鎖」の中で紛争判断が行われている、との前提を採る。しかし、相隣紛争についての判断は計画策

定過程に見出されなければならないと述べて、もっぱらBプラン策定の際における利益の衡量を検討しているの  
で、結果的に、建設計画法における評価として先に指摘した(上記2(2)参照)のと同様のことをシャップも確認し  
ている。それを踏まえて、建設計画法は、土地所有者間の相互に対立する私益(具体的には被害者たる隣人の「保全  
利益」と建築主の「発展利益」)を調整しつつ、ある地域の将来の発展について計画判断を下している、と理解され  
ている。

以上のシャップの認識は、既に九〇六条および建設計画法の特質ないし評価として指摘したこととほぼ同様であ  
る。ところが、シャップの見解の独自性はこの先にある。すなわち、以上の認識を前提に、両法領域がそれぞれ異  
なった紛争を扱っていることを根拠として、両法領域を相互に明確に区別しているのである。そこで次に、建設法  
の領域における相隣私法と相隣公法との関係について、以下の議論が展開されることになる。<sup>94</sup>

完全Bプランの策定されている地域においては、Bプランの指定に反しておらずかつ地区施設整備が保障されて  
いる場合には、当該建設起業案は許容される(建設法典三〇条)。しかし、現存の土地利用(例えば農業や居住)の  
近隣において、イミッシオンを生じさせる可能性を持った建設起業案が予定されている場合、建設許可をめぐ  
って以下のような紛争が生じうる。すなわち、建設許可によって許容された建設起業案およびそこからその後を生じ  
たイミッシオンに対して、民法上の防衛請求権を行使することができるのか、それとも、民法上の防衛請求権は  
公法によって縮小されるのか。通説は、かかる場面において建設許可の私法形成効を否定し、建設許可にかかわら  
ず民法上の請求権が成立するとしている。<sup>95</sup>

しかし、シャップは、紛争状況の区別による「管轄の包括的な区別」という自身のアプローチに依拠して、結論

に至らうとする。その際、シャップのアプローチによれば、このような場面における紛争状況の分析が重要である。

シャップによれば、かかる場面での紛争は「私人たる隣人間での国土の発展をめぐる紛争」ないしは「ある地域における将来の建設上の発展をめぐる紛争」である、と理解される。そこで争われている利益に着目すれば、「個人の保全利益と発展利益との間での国土の発展をめぐる紛争」である。したがって、このような紛争状況であるがゆえに、かかる紛争について判断を下すのは「建設計画法の国土形成的な諸規定」と「それに基づいて下される許可」である。完全Bプランの策定されている地域であれば、「連邦建設法（現行建設法典：筆者注）の規範—Bプラン—許可」という「判断連鎖」がこれに該当する。そして、この「判断連鎖」の構造においては、建設法典一条六項に基づく衡量が、国土の発展に対する諸要請も公益として考慮しつつ、これらの相対立する相隣利益について判断を行うものとされている。<sup>(96)</sup>

これに対して、九〇六条は、「既存の建築状態を基礎とした、許容される土地利用をめぐる隣人間の紛争」を判断するものである。ここで隣人間の利益を調整するために用いられる、「統一的に形成された比較的狭い地域における現実の利用」という基準（すなわち「場所的慣行の利用」要件）は、国土発展の諸要請を考慮すべき計画判断の基準とは合致しない。それにもかかわらず九〇六条の判断基準を建設計画法上の紛争に転用するならば、計画上の形成の自由が働く余地を認めないことになるし、また結果的には、ひとたび構築された一定の建築状態を固定してしまうがゆえに、今後の建設上の発展に阻害的に働くことにならう。<sup>(97)</sup>

したがって、以下の結論が導かれることになる。<sup>(98)</sup>「隣人の保全利益と発展利益との間での国土の発展をめぐる紛



争」について判断を行うのは、建設計画法に基づく計画判断である。九〇六条による紛争判断がこれと抵触することはできない。つまり、もっぱら建設計画法上での国土形成的な処理だけが、かかる紛争を解決できるのである。そもそも九〇六条はかかる紛争について規律していかないものであるから、一〇〇四条および九〇六条に基づく隣人の防衛請求権は当初から存在していないことになる。<sup>(99)</sup>それゆえ、建設計画法における「判断連鎖」を通じて許容された建設起業案およびそこから生ずるイミッシオンに対して、一〇〇四条および九〇六条に基づく防衛請求権を行使することはできない。

このような理解から、結局、シャップの基本的な認識はこうである。「民法上の紛争判断と公法上の紛争判断とは対立するものではなく、むしろ異なった紛争状況を解決するものである。つまり、両者は交錯するのではなく、相互に必要な補充関係にある」<sup>(100)</sup>。

### ③まとめ

以上見てきたように、バルトウルシュペルガーとシャップの見解は、九〇六条と建設計画法との交錯が起こりえないという結論では一致している。

もっとも、その論拠は異にしている。バルトウルシュペルガーは、建設相隣法が現行では公法に属するという「立法者の根本判断」（その反面として相隣私法は原始的状态にとどまっていること）を媒介として、相隣公法が特別法であるとの結論を導いている。したがって、九〇六条と建設計画法との交錯が原理的に否定されているわけではない。しかし、九〇六条は特別法たる建設計画法との関係で既に排除されているため、実質的に両者の交錯はありえないことになる。これに対して、シャップは、両者の交錯を根本的に否定している。というのも、両者はそれぞれ

異なる紛争について判断を行うものであって、いわば両者の守備範囲が異なっているからである。したがって、シヤップによれば、国土の発展という国土整備・都市計画の領域に関する限り、建設計画法と九〇六条が交錯するということは——特別法などの論拠を必要とせず——そもそも起こりえないのである。<sup>(四)</sup>

このような論拠の違いこそあるが、結論は明確である。すなわち、仮にこれらの見解に従うならば、相隣私法と建設計画法は交錯していない（あるいは交錯すべきでない）との理解に達する。したがって、既に確認したような、相隣私法と建設計画法それぞれにおける評価が矛盾するという事態も、根本的に想定されえないことになる。そして、かかる場面に於いて規律しているのは建設計画法（およびそれを包含した相隣公法）であるとの理由から、建設計画法のみが紛争に適用されるのである。

なお、最後に一つ留意しておくべきは、相隣私法の排除とは、一〇〇四条および九〇六条に基づく防御請求権（妨害排除請求権および不作為請求権）の排除を意味することである。したがって、補償請求権の可能性は依然として残されている。<sup>(五)</sup>

(b) バルトウルシュペルガーおよびシヤップの見解に対する批判

しかし、バルトウルシュペルガーおよびシヤップの見解には、鋭い批判が投げかけられている。もともと、これらの批判は、主として、相隣私法と建設計画法との交錯を完全に否定するという部分に対して向けられるものであって、彼らの主張の個別部分には正しい指摘も見られる。

① バルトウルシュペルガーの見解における正当な内容

まず、建設公法が相隣私法に対する特別法であるとのバルトウルシュペルガーの指摘には、確かに正当な内容が

含まれている。

既に建設計画法における衡量原則として確認したように（上記2(2)(c)参照）、建設公法（建設計画法）は、公益間および公益と私益だけでなく私人間（すなわち建築主と隣人間）の利益の衝突をも把握しており、その意味では、関係する利益の全体調整を目標としている。そして、このような調整は、各個別事例における許容手続において、前もってその範囲につき定められた紛争判断の中で行われうる。したがって、建設計画法上での紛争解決は、原則として、ある事例を規制しないままに放置しておくことはありえない。先にプロイアーの叙述に沿っても見たように（上記2(2)(b)参照）、建設計画法の特質、とりわけ、Bプランにおいて行われうる必要不可欠な指定、建築利用令における建築利用の種類・程度、建築様式や建築可能用地の規定などを見れば、このことは明らかであろう。

このように見てくると、「建設公法がこのような規定内容と機能を有している以上、これほど強力に相隣関係を規律していない規範との関係では、建設公法は特別法である」と言える。<sup>(10)</sup>つまり、規律の強度という点から見れば、バルトウルシュペルガーによる相隣私法の評価（相隣私法は「基本的に農業的土地利用だけを考慮した、相対的に原始的な状態」である）も、また「（建設相隣法の基本的な事項を公法で規律しようという）立法者の根本判断」も、あながち不当とは言えない。別の論者によっても、「相隣私法は：相隣の利用紛争について、欠陥のある、項目別の補充的な規定を含んでいるにすぎない」との評価がなされているのである。<sup>(11)</sup>

## ②バルトウルシュペルガーの見解に対する批判

しかしながら、以上の点ではバルトウルシュペルガーの述べる「特別法」理解が正当と認められるとしても、批判はその先に向けられている。

第一に、確かに、「相隣私法の諸規定が…例えば九〇六条のように一般条項的な性質を有している限りでは、公法が特別法である」と言える。しかしながら、「ある特別規範が一般規範に優先する」（傍点筆者）ということとは、「その特別規範が存在している限りで一般規範の適用が排除される」という帰結を導くにすぎない。つまり、建設公法は、確かに多くの場面において相隣私法との関係で特別な規定を含んではいるが、相隣私法を完全に代替しているというわけでは決してない。したがって、建設公法が規律の強力さという点で相隣私法に優ることは認められるとしても、そのことだけでは、相隣私法の完全な排除を正当化することはできないのである。<sup>106</sup>

また、このような批判は、別の側面からも裏付けられている。

九〇六条の方を眺めてみると、建設計画法が特別法であるということは実証されていない。というのも、侵害的な環境作用が問題となっている場合においては、むしろ九〇六条の方が「特別でかつ柔軟な規律を含んでいる」からである。<sup>(107)</sup> 本稿においても、九〇六条がその柔軟な適応力を介して国土整備的・環境保護的な機能を実効的に果たすことができることを、既に確認している（本論第二節二五参照）。もちろん、九〇六条の枠組みが前提とされているがゆえに、この機能にも当然ながら限界はあるだろう（上記2(1)(b)参照）。しかしながら、バルトウルシュペルガーの見解では、やむをえない面もあるとはいえず、相隣私法のかかる機能にほとんど配慮がなされていない。したがって、それぞれの問題領域における相隣私法の具体的な規定内容を検討しない限り、建設計画法が特別法であるとの結論を直ちに導くことはできないであろう。

第二に、建設計画法を特別法と位置付けるための論拠自体についても、批判が出されている。

建設計画法が相隣私法の特別法であるとの理解を導くに当たって、バルトウルシュペルガーは公法を優先させる

との立法者の根本判断を持ち出した。しかし、このような立法者の根本判断を認めることはできない。それどころか反対に、連邦イミッシオン防止法一四条で「私法上の：妨害排除請求権」と「連邦イミッシオン防止法上の許可」の関係が規定されていることから分かるように、むしろ相隣私法と公法（ここでは連邦イミッシオン防止法）との複線性が前提とされている、というのである。加えて、各州の建設法には、第三者の私権を害することなく建設許可が付与される旨の規定が定められているから、九〇六条に基づく隣人の権利は建設許可と無関係に成立しており、このことから相隣私法と公法との複線性が確認されうる、と指摘されている。<sup>(10)</sup>

### ③ シャップの見解に対する批判

シャップの見解についても、一定程度は正しい指摘が含まれている。すなわち、シャップによる九〇六条と建設計画法の理解は、既に見たところと基本的に変わらない。したがって、九〇六条と建設計画法それぞれの特質については、ほぼ共通の理解が示されていると言えよう。

しかしながら、シャップは、このような特質を把握した結果として、両領域で「互いに排他的な紛争」が扱われているとの前提を採る。そして、それゆえに、将来の建設上の発展に関する判断が終局的に建設計画法で行われるべきである、これに対して、現状の建築状況を基礎として生じた利用紛争は一〇〇四条および九〇六条——特に現状の土地利用を基準とする「場所的償行性」要件——で行われるべきである、という九〇六条と建設公法（建設計画法）との管轄の区別を導いた。批判の対象となっているのは、このシャップ独自の主張である。

第一に、このような区別は機能しないという批判がある。<sup>(11)</sup> シャップは、「建設計画上の判断」を民法上の請求権から解放しようとしている。しかしながら、通常の場合であれば、現状の建築状況というのも、「それに対応した

建設の許可」すなわち「建設計画上の判断」の上に成り立っているのである。つまり、「建設計画上の判断」の延長上に「現存の建築状況」が存在するのであり、両者を厳密に区別することはできないことになろう。

第二に、シャップの見解に潜む利益の序列に関する認識も、批判の対象となっている。すなわち、ここで想定される紛争というのは、「従来の国土利用と、建設計画によって変更された国土利用との衝突」から特に頻繁に生じている。その際に、「九〇六条二項に基づく「場所的慣行性」メルクマールで生じた、民法上で保護される不変利益あるいは現状保護利益と比べて、建設計画法により追求される変更利益に常に優先権が与えられている」、と一般化して述べることは決してできない<sup>(11)</sup>。

第三に、シャップの見解は九〇六条における国土整備に対する機能の意義を看過している、との批判が出されている<sup>(12)</sup>。

前述において、立法者の意図、個別の要件・効果、適応力それぞれの分析を通じて、九〇六条が国土整備に対する機能を果たしていることを既に確認した。それによれば、相隣関係における土地所有者間の利益の調整という枠組みの中でも、九〇六条は、個別の要件・効果の基本的な思想や仕組みを通じて、またその適応力による柔軟な解釈を通じて、国土の形成を制御する役割を担っている。しかも、ここで言う「国土の形成」とは、国土の現状の保全だけでなく今後の方向性をも含んでおり、つまり「国土整備」を意味しているのである（本論第二節二六参照）。

したがって、九〇六条のこのような機能を踏まえるならば、「紛争の区別」というシャップの論拠は、公法と私法の管轄を区別するための根拠とはなりえない<sup>(13)</sup>。国土の発展をめぐる紛争——シャップによれば建設計画法の管轄とされているが——であっても、私法（すなわち九〇六条）の規律の対象となっていないからである。

また、シャップの見解に従い、紛争状況を区別することによって九〇六条と建設計画法のそれぞれの管轄を区別したとしても、上記批判がやはり当てはまる。シャップは、既に見たように、国土の発展に関する判断は建設計画法によって行われるべきとした上で、民法上の防御請求権が排除されるとの結論を導くが、補償請求権の可能性を否定してはいない。ところが、補償請求権（補償義務）も、国土整備に対する機能の一翼を担っている。すなわち、作用発生地の所有者としては、作用発生による利益と補償の負担とを比較して、立地の選択や操業の継続などを判断するよう促される。例えば、作用発生地の所有者としては、イミッシオンに敏感な土地利用の近隣（例えば主として住宅の建ち並ぶ地域）よりも、イミッシオンに敏感でない他の土地利用の近隣（例えば既に商工業の成立している地域）を選んだほうが、より有利であろう。つまり、このような過程を通して、補償請求権の存在は予防的・事前配慮的な効果を発揮し、当事者に国土整備（「経済的に有意義な国土利用」）への刺激をもたらしているのである。したがって、シャップの見解に従って民法上の防御請求権が排除されるとしても、つまり、補償請求権<sup>(14)</sup>しか認められないとしても、九〇六条の国土整備に対する機能は失われていないのである。<sup>(15)</sup>

(c) 交錯の不可避性

結局のところ、バルトウルシュペルガーとシャップの見解は、建設計画法の特質や九〇六条の限界を指摘する部分については一定程度の正当性が見られるものの、九〇六条の適用を全面的に排除するという主張については激しい批判を受けている。これらの批判を考慮するならば、建設計画法を特別法として理解（バルトウルシュペルガー）してみても、また紛争の区別に基づいて九〇六条と建設計画法の管轄を区分する（シャップ）ことによっても、建設計画法との関係で九〇六条（ないし相隣私法）の適用が完全に排除されるとの結論を導くことはできないであら

う。

したがって、立法者が何らかの特別の定めをしていない限り、やはり九〇六条と建設計画法は必然的に交錯することにならざるをえない。このような帰結は、ドイツ法における一般的な理解<sup>(16)</sup>でもある。そして、この両者の交錯は、「現に存在している状況」をめぐっての評価矛盾という形で表面化することになるのである。

#### 4 小括

##### (1) 国土整備・都市計画における九〇六条の限界

ここまでの考察から、国土整備・都市計画との関係における九〇六条の限界は以下のように整理できらるであろう。

九〇六条の特質には既に内在的な限界が見られる。九〇六条の基礎となっているのは、場所的慣行性概念の判断基準とされた「現に存在している状況」という評価である。そのため、将来における土地利用・国土利用に焦点を当てて土地利用の規律を図ろうとする規定ではない。「隣接法の自動的な秩序」という表現からも明らかのように、発展の余地こそ開かれてはいるものの、発展の方向性は「自動性」に委ねられてしまっているのである（上記2(1)）。

そして、このような限界は、建設計画法の特質およびその基礎となっている評価と対比することで、一層明確に認識できるようになる。

建設計画法は、その継続形成を通じて九〇六条よりも強力で包括的な規律群を用意しており、また、将来に向け



られた土地利用・国土利用の形成を（その具体的な内容も含めて）規律することを任務としている。その際に特に重要なのは、建設計画法の中核を成すBプランが、複雑な利害状況における様々な公益および私益を相互に調整しながらこのような作業を行っていることである。それゆえに、かかる衡量を通じて導かれる、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」が、建設計画法——本稿では完全Bプランの策定された地域に関する建設計画法——における基本的な評価を示しているとされるのである（上記2②）。

かような比較の結果、両者の基礎となつている評価が異なるために、特に建設計画法における評価が「現に存在している状況」に拘束されていないために、評価矛盾という形で両者が交錯し合うことになる（上記3）。

このような評価矛盾という事態には、九〇六条の限界を見て取ることが出来る。この点については、バルトゥルシュベルガーおよびシャツプの見解をめぐる議論を参照することが有益である。彼らの見解は、その結論（すなわち九〇六条と建設計画法との交錯を否定するという主張）については厳しく批判されており、この部分を支持するのは困難である。しかし、建設計画法の特質およびその基礎となつている評価に関しては、彼らの見解によつても、また彼らの見解を批判する論者によつても、基本的に正当な内容を含むものとして理解され受け入れられているのである（上記3③）。このような議論状況からすれば、建設計画法の特質およびその基礎となつている評価については、もはや疑いを差し挟む余地はほとんど見られず、論者の間でも広く共通の認識が成立していることが認められる。

したがつて、このような建設計画法の意義とその広範な承認に鑑みるならば、国土整備・都市計画という分野においては、九〇六条の活用可能性が完全に否定されるという結論は採用できないとしても、少なくとも九〇六条が

単独で諸問題の処理をできるとは到底考えられていないのである。

結局、九〇六条はその機能として国土整備・都市計画にも十分に寄与しうることが認められる(本論第二節二参照)が、そこには既に内在的な限界が見出されるところ、建設計画法との対比を通じて、特に建設計画法の意義に関する正当な認識を受けて、この限界がますます顕在化してくると言えるだろう。したがって、国土整備・都市計画と関わる場面においては、九〇六条が国土整備に対する機能を有することを前提としながらも、上述のような建設計画法の意義を考慮して、この機能の限界を的確に把握することが必要である。そして、例えば九〇六条の機能だけで事足りるといった極端な態度は排斥され、九〇六条と建設計画法との適切な関連付けおよび連携が目指されるべきであろう。事実、ドイツ法においてもこのような傾向が見られるところである(下記(3)参照)。

## (2) 九〇六条の存在意義の残存

もっとも、他方で強調しておきたいのは、建設計画法との関係で九〇六条の適用が全面的に排除されるという結論は導かれないということである。

このことは、バルトウルシュペルガーとシャップの見解に対する批判から明らかである。厳しい批判の対象となつたのは、主として、九〇六条の適用を全面的に排除するという彼らの主張であった。この批判の中でも本稿の関心にとつて重要と思われるのは、シャップの見解に対して提示された、九〇六条における国土整備に対する機能が看過されるべきでないとの批判である。つまり、この批判に着目するならば、土地・国土の利用とその発展の規律——これらは国土整備の重大な課題の一つである——において、九〇六条の国土整備に対する機能が働く余地は依然として排除されておらず、それどころか、むしろこの機能にも十分に配慮がなされなければならないとされてい

るのである。

もちろん、前述のように、建設計画法がかかる規律において今日では重要な役割を担っていることを十分に理解し、その上で九〇六条との関係を考察しなければならない。しかしながら、その反面として、建設計画法との根本的な相違が強調されてはいても、九〇六条が国土整備に対する機能を依然として否定されていないことも正しく認識しておくべきであろう。<sup>(18)</sup>したがって、九〇六条における国土整備に対する機能には、依然としてその存在意義が残されているのである。

### (3) 補論（今後の方向性）——九〇六条と建設計画法との調和へ

九〇六条の限界を考察するというここでの目的からすれば、以上でその目的はおおむね達せられたであろう。

しかしながら、既に繰り返し述べたように、九〇六条と建設計画法との交錯を認めることは、両者における評価矛盾という形でそれが表面化することになる。このような事態に対していかなる対応がなされるべきなのかを見ておくことは、今後における九〇六条のあり方を展望する上でも有益であろう。<sup>(19)</sup>そこで、簡単なながらこの点を見ておくことにしたい

かかる評価矛盾においては以下の点が問題視される。「建設官庁―建築主（＝加害者）―隣人（＝被害者）」という三面関係を基礎とした同一の生活事実について、九〇六条と建設計画法とがそれぞれ異なった評価に依拠しているために、それぞれで異なった判断が下される可能性がある。しかしながら、第一に、このような事態は、分裂した判断をもたらしてしまうがゆえに、法的安定性を揺るがすことにもなりかねない。また第二に、両者のそれぞれの手続が整序されず、無秩序に累積してしまう危険がある。そして第三に、特に加害者たる建築主が、被害者たる

隣人の保護に必要でないほどのあまりにも大きな負担を負わされることになる。つまり、手続の無秩序な累積のために、建築主にとって負担となりかつ予測不可能な形で、最終的な紛争判断が遅延し複雑化されてしまふのである。<sup>(10)</sup> さらに、第四に、このような場面において、両者の交錯を否定する特別規定が常に置かれているわけではない。例えば、連邦イミッシオン防止法上の要許可施設については、同法一四条により、許可の確定された施設の操業停止を求める民法上の請求権は排除されている。したがって、かかる施設に関する限り、九〇六条とイミッシオン防止公法との交錯が——部分的ながら——法律上否定されている。しかし、手工業的・小規模商工業的・農業的な事業、スポーツ施設など、小規模の相隣空間における環境負荷行為の大部分は、このような特別の許可を不要とする施設（つまり建設許可のみで足りる施設）である。ところが、建設法の領域には、同法一四条に対応するような規範がそもそも存在していない。つまり、九〇六条と建設計画法との交錯について、法律上で明確な解決は行われていないのである。

したがって、このような事情から今後の課題が明らかとなる。すなわち、両者の交錯による諸々の弊害（とりわけ法的安定性の欠如）を除去するために、建設法の領域における相隣私法と相隣公法とを調和させることが必要である。より具体的に言えば、「評価矛盾と体系崩壊を回避しつつ、一方では隣人の個別保護利益を十分に防衛し、他方では（過剰な）権利保護の集積をできる限り取り除く」ような解決方法が、現行法に基づいて展開されなければならない。<sup>(11)</sup>

ただし、このような調和を図るに際しては、以下の点に特に注意が促されている。

この点に関して、土地利用に関する相隣紛争の実務の重点が広く公法（建設計画法）と行政裁判所に移っている、

との指摘がしばしばなされることがある。しかし、このようなことを指摘したとしても、それだけでは九〇六条と建設計画法との評価矛盾を解決することにはならない。<sup>(12)</sup> このことは、九〇六条の法律上の根拠を見ても自明である。<sup>(13)</sup> バルトウルシュペルガーの見解に対する批判として既に指摘されたように（上記3(2)(b)②参照）、各州の建設法は依然として、「建設許可は第三者の私権を害することなく付与される」との原則を堅持している。また、連邦法レベルでも、連邦イミッション防止法一四条は民法上の防衛請求権の存在を前提としている——その上で請求権を一部排除する——から、一般相隣私法の適用可能性が連邦イミッション防止法の領域にまで及ぶことを認めている。したがって、九〇六条には、少なくとも以上のような法律上の根拠が見出されるのである。それにもかかわらず、公法が一般的に相隣私法に取って代わると考えるならば、それは立法者の意思に反することにならう。

さらに、既に見てきたように、九〇六条と建設計画法は、それぞれ異なった根拠や原理に基づいており、法律関係の異なる部分に焦点を当て、異なる諸事情に配慮するものである。このような相違は、一方の領域が他方の領域に対して優越するのではなく、両者が並存するものとして理解されなければならない。<sup>(14)</sup> つまり、両者は競合関係に立っているものと考えられている。

したがって、九〇六条も建設計画法も正当な存在根拠を有していること、それゆえに両者が並存していることを正しく認識した上で、より個別的な考察方法を通じて、両者の調和（さらに広く相隣私法と相隣公法との調和）を確立していかなければならないのである。<sup>(15)</sup>

なお、以上確認したことは、次節における「民法上の請求権と都市計画との関係」の検討にも関わる。次節における検討の目的は、直接的には、九〇六条における「調整」の論理の意味を都市計画との関係で探ることである。

しかし、上で見てきたように、都市計画を規定する建設計画法と九〇六条とが不可避的に調和を必要とされている以上、両者の関係に関する検討は、このような調和の一場面を取り扱うものとして位置付けられなければならない。実際にも、明確にこの点を意識した見解が提示されているのである。

※ドイツ法の叙述においてしばしば参照する文献およびその表記方法については、本稿（一）・本論第一節注（一）を参照されたい。

- (1) プロームの表現を借りれば、「最近では、相隣法の形成における公法の割合が、とりわけ建設計画法および環境保護法を通じて著しく増大している」という（W. Brohm, *Öffentliches Baurecht* (1997), S. 471.）。
- (2) F.-J. Peine, *Öffentliches und Privates Nachbarrecht*, JuS 1987, S. 170f.
- (3) 九〇六条における国土整備に対する機能が環境保護にも有効に作用していることは、先に示した通りである（本論第二節二参照）。しかし、環境保護における九〇六条ないし相隣私法の限界について考察するためには、都市計画とは異なる独自の観点からの詳細な検討が必要であろう。しかし、本稿では、問題関心との関係もあり、このような検討にまで及ぶことは全くできない。それゆえ、環境保護における九〇六条の限界については、若干ながら注で触れるにとどめる。
- (4) Brohm, aaO, S. 470.; W. Krebs, *Baurecht*, in: Schmidt-Abmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11 Aufl. (1999), Rn. 3ff. また、「建設公法」の概念については、法体系的に見ても、都市建設法（建設計画法）と建築規制法という法領域の上位概念として用いられているという。なお、「建設法」の意義に関しては、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制（一）——建築自由に関する予備的考察」自研五九卷一〇号（一九八三年）九八頁以下も参照。
- (5) 具体的には、土地所有者の利用権限の上限を画している。すなわち、場所的慣行でない土地利用を行った結果として隣人に本質的な侵害を生じさせた場合には、隣人から無条件に防御請求権の行使を受けるからである。この点については、本論第二節二（2）参照。

(6) H. Westermann, *Flexible Bestimmungen des Eigentumsinhalts durch Nachbarrecht und Bebauungsplan*, in: *Zur Theorie der allgemeinen und der regionalen Planung* (Beiträge zur Raumplanung, Bd. 1 (1969, zit. Flexible Bestimmungen)), S. 86

ff.

(7) Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 92ff. がこのような作業を行っており、以下の叙述においても本論文に負うところが大きい。

(8) この点については、特に建設公法における隣人保護に関して、既にわが国においても詳細な研究がなされている。例えば、三吉修「西ドイツ建築法における公法上の隣人訴訟の歴史的展開」和歌山大学経済理論一八二号（一九八一年）四六頁以下、中川義朗「ドイツ公権理論の展開と課題——個人の公法的地位論とその権利保護を中心として——」(法律文化社、一九九三年、初出一九八七年)二七七頁以下、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(一)(二)(三)(四)——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」——」北法四一卷一頁以下、四一卷二五八一頁以下、四一卷三三三頁以下、四一卷四四一頁以下（一九九〇～一九九一年）、同「ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察——三つの権利論と行政関係論——」北法四一卷五二六頁（一九九一年）二六三頁、最新のものとして、塩入みほも「ドイツ建設法における隣人の公権(上)(下)——保護規範説、基本権援用論、隣人配慮要請の適用関係について」自研七五巻四号八九頁以下、七号九二頁以下（一九九九年）がある。さらに、建設法における隣人保護の一範疇たる「隣人配慮原則」に関しては、石崎誠也「西ドイツ建築法における『隣人利益の配慮原則』(一)(二)——二重効果的行政行為の取消理由に関連して——」新瀾一九巻一（一九八六年）五四頁以下、二〇巻二（一九八七年）一二二頁以下、同「建築法上の配慮原則に関する西ドイツ連邦行政裁判所の判例の展開」新瀾二二巻四号（一九九〇年）五九頁以下、同「建築法上の配慮原則による建築許可の取消——西ドイツ行政裁判所の判決を素材にして——」新瀾二三巻二（一九九一年）一一〇頁以下がある。また、公法上の隣人保護と民法上の隣人保護との関係については、鈴木美弥子「ドイツ環境法における公法と私法の交錯」早法七二巻三三（一九九七年）一七七頁以下が、歴史的経緯を含めて学説を紹介している。なお、このような「行政序——建築主——隣人」という三面関係において建築主になされる行政行為（例えば建設許可）に着目するならば、かかる行政行為は「二重効果的行政行為」と特徴付けられ議論の対象とされる。この点については、後掲注(84)参照。

(9) 以下の叙述は、Bauliches Nachbarrecht BBAuBl. 1991, S. 10ff.; Krebs, aaO, Rn. 232ff.; Brohm, aaO, S. 293ff., 470ff.; P. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Gutachten C für den 56. DJT (1986), S. 16ff., 48f.; K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts (1987), S. 1ff. に依り、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(二)（秋山）

拠している。なお、鈴木・前掲注（8）一七七頁以下参照。

(10) 九〇六条の立法過程において、個人の利益に奉仕するべきものとされたBGB相隣法規定が、もっぱら公益に奉仕するべき建築（警察）公法の規定と厳格に区別されていたという点も、このことを良く示しているであろう（M. Dolderer, Das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Nachbarrecht, DVBl. 1998, S. 20）。第一草案の理由書によれば、民法典における「土地に対する事実上の処分権限の限界」とは、「所有権に内在する諸権限を、私的な法生活のために制限するような諸制限」であるという。これに対して、「警察法によって相隣共同生活を秩序付けようというラント立法の自由は、民法の法典化によって影響されない。…確かに、ある一定の公益のために一定の土地の所有権を制限したり負担を課したりするようなライヒ法・ラント法の規定というのは、民法的な性格を保持している。しかし、しばしば地域によって異なって形成される個別的な公益に配慮すると、その種の制限や負担を規定することは草案の任務ではない」と述べられている（Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht (1888), S. 258f.）。

(11) その他にも、八二三条一項の絶対権ないし絶対的法益および八二三条二項の保護法規によって保護される生活利益については、一〇〇四条の類推により準ネガトリア請求権が認められるから、隣人はこの請求権を行使することもできる（Baustiches Nachbarrecht aO, S. 11）。準ネガトリア請求権については、例えば、藤岡康宏「差止の訴えに関する研究序説——その法的根拠と権利（絶対権）について——」北法二二巻一号（一九七〇年）一〇八頁以下、柳澤弘士「予防的不作為請求権の構造——とくにドイツにおける Vorbeugende Urteilsanträge を斟酌して——」日大紀要二〇巻（一九七九年）七五頁以下、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え——その法的構成を中心として——」同法三二六巻三号（一九八四年）三八二頁以下、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（六）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——」法協一〇四巻九号（一九八七年）一三三二頁以下など参照。

(12) その他に隣人が起こしうる訴えの類型としては、目前に差し迫った建設許可に対する予防的不作為の訴え、許可を受けていない建造施設もしくはその利用に対して建築監督官庁が介入することを求める義務付けの訴え、さらに、地区詳細計画（以下Bプランと呼ぶ）のような建設条例や法命令に対する規範統制（行政裁判所法（Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960（BGBl. I S. 17）i. d. F. vom 19. März 1991（BGBl. I S. 686））四七条）が挙げられている（R. Breuer, Baurechtlicher Nachbartschutz, DVBl. 1983, S. 431.）。この規範統制訴訟については、南博方「規範審査訴訟」『行政訴訟の制度と理論』（有斐閣



一九六八年) 六二頁以下、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」一論九二卷六号(一九八四年) 八五一頁以下、同「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査制度の展開——地区詳細計画の訴訟統制——」雄川献呈『行政法の諸問題(中)』(有斐閣、一九九〇年) 四三九頁、竹之内一幸「規範統制訴訟の機能、法的性格及び対象適格——ドイツ行政裁判所法第四七条を中心として」法政論究一一号(一九九一年) 一頁以下など参照。ただし、同条については一九九六年に改正がなされている。

(13) R. Bartsperger, *Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts*, *VerwArch.* 60 (1969), S. 36.

(14) この点に関する個別の学説については、鈴木・前掲注(8) 一八三頁以下参照。

(15) とりわけ「公法上の隣人保護と民法上の隣人保護との関係」に関して、判例および学説を包括的に紹介するものではなく、また筆者にもそのような意図はないから、この点については先行業績に委ねるほかない(前掲注(8)の諸文献、特に鈴木・前掲注(8) 一七七頁以下参照。むしろ、本稿の問題関心は、国土整備・都市計画との関係で九〇六条の機能の限界がどこにあるのかを考察することを主眼としている。それゆえ、そのために必要と思われる議論を検討することで、本稿の目的は一応達せられるものと考ええる。

(16) つまり、比較対象とされる地区における現実の特徴が基準とされるのであり、それゆえに「描写的な基準」とか「特質理論」という名称がしばしば付されることになる(MunchKomm/Säcker, *Rn.* 86. 詳しくは本論第二節注(186)参照)。

(17) Westermann, *Flexible Bestimmungen*, S. 93, 96f.

(18) Westermann, *Flexible Bestimmungen*, S. 89, 96. もっとも、ヴェスターマン論文の当時(一九六九年)では、いまだ評価的な観点の導入という視点は意識されていなかったものと思われる。もっとも、本文で引用したヴェスターマンの指摘は、その後の評価的な観点の導入という動きをも把握できるような内容を含む、先見的な表現であろう。

(19) G. Gaentzsch, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, *NTWZ* 1986, S. 602. ゲンチュによれば、民法上のイミッシェン防止法モデルは、九〇三条・九〇六条・九〇七条・一〇〇四条から構成されるといふ。また、バイネもゲンチュの指摘に依拠している(Reine, a.o., S. 171)。なお、九〇七条は以下の通りである。「(一) 土地の所有者は、その存続あるいは利用が自己の土地に許容されない作用をもたらすことが確かに予見されるような施設を隣地に建設あるいは保持しないよう、請求することができる。：(以下略)」。

(20) R. Breuer, *Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie* (1976, zit. *Bodennutzung*), S. 270.

- (21) Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 88, 100. ブロイアーも同様に「九〇六条のかかる態度を「相隣私法の自給自足Autarkie」に註しては(Breuer, Bodennutzung, S. 270.)」。
- (22) H. Westermann, Die Funktion des Nachbarrechts, FS Larenz (1973, zit. Funktion), S. 1021.; J. Schapp, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht (1978), S. 35. 付言しておけば、後にも述べるように「シャップの見解はその結論に就いては説得力に乏しく、直ちに賛成できるものではない。しかし、その個々の主張部分については、九〇六条の特質と限界を理解する上、正当な内容の指摘が含まれており (Peine, aaO., S. 173)」。本稿の考察にとっても有益である。シャップの見解の詳細は、下記(23)②を参照。
- (23) Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 101.
- (24) Westermann, Funktion, S. 1013. は「相隣法は極めて静的な規定として作用し、したがって発展傾向の余地をわずかしかもたふゆなき」と述べている。
- (25) Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 100. ウェスターマンによれば、相隣法一般は「平和維持という目標をもって、小規模の相隣空間における紛争を規律する」に尽力している」と理解されている (Westermann, Funktion, S. 1006, Fn. 5.; Schapp, aaO., S. 35)。
- (26) G. H. Roth, Materielle rechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes, NJW 1972, S. 922, 925.; F. Baur, Zur Entstehung des Umweltschutzrechts aus dem Sachenrecht des BGB, JZ 1987, S. 320.; T. Pfeiffer, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsgesetzes (1987), S. 142ff.; MünchKomm/Sacker, Rn. 6. なお、中山充「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展(三・完)——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その二——」民商七四巻六号(一九七六年)九四四頁以下も参照。
- かかる限界は、環境保護という観点からしばしば批判される。つまり、九〇六条を通じて行われる環境保護は、個別事例でその都度救済をもたらすものにすぎず、しかも被害者自身のイニシアチブに依拠せざるをえない。そのため、これらの個別事例が集積した結果、単にその反射として、公共の利益のために実効的な環境保護が行われうるにすぎない (Roth, aaO., S. 922)。したがって、環境(特に生態バランス)の危殆化を包括的に防止するためには、九〇六条の活動では不十分であり、むしろ、国家の介入による予防的・計画的な措置が最も適しているとされている (E. Lang, Grundfragen des privatrechtlichen Immissions-

schutzes in rechtsvergleichender Sicht, AcP 174 (1974), S. 383.; Roth, aaO, S. 922.; Baur, aaO, S. 320.; MünchKomm/Säcker, Rn. 6. 本論第二節二(2)も参照)。また、訴訟リスクに関しては、特に集積イミッシェンの場合において証明の困難性という形で顕著に表れる(以上については、さしあたり、中山・前掲論文九三九頁以下、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミッシェン法の展開(二・完)」都法二七卷一(一九八六年)三七四頁以下参照)。

しかし、以上の限界があるとはいえ、有効な環境保護の達成のために、九〇六条も一定の役割を担っていることは間違いない。整理されていないことを覚悟しつつ、その理由を列挙してみよう。第一に、活動の鈍さ、財政上のネック、執行の不備など、公法・規制法上の手段には構造上および実際上の欠陥がしばしば見受けられる(Roth, aaO, S. 922.; J. Mitzenzwei, Umweltverträglichkeit statt Ortsüblichkeit als Tatbestandsvoraussetzung des privatrechtlichen Immissions-schutzes, MDR 1977, S. 99.; Staudinger/H. Roth, Rn. 12.)。第二に、環境問題に対処するためにはあらゆる手段が必要であり、九〇六条もその一つとして用いられるべきである(Roth, aaO, S. 922.; Lang, aaO, S. 383.; M. Kloefer, Rechtsschutz im Umweltschutz, VerwArch, 76 (1985), S. 379.)。第三に、九〇六条が元来予定している古典的事例、すなわち小規模の相隣空間におけるイミッシェン紛争については、依然として九〇六条の規律が有用である(Lang, aaO, S. 383.)。第四に、補償義務および防止措置義務は、間接的な形ではあるけれども、作用発生者に対して環境保護への行動を促している(Lang, aaO, S. 383.; Baur, aaO, 318f. (金銭補償請求権の圧力のほうが官公庁の介入よりも有効であるとする))。なお、第四点については、国土整備に対する機能として本稿でも既に言及している(本論第二節二(4)参照)。

(27) MünchKomm/Säcker, Rn. 6. 九〇六条のこのような性格は、原告適格にも影響を及ぼすことになる(Pfeifer, aaO, S. 143 f.)。もともと、他方では、判例上、債権的な権利者たる使用貸借人および用益貸借人にも九〇六条の保護範囲が拡大されている。この点については、九〇六条の枠組みでは土地に関する物権の保持者しか保護されないことを批判して、人格権的構成や不法行為(ただし過失を不要とする)的構成を採用し、非物権者の保護をも射程に収めようとする見解が、少数ながら主張されている。これらの見解については、例えば、東孝行『公害訴訟の理論と実務』(有信堂、一九七一年)三一〇頁以下、中山・前掲注(26)「発展(三・完)」民商七四卷六号九二六頁以下、藤岡康宏「環境法の基本構造(二)——私法的側面を中心として——」判評二二八号(一九七八年)一一七頁以下、神戸・前掲注(26)「二・完」都法二七卷一(一九八六年)三三七頁以下、大塚・前掲注(11)法協一〇四巻九号一三二頁以下などで網羅的に紹介されている。また、中村哲也「イミッシェンとドイツ不法行為法——社会生活上の義務

論との関連で——」法学五三卷六号（一九九〇年）七五七頁以下は、不法行為法における社会生活上の義務という構成を通じての保護の拡大について検討している。

(28) 以下に示すのは、Gaentzsch, aAO, S. 602.; Peine, aAO, S. 171.; Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 100f.

(29) 例外として、既に諸々の建築の連なった未計画地域（＝連担建築地域）における建設起業案の許容性の判断を挙げることができ。連担建築地域では、「建築利用の種類および程度、建築様式、並びに建築がなされようとしている敷地について、近隣周辺の特質に接合しかつ地区施設整備が保障される」場合に、建設起業案は許可される（建設法典三四条一項）。つまり、既存の建築状態によって作り出された地域構造を基準として、それと当該建設起業案との接合によって土地利用を秩序付けようとしているのである。その意味では、九〇六条とかなり類似したモデルが採用されていると言える（Vgl. Kleinlein, aAO, S. 17ff.）。連担建築地域における建築規制については、高橋寿一「既成市街地における建築規制——ドイツの連担建築地区を素材として——」東社四四卷一号（一九九二年）一一五頁以下が詳しい。

(30) Krebs, aAO, Rn. 5.

(31) Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 1997 (BGBl. I S. 2141). 条文の翻訳にあたっては、ドイツ土地法制研究会編（成田頼明・田山輝明監訳）『ドイツ建設法典』（日本不動産研究所、一九九三年）を参考にした。

(32) 建設法典一条一項によれば、B Lプランの任務は、「本法典に基づいて、市町村における建築その他の土地利用を準備し管理すること」である。

(33) Breuer, Bodenutzung, S. 270ff.; ders, aAO, DVBl. 1983, S. 435ff. 厳密に言えば、プロイアーは、前者の著作では公法上の隣人保護と民法上の隣人保護との関係を直接に論じているわけではない。むしろ、本来同等の地位に立っている相隣地の相隣関係において、計画の変更や新設により隣地の利用可能性が公法上拡大され、他方の土地に対してイミッシオンによる侵害をもたらした場合に、所有権の側面からいかなる法的評価がなされるのか（取用に類するような侵害に該当し補償請求が認められるのか、それとも補償なくして忍容されるべき社会的拘束にすぎないのか）、という点を検討するものである。それゆえに、隣人保護の問題を扱う後者の論文とは検討対象が異なっている。しかし、両論考はプロイアーの指摘として一括して紹介することが可能である。というのも、第一に、前者の著作では、上記検討対象の一環として、土地の利用可能性を公法上で変更した場合における相隣私法への影響如何が論じられているからである。また、第二に、後者の論文における指摘は、前者の著作における認識を基礎としてい

る部分が多く見られるからである。したがって、本稿では、プロイアーの両論考から示唆を受けることにしたい。なお、後者の論文の紹介として、主として隣人保護に関わる部分ではあるが、大西・前掲注(8)「(四)北法四一巻四号一五六二頁以下、鈴木・前掲注(8)一九〇頁以下がある。

(34) Pfeiffer, aO., S. II, がプロイアーの見解をかように評価する。後に紹介するバルトウルシュペルガーらが「建設公法を優先する」という立法者の基本判断」や「公法の特別性」に依拠するのに対し、プロイアーは、建設計画法において最も主要な制度であるBLプランの目的や意義に焦点を当てて検討を進めている。国土の利用および発展を秩序付けるに際してBLプランが極めて重要な役割を果たしていること(広渡清吾「第1部ドイツII都市計画と土地所有権——「建築の自由」の検討——」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)五五頁以下参照)を考え合わせるならば、プロイアーのこのような「目的論的な考察」は注目に値するであろう。

(35) 若干付言しておこう(Krebs, aO., Rn. 207)。建築監督官庁は、建設起業案が細部の点において建設法と合致しない場合に、法律上の明確な権限に基づいて州建設法の規定からの「例外および免除」を付与し、当該法律上の障害を取り除くことを許されている。その中でも「免除」は、強行規定からの逸脱を認めるものである。免除の意義として、例えば、建築の申請を提出した後、建設起業案の判断基準時(すなわち建築監督官庁の判断時)よりも前に、法状況が建築主の不利益に変化してしまったような場合、建築主にとって酷な状況が生ずることになるが、免除によってかかる状況を除去することが可能である。

(36) 建設法典九条「Bプランの内容」(一) Bプランにおいては次の各号に掲げる事項を指定することができる。(1) 建築利用の種類および程度、(2) 建築形式、建築可能な用地および建築不可能な用地、並びに建築物の位置、(3) 建築敷地の規模・間口・奥行きに関する最低限度、および土地を節約し大切に扱うとの諸理由から住宅敷地については最高限度も、(以下二六号まで指定事項が掲げられているが、ここでは省略する。)

建設法典三〇条「Bプランの策定された地域における起業案の許可」(一) 単独もしくは他の建築法規と共に、少なくとも建築利用の種類と程度、建築可能な用地、および地域的交通用地に関する指定を含んだBプランの発効地域においては、起業案がかかる指定に反しておらずかつ地区施設整備が保障される場合に、当該起業案は許可される。(以下省略)

(37) Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke in der Fassung der Neufassung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und

Bereitstellung von Wohnbauland vom 22. April 1993 (BGBl. I S. 466)

(38) 両条項とも長大に渡るため、ここではその紹介を差し控えることを許されたい。連担建築地域における建築規制については、高橋・前掲注(29)一一五頁以下に詳細な紹介がある。さらに、高橋寿一「農地転用論——西ドイツにおける農業的土地利用と都市的土地利用——」(一)(二)東社三九巻五号（一九八八年）六五頁以下は、外部地域に存する農地の転用の可否という観点からではあるが、外部地域における建築規制についても検討している。また、両地域における建築規制を概観するものとしては、稲本洋之助ほか編『ヨーロッパの土地法制』（東京大学出版会、一九八三年）「藤田宙靖執筆」三八四頁以下、山下・前掲注(4)「(一)」自研五九巻一—号一二頁以下、広渡・前掲注(34)六三頁以下、ウィンフリート・ブローム||大橋洋一「都市計画法の比較研究——日独比較を中心として」(日本評論社、一九九五年)一九一頁以下、一九九頁以下がある。

(39) Schapp, aO, S. 35.

(40) Breuer, aO, DVBl. 1983, S. 435.; ders. Bodennutzung, S. 270.; Peine, aO, S. 173. プロイアーによれば、建設計画法をこのように特徴付けることによって、公法上の隣人保護手段の根拠に関して以下の結論が導かれることになる（なお、鈴木・前掲注(8)一九〇頁以下も参照）。

まず、プロイアーは、これまでの議論を批判的に考察する。

通説たる保護規範説によれば、建設計画法や建築規制法の各々の個別規定が隣人保護的性格を有しているかどうか、つまり、これらの個別規定が訴権（行政裁判所法四二条二項）および原告の権利侵害（同法一一三条一項一文）を根拠付けうるかどうか、解釈によって判断されることになる。しかし、かかる解釈の結論は、不確実であるどころか一部では矛盾を来しており、法的安定性という点で批判される。また、かかる問題点を克服すべく、基本法一四条（財産権の保障）もしくは二条一項（身体の不可侵を求める基本権）から直接に隣人の防御権が導かれるという考え方（この点については塩入・前掲注(8)「(七)」自研七五巻四号一〇六頁以下参照）も主張された。しかし、これらの基本権は原則として、個々人の権利領域を法律により形成することに向けられたものである。つまり、個別法上での形成を必要としており、したがって、基本権を具体化する個別法上の法秩序を排除して、法律上で濾過されていない一括した防御請求権を直接に基本権から導くのは、適切ではない（Breuer, aO, DVBl. 1983, S. 432, 436.）。

そこで、プロイアーは、この二つのアプローチ（すなわち保護規範説と基本権による根拠付け）を相互に結び付けることによっ

て、新たなアプローチを提案する。

第一に、高権的に引き起こされた侵害（例えば建設許可の付与による隣人への侵害）が基本権を具体化もしくは制限する法律によって規律されていない場合、基本権から直接に隣人の不作為請求権・妨害排除請求権を認めるとするのは正当である。したがって、基本権（とりわけ基本法一四条による財産権の保障）が、隣人の公権の規範的な根拠を構成している。

しかし、このような論理構成では、法律による形成が必要であるという上記批判を回避できないであろう。そこで、第二に、土地利用紛争についての公法規定が、「隣接する土地における利用の分類・適合・調整」に関する規定を通じて相隣的な利益調整を保障している場合に限って、隣人の公権が介入しうる、とする。本文で述べたように、建設公法および建設計画法の規定（およびこれらを補充する土地法・環境保護法の規定）は、まさにこのような「隣接する土地における利用の分類・適合・調整」を通じて相隣的な利益紛争を規律し調整しているから、これらの規定が適用される際には隣人の公権も認められる（つまり公法上の保護手段が隣人に認められる）べきである。つまり、「適用されうる規定の客観的な規律対象」——ここでは相隣的な利益紛争を規律しているかどうか——が問題とされるのである（大西・前掲注（8）「（四）」北法四一巻四号一五六二頁はこの点を捉えて「規律対象」と名付けている）。

このようにして、以上のプロイアーの見解によれば、保護規範説と比べて隣人の保護範囲が拡大されることになる。もともと、ネガトリア請求権という性格上、隣人の妨害排除請求権もしくは不作為請求権が認められるためには「隣人に対する具体的な侵害」が存在しなければならぬとして、絞りをかけている（Breuer, aaO, DVBl. 1983, S. 437）。なお、プロイアーの見解に賛同するものとして民法の文献では、J. F. Baur, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kohhammer-Kommentar, Bd. 6, Sachenrecht, 12 Aufl. (1989, zit. Soergel/J. F. Baur, §903), §903, Rn. 71, がある（公法の文献については大西・前掲注（8）「（四）」北法四一巻四号一五六三頁参照）。また、プロイアーの見解の問題点については、大西・前掲注（8）「（四）」北法四一巻四号一五六四頁以下参照。

もともと、プロイアーによれば、このようにして公法上の隣人保護が認められたことによって、次の問題として、民法上の隣人保護との関係をどのように構築するかが議論されることになる。

(41) Westermann, Flexible Bestimmungen, S. 105.

(42) 以下の叙述は、基本的にクラインライン（Kleinlein, aaO, S. 14ff.）およびプロイアー（Breuer, Bodennutzung, S. 270.;

ders, aao, DVBl. 1983, S. 435.) の指摘に依拠している。

- (43) 建設法典三〇条一項の邦訳については前掲注(36)参照。これに対して、この一項の諸要件を満たさないBプランは、簡易Bプラン(einfacher Bebauungsplan)と呼ばれる。かかる簡易Bプランのみが策定された地域における建築起業案の許容性は、その地域の状況に応じて、簡易Bプランに加えて連担建築地域(同三四条)もしくはは外部地域(同三五条)の規定も基準とされる(同三〇条三項)。

(44) Kleinlein, aao, S. 14, *kurze* シヤツプも同様の理解を示している(Schapp, aao, S. 33, 36ff.)。

- (45) B Lプランにおける衡量原則は、計画裁量の統制という形で我が国においても既にしばしば論じられている。本稿の問題関心との関係上、以下の本文の叙述は必要最小限のものにとどまっております、それ以上の詳しい議論については先行業績に譲るほかない。文献として、遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、一九七六年)三二頁以下、八七頁以下、芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村遷暦「現代行政と法の支配」(有斐閣、一九七八年)一八九頁以下、同「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」論叢一〇五巻五号(一九七九年)一頁以下、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』(信山社、一九九四年、初出一九七八—一九七九年)一一一頁以下、一六三頁以下、同『計画行政法』(ぎょうせい、一九八四年)七五頁以下、八六頁以下、山下・前掲注(4)「(三)」自研五九巻二二号(一九八三年)九六頁以下、高橋滋「行政の政策的判断と裁判——西ドイツの議論を素材として——」一論九三巻五号(一九八五年)一一七頁以下、同『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、一九九〇年)四一頁以下、一〇三頁以下、田村達久「行政計画と取消訴訟(四・完)——行政計画における権利救済法理研究序説——」早研五八号(一九九一年)一五二頁以下、同「比較衡量要請の一考察」早研六〇号(一九九一年)一七三頁以下などがある。

(46) 衡量原則に関する基本的な判決をあらかじめ紹介しておく。なお、各判決における判示事項は本文の記述に沿って適宜示していくので、ここでは事案の概要のみを述べておく。

- ①連邦行政裁判所一九六九年二月二日判決(BVerwGE 34, 301. 紹介として、遠藤・前掲注(45)八八頁以下、芝池・前掲注(45)杉村遷暦一九〇頁以下、同・前掲注(45)論叢四頁以下、宮田・前掲注(45)行政裁量とその統制密度一二五頁、同・前掲注(45)行政計画法八七頁以下、高橋・前掲注(45)現代型訴訟と行政裁量四二頁以下、田村・前掲注(45)早研五八号一五四頁)。

本判決は、B Lプランの衡量原則に関する基本的な判決であり(M. Krantzberger, in: Battis/Krantzberger/Löhr, BaugB, 6



Aufl. (1998), §1, Rn. 92.)「我が国は西ドイツにおける計画裁量理論の形成に関し画期的ともいえる役割を果たした」(芝池・前掲注(45)論叢一〇五巻五号四頁)と評価されている。

事案の概要は以下の通りである。市町村Wは、これまで農業利用されてきた三ヘクタールの土地について、一般住居地区とする旨のBプランを作成した。Fプランが定められていなかったため、本件Bプランについては連邦建設法一条三文(現行建設法典も同じ)により上級行政庁の認可を必要とするところ、支庁府長官 Regierungpräsidentはこの認可を拒否した。本件Bプランによる居住者の入植によって州道への交通の流入が増加し、本件地区の居住者や通過交通にとって危険である、というのが主たる理由である。これを受けて、原告たる市町村Wは、被告支庁府長官に対して義務付け訴訟を提起した。控訴審の原告敗訴の判決に対して原告は上告したが、連邦通常裁判所は、市町村Wの作成した本件Bプランが(当時の)連邦建設法一条四項および五項に違反するとして、上告を棄却した。

②連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決(BVerwGE 45, 309, 紹介として、遠藤・前掲注(45)一四六頁以下(一番および二審を含めた詳細な紹介)、芝池・前掲注(45)論叢五頁以下、宮田・前掲注(45)行政裁量とその統制密度二二七頁以下、一六五頁以下、同・前掲注(45)行政計画法一一〇頁、高橋・前掲注(45)現代型訴訟と行政裁量四四頁、一〇五頁以下、田村・前掲注(45)早研六〇号一七七頁)。

本判決は基本的に、①判決を解明・深化させたものと評されている(W. Schröder, in: Schröder, BauGB, §1, Rn. 160)。

事案の概要は以下の通りである。被告審決委員会Beschlußausschußは、板ガラス工場事業者からの工場建設申請に対して、営業法上および建設法上の許可を付与した。ところが、この工場建設予定地の北東側には多数の小菜園と住宅があり、工場設備はこの住宅団地内に一定程度入り込んでいた。なお、本件紛争が生じる以前、この工場予定地域についてはFプランが定められており、このFプランによれば、この地域は緑地、継続小菜園地区、および小団地地区とされていた。また、当時発効していたルール炭田入植組合地域に関する地域発展計画によれば、この地域は住宅団地地域とされていた(もともと、Fプランも地域発展計画もBプランと異なり拘束力を持たないとされている)。ところが、市は、Bプランにおいてガラス工場の建設予定地を(さらにその先の団地も含めて)工業地区と指定したため、ガラス工場の建設起業案は許可を受けることが可能となった。その際、Fプランおよび地域発展計画は、Bプランの策定と共に急遽変更されていた。そこで、ここに居住している地上権者たる原告は、被告審決委員会に対して本件許可の取消を求めた。原審は、原告の訴えを認めて本件許可を取り消した。その主たる理由は、本件許可の前提

となるべきBプランが、(a)都市建設上の発展の秩序付けに役立つものではないこと、および、(b)公益・私益の衡量原則を遵守していないこと、であった。これに対して被告が上告したが、連邦行政裁判所は原審の判断を支持した。

③連邦行政裁判所一九七九年一月九日決定(BVerwGE 59, 87. 本決定の紹介および行政裁判所法四七条二項一文(一九九六年改正前)の「不利益」概念をめぐる議論については、藤原・前掲注(12)雄川献呈四五八頁以下、竹之内一幸「規範統制訴訟における申立適格——ドイツ行政裁判所法四七条にいう「不利益」概念——」法政論究八号(一九九一年)一八四頁以下参照。

本決定では、行政裁判所法四七条二項一文(一九九六年改正前)に規定された、Bプランに対する規範統制訴訟遂行権限の根拠となる「不利益」の意味について、判断が下された。本決定では、四つの事件が連邦行政裁判所に移送された。一事件では、都心地区(ここには大規模百貨店などの建設が予定されていた)の指定を行うBプランに対して、商店経営者がBプラン無効確認を求める規範統制訴訟を提起した。二事件では、袋小路を成している道路の拡張を計画したBプランに対して、その道路沿いに住む住宅地所有者が、当該Bプランの一部無効宣言を求める規範統制訴訟を提起した。三事件では、計画地区における屋根ふきを「天然赤色の粘土瓦」で行うべしとするBプランに対して、建築資材たるコンクリートの製造業者が、当該Bプランにより侵害を被ったとしてBプランの無効を求めた。四事件では、その周囲に住宅建設を予定するBプランに対して、輸送コンクリート設備を経営する土地用益賃借人が、Bプランの無効宣言を求めて規範統制訴訟を提起した。

四事件いずれとも、申立人は、Bプラン策定に際して手続上の瑕疵があることその他に、とりわけ連邦建設法一条七項(現行建設法典一条六項)の衡量原則に違反することを主張した。

四事件とも、高等行政裁判所は、行政裁判所法四七条二項一文の意味における申立権限が申立人に欠けているから、規範統制の申立は許容されないとした。その際には、同法四七条二項一文の意味における不利益とは、法的に保護された利益に対する侵害だけであり、本件の侵害はこれに該当しないこと(一事件—コープレントツ高等行政裁判所)、自己の土地の前における交通事情が変化しないことを求めるような請求権というものはないから、法的に保護された利益に対する侵害に当たらないこと(二事件—リュ—ネブルク高等行政裁判所)、事業者は直接の不利益も基本権侵害も被っていないこと(三事件—ミュンヘン高等行政裁判所)、用益賃借人の諸権利は同法四七条二項一文の意味における不利益の要件を満たさないこと(四事件—ミュンヘン高等行政裁判所)、がその理由であった。

しかし、各高等行政裁判所は、申立人の規範統制申立に一層有利な理解も他の行政裁判所では示されていること(一事件および

四事件)、また、申立権限の問題に関してそれぞれの事件に根本的な意義が認められること(全事件)を理由として、以下の問題を連邦行政裁判所に判断のために移送することを決定した。すなわち、同法四七条二項の意味における不利益概念として理解されるべきは、法的に保護された利益に対する侵害なのか、それとも、規範統制訴訟における申立権限を認めるには、事実的な諸関係に対する不利益な侵害だけで足りるのか、という問題である。

なお、一九九六年改正により、行政裁判所法四七条二項一文は「不利益」概念に代わり「権利侵害」概念を採用しており、この点の解釈につき争いがあるところ( Vgl. W. Schröder, in: Schröder, BaugB, §10, Rn. 6ff.) が、本稿では立ち入らない。

(47) そもそも市町村は「一般的な計画高権」を有している。「一般的な計画高権」とは、「市町村固有の業務をその都度処理するだけでなく、さらに、認識しうる発展の分析と予測に基づいて、個々の行政過程に枠組みと目標とを示すコンセプトを作り上げる」権限である。市町村は、自己の業務について原則として計画高権を有している(例えば業務分担計画やインフラ計画は計画高権の産物である)。その中でも、国土という重要な資源に関する計画については特殊性が認められ、「一般的な計画高権」の特異な場合として「国土計画高権」と呼ばれている。これは、「(市町村の)筆者注)自己の地域について土地利用の基礎を確定する」権限である。市町村の「国土計画高権」に関しては、国土計画体系全体についての法律規定が高い序列に位置していることから、市町村業務の概念を明確化・具体化し確定する個別法規定が多数存在している。また、この市町村の「国土計画高権」を表現する形式たるものが、Bプラン(建設法典九条)および市町村全域のFプラン(建設法典五条)であるとされている(E. Schmidt-Almann, Kommunalrecht, in: ders., *Besonderes Verwaltungsrecht*, II Aufl. (1999), Rn. 23)。なお、宮田・前掲注(45)行政計画法一六〇頁以下、田山輝明「第一部ドイツ法III都市計画主体論」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)七七頁も参照。

(48) 厳密に言う、「計画裁量」という語は、計画の自由・義務(市町村がそもそも計画を策定しようとするかどうか)および計画による内容形成(市町村が計画をいかにして内容的に形成しようとするか)に関わる。これに対して、「形成の自由」という表現は、主として後者の計画による内容形成に関連して用いられるところ( Brohm, aaO., S. 166)。

(49) 以上について、Krautzberger, aaO., §1, Rn. 88ff.; Kleinlein, aaO., S. 15.; U. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, *Baugesetzbuch*, 6. Aufl. (1998), §2, Rn. 4f.; Brohm, aaO., S. 166f.; ヴンハント・ブロームII大橋洋一・前掲注(8)一〇六頁以下。

前掲注(46) ①判決は、「この規定（連邦建設法二条一項：現行建設法典も同じ）は市町村の計画高権の承認を含んでおり、その際、計画高権とはとりわけ計画裁量の承認を意味している」と判示した上で、その特質を四点挙げている。第一に、形成の自由なき計画というのは自己矛盾であるがゆえに、「計画権限は、形成の自由について多かれ少なかれ拡張された余地を含んでおり、また含んでいなければならない」。第二に、このような計画上の形成の自由は、「ある一定の精神的・思考的な過程」に還元できるものではなく、むしろ「様々な諸要素——とりわけ認識・価値判断・評価・意志といった要素——を含むものである」。第三に、行政裁判所による計画のコントロールに関しては、「計画と形成の自由との結び付き」ゆえに、「形成の自由に対する法律上の限界が個別事例において越えられているかどうか、あるいは、授權に合致しない方法で形成の自由が用いられているかどうか」という審査に不可避免的に制限される。第四に、連邦建設法二一条（現行建設法典二〇条）に定められた上級行政庁の関与は、「法的コントロールをなす権限および義務」という点に尽きている（BVerwGE 34, 301(304)）。

(50) 古典的な法形式、すなわち、「かくなるときはかくあるべし」という図式 Wenn-dann-Schema」に基づいて法律効果を厳密に規定する「条件判断プログラム」では、計画における複雑な状況に対応できない。したがって、「目的プログラム化された」計画の諸規範が必要とされるのである（Kleinlein, a.o., S. 15; Brohm, a.o., S. 167; Krautberger, a.o., §1, Rn. 89）。その意味では、計画ないし計画化という特性が法規範の構造にも反映されていることになる。このような計画法規範の特徴付け（目的プログラム論）は、伝統的な意味での行政裁量に対する計画裁量の独自性を示すために用いられてきたものであり、代表的論者たるオッセンビューールの見解（F. Ossenhilf, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, Gutachten für den 50. DJT, Bd. 1(1974), Teil B, S. 185ff.）を含めて我が国でも既にしばしば論じられているところである。この点については、とりわけ遠藤・前掲注(45)三二頁以下、九一頁以下、芝池・前掲注(45) 杉村遷暦一九五頁以下、同・前掲注(45) 杉村遷暦一九五頁以下（もともと、目的プログラム概念による計画裁量の特徴付けはその射程距離および条件プログラムとの関係でなお検討を要するとする）、村上博「ドイツ連邦共和国における計画法理論研究所説」名法八一号（一九七九年）一七二頁以下、宮田・前掲注(45) 行政裁量とその統制密度一四一頁以下、一六九頁以下、同・前掲注(45) 行政計画法七五頁参照。

(51) 前掲注(46) ①判決による（BVerwGE 34, 301(304f.))。

(52) 前掲注(46) ①判決はこのように述べている（BVerwGE 34, 301(308f.))。これに対して、連邦建設法二条四項一文、同条同

項三文、および同条五項(以上については現行建設法典二条五項)に含まれる指針(後掲注(58)参照)については、異なる扱いがなされている。すなわち、ここで用いられる諸概念は「いわゆる不確定の法概念」であり、「その解釈においても適用においても上級行政庁および行政裁判所による無制限の統制に服する」とされている(BVerwGE 34, 301(308))。この点をめぐる議論は、芝池・前掲注(45)論叢一〇五巻五号一八頁以下参照。

(53) Krautzbeger, aO., §1, Rn. 89.; Kleinlein, aO., S. 15.

(54) Kleinlein, aO., S. 15ff.

(55) 前掲注(46)②判決(BVerwGE 45, 309(322))がこのように表現している。

(56) 前掲注(46)①判決は、「事物の状況からして衡量に含められなければならない全ての(私的)利益」が衡量材料になる、との判断を既に示していた(BVerwGE 34, 301(309))。そして、かかる「衡量に含められなければならない」私益を具体化したのが、前掲注(46)③決定である。そこで、この決定を詳しく見てみよう。

まず、計画衡量においては、衡量材料とされる私益を広く画定すべきことが確認される(BVerwGE 59, 87(101f.))。

第一に、衡量材料とされる私益は、「公権」あるいは「基本法一四条もしくは二条二項に基づき憲法上侵害から保護されているもの」に限定されるわけではない。それゆえ、例えば、使用賃貸借契約もしくは利益賃貸借契約に基づいて一定の土地利用が行われている(移送事件1と4はそのような事例であった)からといって、「この土地利用と結び付いた諸利益が計画衡量の際に考慮されないままでなければならない」ということにはならない。

第二に、それ自体保護された地位に起因している諸利益は、憲法上保護された範囲を越えているからといって、直ちに衡量上重要でないと思われるわけではない。例えば、既存の営利事業が有している事業拡張の利益は、それ自体所有権として保護されていないとしても、衡量上重要な利益となりうる。このことは、収益機会の保持と活用に対する利益にも当てはまる。さらに、道路沿いの土地利用にも当てはまる。道路沿いの土地所有者は、「道路利用に接した土地所有権の適切な利用のために必要とされること」を権利として保障されているにすぎない。それゆえ、自己の土地の前における従前の交通状況が悪化することによって何らかの事態が起きた場合、道路沿いの土地所有者の権利が侵害されているとは通常言えない。しかし、だからといって、「所与の交通状況の維持に対する道路沿い住人の利益」が計画衡量において常に考慮されるべきでない、ということにはならない。

次に、しかしながら、以上のように衡量材料が拡大される傾向があるとしても、そこには適切な限定がなされなければならない

ことを本決定は強調する。その際に最も重要な意味を持つのが、要保護性 Schutzwürdigkeit から導かれる限界である。本決定によれば、その限界はおおよそ二つの場面に分けられる（BVerwGE 59, 87 (102f.)）。

一つは、ある利益が既に利益として欠陥を備えており、それゆえに保護に値しないとされる場合である。しかし、保護に値しないのはかかる場面だけではない。もう一つの場面として、「かかるべく何かが起こることについて、利益保持者が理性的に適應しなければならぬ」場合、つまり、「例えば市場や交通の一定状況の存続ないし継続に対する利益保持者の信頼に、要保護性が欠けている場合」がある。例えば、別荘地区に代えてキャンプ場地区を指定することは建築資材の製造者に不都合な影響をもたらすであろうが、しかし、このような計画による諸指定が市場や収益の機会に影響を及ぼすことは、不可避的な事柄である。さらに、仮にこれらの影響をその都度の具体的な状況の中で衡量の際に斟酌しなければならぬというのでは、それは計画に対する過大な要求となる。

以上のような考慮から、「事物の状況からして衡量に含められなければならない全ての（私的）利益」（前掲注（46）②判決（BVerwGE 45, 310 (322) を引用する）とは、以下のように具体化される。すなわち、計画に関する判断の際に、「特定人における価値のわずかでない保護に値する利益としての私益が取るに足らなくない方法で侵害される」ということが、「当該私益から十分な蓋然性をもって予測可能である」場合、当該私益は衡量材料になるとするのである（BVerwGE 59, 87 (104)）。したがって、かかる要件を満たす限りで、原則として全ての私益が衡量材料になるとされている。

(57) 前掲注（46）③決定がかかる利益を例示している。その他に、営業範囲の維持と将来の収益機会の確保に対する商人の利益、所与の交通状況の維持に対する道路沿い住人の利益なども挙げられている（BVerwGE 59, 87 (101f.)）。また、連邦行政裁判所一九七一年四月一六日判決（後掲注（62）参照）は、傍論ではあるが、「施設を伴った既存の事業状態をさらに活用すること」に対する利益だけでなく「将来の事業の拡張」に対する需要も考慮されるべき私益に属する、とする。というのも、事業における通常の発展の枠内でしばしば競争力の確保のために必要とされる、生産手段の拡大や設備の近代化などは、「経済的要請」（連邦建設法一条五項（現行建設法典一条五項八号））に数えることができ、それゆえに「保護法益」として衡量の際に考慮されなければならないからである（BVerwG DVBl. 1971, S. 749.）。

(58) 建設法典一条五項では、計画指針という形で、BLプランの目標と原則が包括されている。それによると、BLプランの一般的な目標は、(1) 持続的な都市建設上の発展および公共の福祉に従った社会的に適正な土地利用を保障すること、(2) 人間にふ

さわしい環境を保全し自然の生命の基礎を保護・発展させるのに奉仕すること、である(同項一文)。そして、この一般的な目標を受けて、同項二文一号以下において計画指針が例示的に具体化されている。なお、本文に示した「健康な居住・労働関係に対する一般的な諸要請」は一号に、「経済的な利害」は八号に、それぞれ規定されている。

(95) Krautberger, aO., §1, Rn. 102ff.

(60) 前掲注(46)②判決がこの点について詳細に述べている。詳しく見てみよう(Vgl. Krautberger, aO., §1, Rn. 110ff.)。

まず、控訴審裁判所が「住居地区と工業地区はできる限り並列して指定されるべきではない」という計画原則に依拠したのに対して、連邦行政裁判所は以下のように述べた。かかる原則が認められること、およびこの原則が「秩序付けられた都市建設上の発展における本質的な要素、したがって都市建設計画の實際上根本的な原則」であることは、疑いの余地がない、と。そして、連邦イミッシオン防止法五〇条や建築利用令八条三項など(後掲注(61)参照)にこの原則が表現されているとして(VerwGE 45, 309 (326f.))。

次に、本判決によれば、この計画原則は上位に序列されているという。営業上のイミッシオン排出の危険がある場合には、常に高度の類型的な注意が必要不可欠である。というのも、「誤った方向での発展の始まりを早期に掌握すること」によってのみ、将来の展望が生まれるからである。本件のように工業地区を後から指定する場合、入植した工場は何ら特別な現存保護を享受しないし、また、営業法ないしイミッシオン防止法が適用されていても住居地区と工業地区との紛争が激化する可能性がある。つまり、「住居地区と工業地区との並列は、原理的に紛争を振りやすいという点で、営業法ないしイミッシオン防止法上で制御することの重要な現象ではない。むしろ、何らかの方法で可能な限り、計画法上で回避されるべき現象なのである」(VerwGE 45, 309 (327f.))。

最後に、連邦行政裁判所は、この原則に例外が存在することを承認しつつも、本件は例外に当たらないとする控訴審裁判所の判断に賛成する。すなわち、控訴審裁判所も、本件の具体的な事情に照らしてこの原則を破ることが認められるかどうかについて考慮を行っていた。そして、Bプラン地域の東側の住居地区が工業によって取り囲まれてしまうこと、および、住居地区と余暇用地とが隔離されてしまうことを、慎重に審査し評価していた。しかも、控訴審裁判所のかかる評価は、州建築官庁の評価とも全体として一致している。以上から、連邦行政裁判所は、上告人の主張(控訴審裁判所は計画内容の合法的な統制をせずに独自の裁量を行っていると批判)は根拠がないとした(VerwGE 45, 309 (329))。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(二)(秋山)

(61) 連邦イミッション防止法五〇条（国土に関する重要な計画および措置に際しては、一定の利用が予定されている用地は、もっぱらまたは主として居住に資する地区およびその他の要保護地区への有害な環境作用ができる限り回避されるよう、相互に配分されなければならない）が、その典型的な規定である。前述したように、連邦通常裁判所も、九〇六条の要件の解釈に関してはあるが、この連邦イミッション防止法五〇条における価値判断（すなわち商工業と居住との分離の原則）を考慮している。この点については、本論第二節二(3)参照。また、建築利用令八条三項によれば、商工業地区における居住に関しては、監督・待機要員や事業者・事業管理者用の住居のみが例外的に許容されるとされている。それゆえ、この規定からも商工業と居住との分離の原則が窺われるであろう。

(62) 傍論ではあるが、連邦行政裁判所一九七一年四月一六日判決（BVerwG DVBl. 1971, S. 746.）がこの点に言及する。事案の概要は以下の通りである。原告は市町村Dの外部地域に位置する土地で飼料工場を営んでいたところ、原告工場の方向へ住宅の入植を行うことを指定したBプランが定められた。そこで、原告は、本件Bプランが衡量原則に違反することを理由に無効であると主張し、これらの住宅のために既に付与された建設許可の取消および今後建設許可を付与しないとの義務付けを求めた。

連邦行政裁判所は、原告の訴権に関する原審の判断に誤りがあるとして破棄差戻の判決を下した。その際に傍論としてではあるが、本件Bプランに衡量原則違反があるかどうかの判断において注意すべき点をいくつか指摘した。その中で以下の旨を述べる。「既に一九六二年に議決されたBプラン「Am Bahnhof」（本件Bプランとは別物である：筆者注）がいれば計画の定点を意味しており、それによれば、計画により許容された分割入植Spaltersiedlungをさらに発展させることが当然に考えられうるとしても、これまでのところ、重大な疑念が存するにもかかわらずこのような発展が市町村Dの方向ではなくまさに原告の事業地の方向に行われなければならないのかについては、何らの手がかりもない」（DVBl. 1971, S. 747.）と。

(63) 建築利用令一条四項一文は以下のように定めている。「本令四条乃至九条に示された建築地区に関しては、それぞれの建築地区につき、(1) 許容される利用の種類に従って、(2) 事業および施設の種類の並びにこれらの特別の要請や特性に従って、当該建築地区を区分する旨の指定をBプランの中で行うことができる。」

(64) 建設法典九条一項は、Bプランにおいて指定できる事項を列挙した規定である（前掲注（36）参照）。その二四号によれば、「建築の用に供してはならない保護用地とその利用」、「連邦イミッション防止法の意味における有害な環境作用を防止するための特別の施設と予防措置に関する用地」、「かかる環境作用の防止あるいは回避もしくは軽減のために講ぜられるべき建築上その他



の技術的な予防措置」について、Bプランの中で指定をすることができると思われる。

- (29) K-P. Dolde, Konfliktsituationen zwischen gewerblicher Wirtschaft und Wohnen als Problem des Städtebaurechts, DVBl. 1983, S. 733ff. また、ドルデによれば、近年では、営業利用・事業利用と居住利用とを分離するという従来の手段に代わって、これらの規定による建築地区の区分や具体的な指定を用いて紛争処理を進める傾向がさらに広まっているという。本来、利用形態の混在がある場合、それを処理する基本的な手段は両者を分離することであるとされている。しかし、かかる混在状況においては、居住利用の保護もなることながら既存の事業の現存保護にも配慮しなければならず、これを怠れば衡量上の重大な瑕疵にもなりかねない(ドルデによれば実際にもその懸念があるという)。そこで、当該施設に関する——部門計画にも近似した——Bプランを策定し、その中で、具体的な状況、事業の現存保護、配慮命令などを考慮しながら事態の改善を実現すべく詳細な計画指定を行うことによって、紛争を適正に解決することができるようになる。つまり、用途の分離というこれまでの手段と比較すると、施設固有のかかるBプランは、衡量材料の厳密な調査を、そして計画指定による計画紛争の詳細な描写と解決をもたらししてくれる。また、かかる計画指定を用いれば、用途の分離手段を採用した際に必要とされるであろう土地間の間隔を減らすことも可能である、と云うのである (ders, Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1982 und 1983, NJW 1984, S. 1717)。

いずれにせよ、Bプランにおいて営業・事業と居住との衡量が重要な位置を占めていること、したがって衡量の審査において一つの原則を形成していることは、十分に確認できであろう。

- (30) F. Weyreuter, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz, BauR 1975, S. 3ff.; Krautzberger, aO., §1, Rn. 115ff.; Brohm, aO., S. 228f. したがって、法律に定められた計画任務をできる限り最適に実現するために必要とされる措置だけでなく、さらに、計画によりその近隣空間に引き起こされる諸問題(例えばBプランに定められた石炭火力発電所からの排出により生ずる環境紛争)を処理するために必要な措置もすべて、計画の中に含められなければならない。もともと、かかる紛争処理原則に対する違反が生じるのは、計画によって引き起こされる諸問題が建設許可やイミッシオン防止法上の許可といった計画執行過程では依然として解決できない場合だけである。つまり、計画執行過程でも追加的に利益調整を行うことができる場合には、その利益調整の部分に限って、Bプランは計画執行過程にその処理を委ねても良いと思われるのである。

紛争処理原則は高権的な計画一般に適用される (Brohm, aO., S. 228) が、Bプランが対象となった判決として、例えば連

邦行政裁判所一九七四年一月一日判決（BVerwGE 47, 144 紹介として宮田・前掲注（45）行政裁量とその統制密度二三〇頁以下）がある。原告所有地に隣接する耕牧地を公共交通用の駐車場とする旨のBプランが策定されたことに対して、原告はこの新たな公共物指定の取消等を求めて訴えを起こした、という事案である。この判決では、BLプランにおける紛争処理原則に關して以下のように述べられている。「隣地への影響力という点で重大性に照らし収用も同然に生じるような指定が、Bプランにより追求される計画目標を実現するために必要とされる場合においては、そこに示される利益紛争が單純に処理されないうままであったり、あるいは重大な被害を受ける隣人の負担で最も安易に解決されたりすることは許されない。むしろ計画は、基本法一四条を前にして存在している限り、二つの選択肢について判断を下さなければならない。一方では、計画は、とりわけ相對立する種類の利用を空間上適切に分離しつつ、十分有効でかつ計画上保障された措置を通じて、隣人にとって有害な計画指定の影響力を期待可能な程度にまで削減しなければならぬ。あるいは、計画は、このこと（第一の選択肢：筆者注）が事実上の理由からもしくは計画目標の実現を考慮すると不可能な場合には、従来許容されていた利用を破棄もしくは変更することを通じて被害地を明確に収用し、連邦建設法四〇条以下（現行建設法典三九条以下）に基づく所有者への補償に關する諸要件を創り出さなければならない」（BVerwGE 47, 144 (155f.))。

(67) 前掲注（46）①判決がこう述べる（BVerwGE 34, 301(309)）。

(68) 以上については、前掲注（46）①判決の判示による（BVerwGE 34, 301 (309)）。また、前掲注（46）②判決および③決定も、①判決を引用してゐる。

(69) Kleinlein, aO., S. 17.

(70) その他の具体的な諸基準については本稿で触れる余裕はなからぬ。F.-J. Peine, Öffentliches Baurecht, 3Auffl. (1997), Rn. 144ff. に学説による指摘が列挙されている。

(71) 前掲注（46）②判決がこの点を述べている。本件では、ガラス工場の立地が既に事前に決定されていた（そのために地域開発計画の変更も行われていた）。そして、その後のBプランの策定に關する議会の審議と検討に際しても、この事前決定が覆しえない事実とされ、これを前提としてその後の措置が進められていた（詳しい事情については遠藤・前掲注（45）一五七頁が参考になる）。このような計画手続外での事前の判断について、連邦行政裁判所は以下のような態度を採った。

まず、連邦行政裁判所は、このような事前の判断をすべて排除する姿勢は採用しない。というのも、何らかの判断の先取り

Vorwegnahmeがあり、それが衡量の不備という意味で最終的な衡量過程に影響を及ぼす場合であっても、そこでは二つの正当な要請が対立しているからである。一つは、「事前判断を用いることによって、実効的でありかつ実効的に実現しうる計画」を求める要請である。かかる要請が正当とされる理由として、衡量過程には様々な種類と強度の拘束力が働いており、程度差こそあれ計画手続の結果が先決されていることが多いこと、また、計画プロジェクトが包括的で複雑になればなるほど、計画による指定とその具体的な実現との間にますます必然的な相互作用が生じ、計画手続外での交渉・受諾・契約などが必要不可欠となること、などが挙げられている。しかし、このような計画手続外での事前判断は、正当な理由に基づき一定の手続に割り当てられているはずの終局的な衡量過程を、その土台から揺るがすことになる。つまり、終局的な衡量過程の意義を縮減させてしまふ。そこで、もう一つの要請として、「B Lプラン策定手続の民主的要素たる提案手続 Anregungsverfahren」を確保することが挙げられる(BVerwGE 45, 309(314ff))。

次に、この二つの対立する要請について、連邦行政裁判所は以下の判断を下す。すなわち、連邦建設法は提案手続には賛成しているが、事前判断により計画の実効性が促進されることには反対している、と。また、連邦建設法一条四項二文(現行建設法典一条六項)により定められた終局的な衡量過程は、包括的にかつ拘束されない過程として法律により想定されている、と。したがって、「終局的な衡量過程を(実質的に)縮減することは、原則として、連邦建設法一条四項二文(現行建設法典一条六項；筆者注)の規定に反する」のである(BVerwGE 45, 309(319))。

もっとも、連邦行政裁判所は、もう一方の要請をも考慮して、かかる原則に対する例外を認めている。例外を認めるためには正当化を必要とするところ、計画の内容、事前判断の対象、事前判断から生ずる拘束力の種類と強度、計画策定手続(とりわけ提案手続)の経過などに照らして、衡量過程の縮減が正当化されるか否かが判断される。そして、かかる判断の結果として衡量の不備が存在するとされた場合には、衡量が連邦建設法一条四項二文(現行建設法典一条六項)に違反する不十分な衡量であることを理由として、B Lプランは無効とされる。他方、衡量の不備が特別な理由から除去されそれゆえ著しくないものとみなされる場合には、当該不備は法的に有害でないとされる。具体的には、①判断の先取りがそれ自体として、この先取りにより縮減される提案手続の視角から見ても、実質的に正当化されていること、②先取りの際に計画法上の管轄規定が守られていること、すなわち、事前判断を市町村議会——市町村議会は計画について義務を負っている——に帰責させることが認められるような方法で、事前判断への市町村議会の共働が確保されていること、そして、③選択された判断の内容に異議を唱えることができないこと、特に、連邦

建設法一条四項二文（現行建設法典一条六項）に配慮した衡量がなされていること。以上の要件が満たされる場合には、衡量の不備があってもそれは連邦建設法一条四項二文（現行建設法典一条六項）に適合するとされる（BVerwGE 45, 309 (330f.)）。

以上の理解に基づいて、本件では事前決定の際に適正な衡量が行われなかった（したがって③要件を満たさなかった）ことを理由に、本件における衡量の不備は有害であり、それゆえ、本件Bプランは連邦建設法一条四項二文（現行建設法典一条六項）に違反し無効であるとされた。

(72) このような理解は、計画法規範の構造という点からも説明することができるであろう。宮田・前掲注(45)「行政計画法八三頁以下によれば、計画法規範は、①「計画の目的を定める目標や利害を指定し、目標や利害の優先順位を定めていない」こと、②「包摂的仕組みにもとづく法律の執行が問題とならず」、「一つの構想に基づいて与えられた事実関係を創造的・主導的に改造する」こと、③「計画目標を展開するプロセスないし手続を構成するもの」であり、「重要な内容決定は、目標具体化の過程および調整・統合作用の過程においてはじめて決定される」ことにその特質があるとされている。したがって、かかる計画法規範の構造に鑑みるならば、建設計画法は、相隣紛争の処理についてあらかじめ用意された、特定の価値判断に基づく解決方法を単に執行するものと理解することはできない。むしろ、目標の具体化や利害の重要度評価などのような種々の過程を経て導かれた「市町村に よる具体的な計画上の決定」こそが、計画法規範の構造を端的に示していると言えるのである。

(73) K. Fehn/C. Laschet, Die Bestimmung der Ortsüblichkeit im Sinne des § 906 BGB, UPR 1998, S.8.; Staudinger/H. Roth, Rn. 182f.; MünchKomm/Säcker, Rn. 86f. および、そこに掲げられた諸判決参照。もともと、市町村地域全体の状況を基準とするというのはあくまで原則であり、個々の事例における問題状況に応じて、比較対象とされる地区は広狭いずれにも線引きできるとされている（BGHZ 111, 63 (72)）。まず、一定の地区において同一の場所的状況の中で同種の利用がなされており、他の地区とは明確に区別される固有の特徴を備えている場合には、その地区が比較対象となる。したがって、市町村地域よりも狭い規模が基準とされることもある。次に、しかし反対に、市町村地域よりも広い空間が基準とされることもある。特に顕著なのは、地域をまたがるような交通設備の場合であり、その際には「交通上開発されるべき空間全体」が比較対象になるとされている（以上については、Fehn/Laschet, aaO., S. 8.; Staudinger/H. Roth, Rn. 184f.; MünchKomm/Säcker, Rn. 87）。この点については、本論第二節注(29)でも既に触れた。

(74) 以下については Kleinlein, aaO., S. 29f., 33.

- (75) 一般には「場所的慣行性」概念に関して、本文中で述べたような指摘がなされている(上記2(1)参照)。もっとも、クラインラインは、被害地に対する「本質的な侵害」概念(「本質性」概念)についても、同様の評価が当てはまるとしている。すなわち、「本質的な侵害」概念の解釈は、住民の考え方や環境意識なども考慮されつつ、さらに最近では「合理的な平均人」というモデル像も設定されているが、基本的には「作用発生地の近隣における具体的な状況」を基準としている。それゆえ、本文中述べたことは「本質性」概念の解釈にも基本的に当てはまり、「場所的慣行性」概念の解釈と共に、九〇六条における基本的な評価を示してゐるとする。(Kleinlein, aao, S. 27, 29f.)。
- (76) どのような認識は、論者におらうとおおむね共通したものであると言えやう。(Westermann, Funktion, S. 1013, 1020.; Breuer, aao, DVBl. 1981, S. 435, 438.; MünchKomm/Säcker, Rn. 7.; Peine, aao, S. 171.; Gaentzsch, aao, S. 602.; Dolderer, aao, S. 20.)。
- (77) 体系書やコメントールを眺めてみても、依然としてこのような説明を基本に据えるのが通例である。(Fehn/Lachet, aao, S. 7ff.; MünchKomm/Säcker, Rn. 86ff.; Staudinger/G. H. Roth, Rn. 180ff.; Palandt/Bassenge, Rn. 24ff.)。
- (78) この点を指摘する最近の文献は、H. Hagen, Probleme und Erfolge richterlicher Rechtsfortbildung im privaten Immissionsschutzrecht, UTR 21 (1993), S. 56ff.; D. Uwer, Zur Entwicklungsgeschichte des öffentlichen und privaten Nachbarrechts bis zum Sachenrechtsänderungsgesetz, UTR 40 (1997), S. 334 ff. また、山谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座—総論』(日本評論社、一九九七年)一八八頁以下、堀田親臣「物権的請求権の再検討——成立要件という側面からの考察——」(一)「広法」二巻二号(一九九八年)一九九頁以下も、このような動向を的確に指摘している。もっとも、このような調和が図られているのは、一九九四年の九〇六条改正にも示されてゐるように、主として「本質的な侵害」概念についてである(改正の内容につき本論第一節注(4)参照)。「場所的慣行の利用」概念に関しては、若干の調和は判例上達成されつつも、これでは依然として不十分であると評価されている(Hagen, aao, S. 59.; Erman/Hagen, Rn. 20.)。前もって予告しておけば、不十分な調和の中でもとりわけ問題視されているのが、第三節で検討する「民法上の請求権と都市計画との関係」である(詳細は下記第三節参照)。
- (79) Kleinlein, aao, S. 30. したがって、クラインラインが強調しているように、建設計画法と相隣私法における評価の相違は、法律規定自体に既に予定されたものであると言える。そうすると、計画衡量の瑕疵や九〇六条の不適切な解釈の結果として、両者の評価矛盾が生じてゐるわけではなう。

- (80) クラインラインによれば、連邦イミッシオン防止法三条二項における「イミッシオン」概念は、九〇六条一項における「作用」概念と実際上合致しているという。それゆえ、「イミッシオン」(連邦イミッシオン防止法) Ⅱ「作用」(九〇六条)によつて隣人が侵害されている場合、この隣人の保護は連邦イミッシオン防止法でも九〇六条でも判断されることになり、両者の交錯が生ずるのである。(Kleinlein, aao, S. 9)。
- (81) なお、言うまでもなく、この評価矛盾とらう概念は法學方法論 (Vgl. K. Larenz/C-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3Aufl. (1995), S. 155ff.; C-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2Aufl. (1983), S. 98f., 112ff.) から持ち込まれたもの<sup>67</sup>である。(Kleinlein, aao, S. 11f.)。
- (82) R. Bartsperger, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch. 60 (1969), S. 35ff. なお、鈴木・前掲注(8) 一八七頁以下にも紹介がある。
- (83) Bartsperger, aao, S. 37, 55ff.
- (84) Bartsperger, aao, S. 58f. その論拠として、おおむね以下の三点が挙げられている。第一に、建設に関わる相隣公法が広範囲に及んでいること、第二に、建設に関わる相隣問題について適切に判断できるのはそもそも建設計画行政庁と建築監督行政庁だけであること、そして第三に、今日の法状況によれば、二人の権利主体間における受益と負担の対応関係が「二重効果的行政行為」という法形式を通じて公法上で規律されていること、である。ここで言う「二重効果的行政行為」とは、「ある市民にとつて利益的效果を持つ行為でありながら、同時に他の市民には不利益に作用する行政行為」を意味する(石崎誠也「西ドイツにおける「二重効果的行政行為」論」兼子仁「西ドイツの行政行為論」(成文堂、一九八七年) 二二二頁)。二重効果的行政行為については、他の文献を含めてさしあたり、荻野聡「複合的行政行為の特色」成田頼明編『行政法の争点(新版)』(有斐閣、一九九〇年) 六六頁以下参照。さらに近時では、行政行為以外の行為形式や多様な第三者をも取り込む理論として、「多極的行政法関係論」も紹介されている(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」熊法九二号(一九九八年) 一頁以下)。
- (85) Bartsperger, aao, S. 59.
- (86) バルトゥルシユペルガーは、リュフナーの評価を引用して、かかる評価が一般的に認められているとする(Bartsperger, aao, S. 61, Fn. 140)。リュフナーの検討は、Bプランの指定の免除(現行建設法典三二条二項)が隣人を害する場合についてであり、バルトゥルシユペルガーの検討とは対象を異にする。もっとも、その検討過程において、リュフナーは建設法の意義にも言

及している。リュフナーによれば、建設公法が扱うのは、「採光や通風の獲得が今日のような意義を持つておらず、また事業による侵害も比較的わずかであった過去の時代においては、いまだ存在せず、あるいはそれほど大規模ではなかった」諸要請である。そこで、建設法は、「必要不可欠とされる法の継続形成」に配慮を行ってきた。しかし、相隣私法の継続発展は妨げられており、「基本的な農業的土地利用だけを考慮した、相対的に原始的な状態」にとどまっている。その結果、「建設相隣法の最も本質的な規範、とりわけ、境界間隔、建築上の利用可能性と建築区域に関する規定は、今日では公法に見つけられる」というのである。<sup>(77)</sup> Rufner, *Materielle rechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschaftlichen Baudispenses*, DVBl. 1963, S. 611f.).  
もっとも、注意しなければならないのは、リュフナー自身は建設公法と九〇六条との交錯を否定していないことである。すなわち、相隣私法は、「前者(境界間隔のこと…筆者注) に関しては不十分な規定しか含んでいないが、後者(建築上の利用可能性と建築区域のこと…筆者注) に関しては詳細な規定を含んでいる」から、「後者は部分的には一〇〇四条・九〇六条と競合する」と述べている(Rufner, a.o., S. 612.)。したがって、バルトウルシュペルガーは、リュフナーの指摘のうち、建設公法の継続発展に関する部分に示唆を得ているものと思われる。

(78) Bartlberger, a.o., S. 61.

(89) Bartlberger, a.o., S. 62. それゆえ、建設相隣法に関する特別規定が民法に存在している場合にのみ、かかる建設相隣私法と建設相隣公法との抵触という事態が起こりうることになる。もっとも、このような場面であっても、建設許可手続に参加した隣人が民法上の権利を主張しなかった場合には、当該建設許可に私法排除効が認められるべきである、とバルトウルシュペルガーは主張している。

(89) シャップの見解は、本文で後述するように厳しい批判を受けてはいるが、相隣私法と相隣公法との関係に関する一つの重要な考え方として影響力を持っていることは間違いない。プファイファーは、「感銘を与えるほどの粘り強さで、本稿の問題に関する新たな原則を見つけ出そうという試みを行った」と評している(Pfeiffer, a.o., S. 123.)。シ、クラインラインも、「従来の最も包括的な相隣法理論」と記述している(Kleinlein, a.o., S. 66.)。また、その他の文献(Peine, a.o., S. 172f.; Marburger, a.o., S. 38f.; Dolderer, a.o., S. 21.) がしばしば彼の見解を引用していることとも、このことを裏付けているであろう。

シャップの見解については既に、「民法上の隣人保護と公法上の隣人保護との関係という観点から鈴木・前掲注(8) 一八八頁以下が、また、私法形成的効力の正当化理由という観点から山下竜一「ドイツにおける許可の私法関係形成効——わが国の公定力と

の関係を中心に——(二)大阪府立大学経済研究四二卷三号（一九九七年）一六頁以下が、それぞれ紹介している。両論文との重複を覚悟しつつあえて本稿でシャップの見解を取り上げるのは、以下の理由による。第一に、両論文と本稿とはその問題関心が異なることから、紹介の重点にも自ずからその違いが反映されると考えられること、第二に、九〇六条と建設計画法とが必然的に交錯することを示すためには、この交錯を完全に否定するシャップの見解に言及した上でこれを批判することが必要であると、である。

(90) Schapp, aaO, S. 30, 92. したがって、シャップは、バルトウルシュペルガーの見解に異議を唱えている。バルトウルシュペルガーによれば、九〇六条は原始的な状態にとどまったままであるのに対して、必要とされる法の継続形成に配慮してきたのが建設公法である、という理解であった。これに対して、シャップは、建設公法はそもそも相隣私法により把握されない紛争状況を規律するものである、それゆえ両者はその管轄を異にして存在している、と反論する。したがって、シャップの問題意識にとって重要なのは、両法領域の紛争を互いに区別することである。バルトウルシュペルガーの如く、一方の紛争についての判断（＝建設公法の紛争判断）が他方の紛争についての判断（＝相隣私法の紛争判断）を継続形成したものである、と理解することではない（Schapp, aaO, S. 36）。

(91) この表現は Pfeiffer, aaO, S. 123.; Kleinlein, aaO, S. 9. による。このように、シャップは、相隣私法と建設計画法のそれぞれの規律領域を明確に区分するという根本的なアプローチを採っており、この考え方に依拠して個別の問題領域についても叙述を展開している。そのため、連邦イミッシェン防止法四条以下に基づく要許可施設の許可についての考察においても（Schapp, aaO, S. 30ff.）'また建設許可についての考察においても（Schapp, aaO, S. 164.）'すべて「管轄の包括的な区別」から結論を導くことになる。

(92) Schapp, aaO, S. 34, 38ff., 92f., 164f.

(93) もっとも、シャップによれば、Bプランの策定された地域（建設法典三〇条）について述べたことが基本的にその他の地域にも当てはまるといふ。この点については、後掲注（96）参照。

(94) Schapp, aaO, S. 39f., 92f., 164.

(95) 許可の私法形成効については、学説の議論を含めて、山下・前掲注（89）「(二)大阪府立大学経済研究四二卷三号二頁以下、同「三・完」大阪府立大学経済研究四三卷二号二頁以下が既に詳細な検討を行っている。特に後者で紹介されたヴァグナーの見



解は本稿にとつても示唆的であるが、こゝで立ち入ることはできない。さしあたり、建設許可の私法形成効を否定する通説の概要だけを見ておこう。(Vgl. Bauliches Nachbarrecht, aO, S. 21f.; H. Hagen, Privates Immissionschutzrecht und öffentliches Baurecht, NVwZ 1991, S. 822.; H.-J. Papier, Der Bebauungsplan und die Baugenehmigung in ihrer Bedeutung für den zivilrechtlichen Nachbarschutz, FS Weyreuther (1993), S. 301ff.; Marburger, aO, S. 46f.).

各論者に共通して挙げられる根拠は、法形式の点である。第一に、連邦イミッシオン防止法一四條一文および行政手続法七五條二項——民法上の防衛請求権を排除する旨の規定が置かれている(連邦イミッシオン防止法一四條一文および行政手続法七五條二項——これらの規定については本論第一節三参照)のに対して、建設許可に関する規定にはかかる効力を定める規定が設けられていない。したがって、建設許可には私法形成効が認められていない、との推論が成り立ちうる。第二に、州建設法には、建設許可は「第三者の私権を害する」となく付与される」との明文規定が置かれている(Krebs, aO, Rn. 214, Fn. 721. に州建設法の該当規定が示されている)。それゆゑ、建設許可で規律されるのは、建築主と行政との公法上の関係に限定されていると言える。また、さらに、建設許可というのが拘束された判断であつて、その枠内で利益衡量が行われていないこと、建設許可手続における隣人の関与が利益の考慮という点で不十分であること、などの根拠も補充的に示されている(Hagen, aO, S. 822.)。

もつとも、私法形成効は否定されるとはいへ、建設許可の構成要件的効力 Tatbestandswirkung まじ否定されるわけではない。すなわち、当該建設起業案が公法規定に抵触しないと建設許可の確定は、構成要件的効力という形で民事裁判所を拘束する、というのが一般的な理解のようである。したがつて、隣人が、一〇〇四條および八二三條二項に基づく準ネガトリア請求権の根拠として、建設公法上の隣人保護規定を八二三條二項の「保護法規」として援用してきた場合において、建築主の建設起業案に既に有効な建設許可が存在しているならば、裁判官は当該建設起業案がかかる隣人保護規定に違反していないことを判断の前提としなければならぬ(Vgl. Bauliches Nachbarrecht, aO, S. 21f.)。

(96) Schapp, aO, S. 93, 164. シャップによれば、Bプランの策定されていない地域についても同様の理解が示される。すなわち、連担建築地域(建設法典三四條)および外部地域(同三五條)においては、「連邦建設法(現行建設法典; 筆者注)の規範「建設許可」という「判断連鎖」が定められている。そして、建設許可に際して、法律に定められた要件の解釈と適用(シヤップによれば「公益に抵触しない」ないし「公益を侵害しない」という判断枠組み)を通じて、隣人の保全利益と建築主の発展利益とが衡量されている。つまり、建設許可の際の判断が、Bプランの策定された地域におけるBプラン策定時の衡量と同様の役割を果たして

いることになる。それゆえ、連担建築地域および外部地域に関する建設計画法も、これらの相隣利益をめぐる紛争について判断を行つていくとしてゐる (Schapp, aAO, S. 41ff., 92f., 164.)。

(67) Schapp, aAO, S. 165.

(68) Schapp, aAO, S. 93f., 164f., 244f. 結局、民法上の隣人保護と公法上の隣人保護との関係に関して、前者が排除されるとの結論が導かれることになる。しばしばシャップの見解に「公法優先テーゼ」という名称が付される (例えば、Peine, aAO, S. 172f.) のも、このような理由による。

(99) シャップはこのような考えに依拠していることから、民法上の請求権を排斥する旨の明文規定は不要であるとしている。連邦イミッシオン防止法四条以下に基づく要許可施設に関しては、許可が確定している限り、民法上の妨害排除請求権に基づいて施設の操業停止を求めることはできないとされている (同法一四条一文) けれども、この同法一四条一文の規定も「単に宣言的な意味を有するにすぎない」というのである。したがって、通説は、同法一四条一文に対応する規定が建設法に欠けていることを理由に建設許可の私法形成的効力を否定する (したがって一〇〇四条および九〇六条に基づく防御請求権の成立を認める) が、シャップによれば、かかる理由は通説の論拠にはならぬとされている (Schapp, aAO, S. 244.)。

(101) Schapp, aAO, S. 36.

(101) 両者の交錯が根本的に否定されているという意味で、シャップの見解は「最も首尾一貫した」考えであるという評価も付されてゐる (Marburger, aAO, S. 39.)。もともと「最も首尾一貫した」見解が当てはまるのはあくまで国土整備の領域に限られてゐる」という点に注意すべきであろう (Peine, aAO, S. 173, Fn. 52.)。また、以上のことにも関連するが、シャップは九〇六条および相隣私法の存在意義自体を否定してはおらず、単に規律の「管轄」が異なると評価しているにすぎない (Schapp, aAO, S. 36. 「相隣私法は現状に基づいて相隣調整を行う機能を現在でも手元に有している」)。

(102) バルトゥルシュベルガーは、そもそも補償請求権の成否について言及していない。他方、シャップは、相隣私法と相隣公法との管轄の区別を根拠として、連邦イミッシオン防止法一四条に基づく損害賠償請求権および「生活上重要な Lebenswichtig 事業」における補償請求権 (これらの請求権については本論第一節三参照) の性格について詳しく論じている (Schapp, aAO, S. 47 ff., 97ff.)。建設法における補償請求権の存否については論じていないが、これを否定するような叙述は見られない (プファイフアーは、シャップの見解を紹介する中で、「…もっぱら財産的な調整に対する請求権だけが存在することになる」と述べている

(Pfeiffer, aao, S. 125.))。

(93) 以上(75)と(76) Breuer, aao, DVBl. 1983, S. 435; Kleinlein, aao, S. 14ff.

(94) Peine, aao, S. 173. したがって、公法の領域では、土地利用を高権的に秩序付けることを意図しつつ、民法よりも高度に発展した手段が用意されているのである。

(95) Breuer, aao, DVBl. 1983, S. 435. そして、プロイアーは、建設計画公法および建設公法については、「土地利用紛争についての包括的かつ排他的な規律」を含んでいると評価しているのである(上記2(2)(b)参照)。したがって、プロイアーのかかる評価は、基本的にバルトウルシュペルガーの主張と合致している。しかし、後に述べるように、バルトウルシュペルガーが以上の評価を理由に直ちに相隣公法に特別法として九〇六条を排斥する結論を導くのに対して、プロイアーはこれに反対しているのである。

(96) Peine, aao, S. 173.

(97) Marburger, aao, S. 43. プファイファーも同様に、「まさに、それほど固定的ではない、柔軟でかつ個別事例指向の民法上の規定が、場合によっては(インシジョン防止にあたって: 筆者補足)より適切な手段を意味する」と述べている(Pfeiffer, aao, S. 115.)。

(98) 九〇六条の適応力が国土整備的・環境保護的に実効的に作用するという傾向は、九〇六条における解釈の継続発展の中で現れてきたことである(本論第二節二5(4)参照)。したがって、バルトウルシュペルガーの論説の当時(一九六九年)では、このような傾向が多少ながら示されていたとしても、いまだそれほど注目されてはいなかった。そのため、このような傾向に配慮することまでも彼の見解に要求することは、事実上不可能であった。しかし、そうであるからこそ、バルトウルシュペルガーの見解を克服し、その後における九〇六条の継続発展を的確に考慮した考え方が、今日において強く求められることになろう。

(99) Pfeiffer, aao, S. 114f.; Soergel/J. F. Baur, §903, Rn. 79. この点については、前掲注(95)および下記4(3)も参照。

(100) Marburger, aao, S. 43f.

(101) Marburger, aao, S. 44. ドルデラーも、公法の方が将来の積極的な土地利用形成に一層適しているとの理由だけで民法上の請求権が排除されるわけではない、と述べており(Dolderer, aao, S. 22)。同様の趣旨であろう。確かに、不変利益や現状保全利益を優先させることは、発展を阻害するという消極的な側面を有している。しかし、国土利用の変更によって損害が生ずることを防止するという意味では、「むしろ利益をもたらす」べく機能する可能性もある(H. Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse

(1970, zit. Eigentum), S. 24. 本論第二節二(4)(c)参照)。したがって、国土の発展が意図される場面においても、不変利益ないし現状保全利益にも相応の配慮を払って利益衡量が行われるべきであり、少なくとも、国土の変更という利益のみを一般的に優先させるという扱いは正当化されないであろう。

(112) プファイファーがかかる批判を提示している (Pfeiffer, aO., S. 125f.)。もっとも、プファイファーの議論は、建設法の領域における隣人保護ではなく、イミッション法の領域を対象としている (Pfeiffer, aO., S. 99, Fn. 1.)。したがって、領域の違いゆえにプファイファーの議論をここで引用するのは誤りではないか、との疑念が生じるかもしれない。しかしながら、連邦イミッション防止法上の許可を不要とする施設を想定する場合 (プファイファーの議論はかかる施設も念頭に置いている)、これはイミッション法の領域の問題であると同時に、建設計画法の問題にもなる。というのも、かかる施設は、少なくとも建設計画法上で許容されていなければならないからである。そうすると、かかる施設が建設計画法上許容されていながらも隣人にイミッション侵害をもたらしている場合に、隣人はこの施設が場所的慣行でないことを理由に一〇〇四条・九〇六条に基づく防御請求権を行使できるのか、という典型的な問題が生ずることになる (Pfeiffer, aO., S. 97f.)。このような問題は、九〇六条と建設計画法との評価矛盾として生ずる問題 (上記(2)参照) と何ら変わらない。つまり、イミッション法の領域における議論は建設計画法の領域における議論とも共通しており、それゆえに、前者を対象とするプファイファーの議論をここで援用しても一向に差し支えないものと考えられる。

(113) Pfeiffer, aO., S. 125; Peine, aO., S. 173. また、九〇六条を含む相隣私法全体を眺めてみても、本文で述べた批判が当てはまる。クラインラインによれば、相隣私法においても将来の発展に対する保護が行われているという。というのも、相隣私法においても、九〇七条 (規定については前掲注 (19) 参照) が設けられ、また予防的不作為の訴えも認められることによって、予防的な保護手段が用意されているからである (Kleinlein, aO., S. 10.)。一〇〇四条一文によれば「さらに侵害のおそれがある」こと (したがって前提として既に侵害作用が生じていること) を要件として不作為請求権が認められるのに対して、九〇七条は、負担作用がまだ生じていない時点であっても当該施設から不適法な作用の発生が見込まれる場合には、この施設の建設を阻止しあるいはこの施設を排除できる、と規定している。つまり、所有権の保護を危殆化の段階にまで前倒しした規定である。他方、後者の予防的不作為の訴えも、やはり予防的な権利保護の充実のために認められたものである。すなわち、一〇〇四条の解釈により、一〇〇四条一文二文の要件にもかかわらず、「単なる最初の危険」の段階 (すなわち「初めて侵害のおそれがある」段階) で

既に一〇〇四条一項二文に基づく不作為請求権が認められる、とされたのである。その結果、九〇七条は本来の意味の一部を失ったことになる。もっとも、九〇七条は施設全体の阻止を目的としているのに対して、一〇〇四条は個々の作用に対抗するものであり、請求の内容は異なっている (Vgl. H. Westermann/K.-H. Gursky, Sachenrecht, 7 Aufl. (1998), S. 272, 511.; Baur/Stüner, S. 127, 291f.; F. J. Säcker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, 3 Aufl. (1997), § 907, Rn. 1.)。なお、予防的不作為の訴えに関しては、前掲注 (11) の諸論文参照。

(11) 詳しくは、本論第二節 2 (2) で分析した。また、補償請求権の効果は、場所的慣行要件による特権の付与というメカニズムを通じて、作用発生地の所有者だけでなく被害地の所有者にも及ぶこと、前述の通りである。

(15) Pfeiffer, aO., S. 126.

(16) 連邦イミッシオン防止法上の要許可施設であれば、同法一四条により、許可施設の操業停止を求める民法上の請求権は排除されている。したがって、このような形で、九〇六条とイミッシオン防止公法との交錯が——部分的ではあるが——当初から排除されているのである。行政手続法七五条二項一文における計画確定決定についても、連邦イミッシオン防止法の場合と同様である。この点については本論第一節三および前掲注 (95) も参照。

(17) つまり、九〇六条と建設公法が相互に独立して存在し同時に適用される、という見解が通説とされており、しばしば「複線性テーゼ」(「複線性理論」)「隣人保護の複線性」などと呼ばれている (Peine, aO., S. 173)。上で検討してきた一連の議論の中では、バルトウルシュネルガーおよびシャップ以外の論者はほぼこのような見解に依拠している (Marburger, aO., S. 42ff.; Peine, aO., S. 173ff.; Breuer, Bodennutzung, S. 271f.; dens., aO., DVBl. 1983, S. 438f.; Pfeiffer, aO., S. 137ff.; Kleinlein, aO., S. 73f., 79.; Dolderer, aO., S. 22f.; Brohm, aO., S. 481.)。

もっとも、九〇六条と建設計画法(ないし相隣私法と相隣公法)の「複線性」を認めることは、それと同時に、両者の異なる評価・価値判断を衝突させることになる。実際、この「複線性テーゼ」の中でも、このような価値判断の衝突への対応をめぐって、さらに二つの見解(バイネの表現によれば「絶対的な複線性テーゼ」と「相対的な複線性テーゼ」)に分裂しているのが現状である。したがって、九〇六条と建設計画法とが交錯し合う(したがって「複線性」が認められる)ことを確認しても、それで事が全て解決されるわけではない。この点については、次節三以下で検討する。

(118) ついでに付言しておけば、建設法の概念から見ても、九〇六条が国土整備に対する機能を有していないと言うことはできない

い。そもそも、国土形成・土地利用の法的な秩序付けがもたら公法の任務とされているわけではない。むしろ、例えば民法典における請負契約法や不法行為法などにも、とりわけ建造物の建設などの土地利用に関する規範が存在しており、これらも建設法上の意義を持つ場合がありうる。土地所有権および相隣法に関する民法典の規定も同様である。それゆえに、これらの規定は、建設法の一領域たる「建設私法」とも呼ばれているのである（Krebs, aO., Rn. 2.）。

(119) このような問題意識に基づくより深い検討は、筆者の今後の課題とした。

(120) Breuer, aO., DVBl. 1983, S. 435.; Marburger, aO., S. 42.; Pfeifer, aO., S. 102. クラインラインも、同一の事実関係について異なった評価がなされることは、「法治国家における法的安定性の原則が法秩序の予測可能性および実践可能性に対して要請している事項」に抵触している。とする（Kleinlein, aO., S. 11.）。また、解釈方法論から見ても、立法者と裁判官は、同種の事柄を同一に扱うべき原則および正義の基本原理を実現するよう義務付けられている（Vgl. Larenz/Canaris, aO., S. 155ff.）から、これにも違反している（Kleinlein, aO., S. 12.）。

(121) 九〇六条と建設計画法との関係を論じる文献のほとんどが、このような調和の必要性を指摘している。主なものとして、Marburger, aO., S. 44.; Breuer, Bodennutzung, S. 271.; ders, aO., DVBl. 1983, S. 438.; Kleinlein, aO., S. 79. MünchKomm/Säcker, Rn. 22.; M. Wolf, Sachenrecht, 14 Aufl. (1997), S. 162ff.; Hagen, aO., UTR 21 (1993), S. 56ff., 62.; Uwer, aO., S. 334ff.; B. Bender/R. Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht (1972), S. 6ff. 本文の指摘は「ブルブルガーから引用による（「ブルブルガーの見解については鈴木・前掲注（8）一九五頁以下も参照）」。

(122) Dolderer, aO., S. 20.

(123) Kleinlein, aO., S. 73. クラインラインが法律上の根拠を指摘するのは、彼の独特の認識による。クラインラインによれば、従来の相隣法理論は一致した基本構造を持つていとす。すなわち、従来の理論は、バルトウルシユベルガーやシャップの見解に見られるように公法か私法の一方のみを優先させることを前提としており、単に「その都度承認される優先性の段階付け」という点で異なっているにすぎない。そして、選択された一方の法領域の正当性を強調し、他方の正当性を疑問視するものであった。しかし、クラインラインは、従来の理論を批判して以下のように述べる。両者の関係を説明するためには、相隣法の「真の」性格をめぐる紛争をあいまいなままにしておき、それに代わって相隣法の法律上の根拠に注目すべきである。その際には、土地所有者の法的地位は私法と公法で同列に決定される、との連邦憲法裁判所一九八一年七月一五日決定（BVerfGE 58, 300 (336)）が手がか

りとなる。相隣関係における土地所有者間の関係についても同様の同列性が妥当しており、この時点で施行されている、所有者の地位について規律している法律規定全てを概観して初めて、所有者の諸権限が判明することになる、というのである。

そこで、クラインラインは、「公法および私法において現在実践されている隣人保護が、いかなる範囲で、認識可能な立法者の判断に依拠しているか」を検討している (Kleinlein, aaO, S. 69f., 79.)。クラインラインが相隣私法の法律上の根拠を指摘したのも、かかる検討の一環である。また、相隣公法については、第一に、「二重効果的行政行為 (これについては前掲注 (84) 参照) の由來が建設公法であるがゆえに、立法者がかかる行政行為を承認することによって同時に公法上の隣人訴訟をも原則として承認したと考えられること、第二に、立法者は行政裁判所法四七条の規範統制訴訟を連邦レベルで導入し、Bプランに対する一般的な権利保護手段を用意していること (この点については前掲注 (12) も参照)、第三に、連邦イミッシオン防止法の中にも隣人保護手段が組み込まれていること (詳しくは Kleinlein, aaO, S. 72f.)、以上三点の検討を経た上で、公権による公法上の隣人保護は立法者の判断を通じて正統化されている」と評している (Kleinlein, aaO, S. 73f.)。それゆえ、相隣公法と相隣私法が法律上正統化されていること、および、両領域が原則的に同列であること、以上が出发点とされるべきであるとの結論に至っている。

(124) したがって、立法者としては、「建設公法およびイミッシオン防止公法により把握される領域内においても、引き続き相隣私法の通用力を出発点とする」旨を明確に示しているのである (Kleinlein, aaO, S. 73)。この点については、前掲注 (95) の説明も参照。

(125) Kleinlein, aaO, S. 79.; Seeger/J. F. Baur, §903, Rn. 79.; Breuer, aaO, DVBl. 1983, S. 438.; Peine, aaO, S. 173.

(126) もっとも、このような調和の必要性についてはほぼ共通の認識が得られてはいるが、これをどの程度まで進めていくのかについては必ずしも見解が一致しているわけではない。この点についての見解の相違は、次節における「民法上の請求権と都市計画との関係」の検討過程を通じても明らかにされていくであろう。また、一九九四年改正により挿入された九〇六条一項二文および三文 (改正の内容については本論第一節注 (4) の他、円谷・前掲注 (78) 一八八頁以下、鈴木・前掲注 (8) 二二〇頁参照) についても、同様の事情が見られる。この改正によって、イミッシオン防止に関する公法と私法の調和の努力はひとまず暫定的な終結を見たところである。しかし、立法手続においては、本改正は両者の完全な調和の第一歩にすぎない、との評価も示されている (BT-Drucks 12/7425, S. 2.)。他方、学説においては、公法と私法の判断基準をこれ以上平準化することは望ましくないとし、個別具体的な事例において民法上固有の考慮事由を顧慮する可能性が依然として残されるべきである、との主張もなされている。

べあせ (K. Fritz, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von § 906 I BGB, NJW 1996, S. 575.; P. Marburger, Zur Reform des §906 BGB, FS Ritter (1997), S. 904ff. も改正に批判的べあせ)。この点を  
見ても、調和の必要性については一致していても、いかなる範囲・程度で調和を実現するのかは困難な課題となっている。

### 第三節 民法上の請求権と都市計画との関係

本節では、本稿の第二の問題意識、すなわち、相隣関係における調整の論理が都市計画といかなる関係にあるのか、とりわけ両者が抵触する場合にどのようにして調節がなされるのか、という点について検討を試みる。その際、検討の素材としては様々な場面が考えられるが、本稿では、民法上の請求権と都市計画との関係について論ずることとしたい。というのも、この両者の関係は、ドイツ法において「特別に問題となっており、かつ、近時の判例においていまだ解決されていない」<sup>(1)</sup>がゆえに、この議論の分析を通じて有益な示唆を得ることができると思われるからである。

検討の順序を示しておこう。まず最初に、検討の出発点として、具体的にいかなる場面で議論が生じているのか、そして検討の際に意識すべき視点について、あらかじめ確認しておく（下記一）。そして、判例（下記二）および学説（下記三）の分析を経て、分析から得られたことをまとめてみたい（下記四）。



## 一 序論——問題点の確認および検討の視点

### 1 問題点の確認

まず、ドイツの都市計画法制、特に地区詳細計画（以下「Bプラン」と呼ぶ）の意義<sup>(2)</sup>についても概観しつつ、具体的な問題場面をあらかじめ明らかにしておこう。

建設基本計画（以下「B Lプラン」と呼ぶ）がドイツにおける都市計画の基礎となっていること、そして、これが土地利用計画（以下「Fプラン」と呼ぶ）とBプランから構成されることについては、既に述べた（上記第二節三（2）参照）。

Bプランは、市町村地域の全部または一部の地域について、場合によっては一個の不動産についても策定される。通常は、街区レベル等の比較的狭い地区が対象となることが多い。原則として、当該地区内のすべての土地区画について、建築利用の種類・程度、建築様式、敷地内の建築可能な部分と建築不可能な部分との区分、建造物の位置など、多様な事項に関して詳細な指定が行われる（建設法典九条）。

本稿の以後の叙述との関連では、Bプランにおける建築利用の種類についての指定が重要である。その詳細は建築利用令に定められている。それによると、Bプランの中では、建築利用のための土地について、その建築利用の特別な種類に依じて「建築地区」（小住宅団地地区、専用住居地区、一般住居地区、特別住居地区、村落地区、混合地区、都心地区、商工業地区、工業地区）を指定することができる（建築利用令一条三項一文）。それぞれの地区において許

容される建築物の種類や建築の程度は建築利用令二条以下で規定されている。そして、これらの地区の指定が行われることによって、別段の定めがない限り、建築利用令のこれらの諸規定がBプランの構成部分となる（同令一条三項二文）。

また、Bプランの中ではさらに、建築地区の指定された地域の内外において、建設予定施設のために別個に特別な指定を行うこともできる。実際上頻繁に紛争を起こしているスポーツ施設を例にとれば、キャンプ場やスポーツ施設などに関する公有・私有の緑地指定（建設法典九条一項一五号）、学校スポーツ施設や市営屋内プールに関する公共用地指定（同五号）、大規模なスポーツ施設に関する特別地区 Sondergebiet 指定（建築利用令一〇条および一一條）、などがこれに該当する。<sup>(3)</sup>

かかるBプランは、Fプランとは異なり、私人に対する法的拘束力ある計画である。そのため、市町村は、条例の形をとって議会で議決しなければならない（建設法典一〇条一項）。

そこで、ある者がBプランの策定された地域において建設を意図した場合を想定してみよう。当該建設起業案がBプランの指定に反しておらず、かつ地区施設整備が保障されている限りで、この建設起業案は許可される（建設法典三〇條<sup>(4)</sup>）。したがって、この要件を満たしている場合、建築主は、少なくとも建設公法に関する限り——もつとも建設公法に限られるのが議論の対象となっているのだが——では、建築を許容されているのである。

さて、このようにして建設計画法上許容された建設起業案が、一〇〇四条および九〇六条の意味における「作用」を発生させて相隣地の所有権を侵害している場合、法的にどのような処理がなされるのであろうか。民法上では、九〇六条により、当該作用が本質的でありしかも場所的慣行でない土地利用に起因している場合には、相隣地

の所有者には一〇〇四条に基づき民法上の防御請求権を行使する可能性が認められる。ところが、Bプランにおいては、当該建設起業案と矛盾しない建築地区の指定が行われている。場合によっては、当該建設起業案のために別の指定が行われていることもあろう。

そうすると、Bプランにおいてなされた建築地区の指定あるいは施設の具体的な指定は、一〇〇四条および九〇六条に基づく防御請求権の判断に影響を及ぼすのであろうか。そもそも何らの影響も及ぼさないのか。また、影響が及ぶとした場合、それはいかなる範囲なのか。また、どのような構成を通じて九〇六条の解釈に入り込んでくるのか。以上の疑問が生じるであらう。

その際、この点について法律上の解決がなされないだけに、問題はますます深刻になる。例えば、連邦イミツション防止法一四条は、同法上の確定力ある許可を受けた（要許可）施設の建設および操業について、その不作為を求める民法上の請求権が排除される旨を規定している。しかし、建設計画法にはこれに類する規範が存在していないため、民法上の防御請求権との関係でBプランにいかなる効力が認められるのかは法律上明らかにされていないのである。

そこで、本節では、以上の問題点をめぐる議論を分析することとしたい。そして、この分析を通じて、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係を考察するための何らかの手がかりを得ていきたいと考える。

## 2 検討の視点

次に、本節の検討を進める際に念頭に置くべき視点について再度確認しておきたい。

本節の検討、すなわち、一〇〇四条および九〇六条に基づく防御請求権とBプランとの関係は、前節における検討と無関係なことではない。前節で既に見たように、九〇六条には国土整備に対する機能が認められるが、この機能も建設計画法との関係では一定の限界を認めざるをえない。その際、九〇六条の限界が建設計画法との評価矛盾という形で表面化してしまいうえに、九〇六条（さらには相隣私法）と建設計画法との調和という方向に進むべきことが示されていた（上記第二節三4(3)参照）。

本節の検討はまさに、相隣私法と建設計画法との調和が要請される一場面である。<sup>(5)</sup>つまり、ここで一〇〇四条および九〇六条に基づく防御請求権とBプランとの関係について考察することは、個別具体的な場面に即して、相隣私法と建設計画法とがどのようにして一定範囲の調和を実現していくのかを考察することに他ならないのである。したがって、以下の叙述においても、九〇六条と建設計画法との調和という視点を常に意識しながら、検討を進めていくことにしたい。

## 二 判例

連邦通常裁判所の判例は、九〇六条の場所的慣行性要件（すなわち作用発生地における「場所的慣行の利用」）の判断に際して、建設計画（特にBプラン）における指定に言及している。判決例を具体的に見ていくことにしよう。

なお、判決の紹介にあたって若干の留保を述べておく。第一に、判決の大部分では、九〇六条（特に場所的慣行性要件の判断）とBプランにおける指定との関係の他に、かなり様々な点が争いの対象となっており、これらすべて

てを紹介することは不可能であるし、また不要でもあろう。そこで、以下では、本稿の関心と関連する部分——すなわち場所的慣行性要件とBプランにおける指定との関係——を中心として紹介し、それ以外の部分は判決の理解に必要な限りで示すにとどめる。<sup>(6)</sup> 第二に、以下の判決では、厳密にはBプランと異なるタイプの行政上の計画が登場するものもある。しかし、判例の一貫した考え方を汲み取るという意味から、事案の相違にも十分注意しながら、かかる計画を扱う判決についても紹介しておく。

## 1 判決例の紹介

### (1) テニスコート判決まで

まず、最も注目を浴びたテニスコート判決(判決⑩——連邦通常裁判所一九八二年二月一七日判決(NJW 1983, 176))<sup>(7)</sup>までの一連の判決を見ていくことにしよう。

判決①——連邦通常裁判所一九五八年四月三〇日判決(NJW 1958, 1776)

#### 〔事案の概要〕

詳細は不明だが、判決文から察するに、被告Yの工場はこの地域の伝統的な事業とは異なる事業を行っていたようである。また、Y所有地を含む当該地区はBプランにおいて工業用地として指定され、市行政サイドはこの工業用地を近時に拡張したようである。これに対して、原告Xは、一〇〇四条・九〇六条に基づいてYの工場からの侵害の不作為を求めた。

控訴審ではY敗訴。Yは、これまでの判例において立てられてきた二つの原則(a)都市の一部分だけでも、その地区が

他の都市部とは明らかに異なる特徴を有している場合には、場所的慣行性の問題において特別な比較地区とみなされうる、(b) 単独で存立する工場であっても、それが圧倒的な重要性と規模を有している場合には、その地区に工場地帯としての性格を付与してその工場から生ずる作用を通常のものと同様に評価させる) を主張した上で、控訴審裁判所が本件の具体的な諸事情 (Y は特に B プランの指定などを掲げている) を評価せずに場所的慣行性の解釈を誤っているととして、上告した。

〔判旨〕 上告棄却

「事実審裁判官による判断は、彼が正当な法的観点を前提としていたことを示すものでなければならぬ。もっとも、場所的慣行性の判断は、基本的に事実としての性格を有する。控訴審裁判所は、当該地区がまぎれもない工業用地ではなくてむしろ田園的な性格を備えた地区であると評価でき、としていた。Y の事業が T 集落において支配的な地位を占めているとの Y の主張は、控訴審裁判所にかかる判断と合致しない。Y が主張したように、将来の建築を秩序付けられた方向へと導く行政官庁の諸計画では、本件で問題となっている地区あるいは被告工場と隣接する地区は工業用地として示されている。しかし、このことは、T 集落の現在の性格を判断する際には何ら重要ではない。控訴審裁判所はこの点で正当にも、最終口頭（事実）弁論時の状況のみが基準となると述べていた」。

本判决は、文献の中で挙げられる最も初期のものである。場所的慣行性の判断が基本的に「事実としての性格」を有していることを前提として、最終口頭事実弁論時の状況を基準として事実審裁判官が場所的慣行性の有無を判断すること、その際に計画は「何ら重要でない」とされていることが、本判决の態度である。このような態度は、基本的にその後の判決にも受け継がれていく。なお、事案の解決としては、B プランで工業用地とされていたにもかかわらず、このような態度に基づき、田園的性格の地区と評価した控訴審裁判所の判断が支持された。

判決②——連邦通常裁判所一九五八年六月一八日判決 (NTW 1958, 1393)<sup>(8)</sup>

### 〔事案の概要〕

原告Xは自己の土地に一九三七年に家屋を建て、それ以来そこに家族と居住している。Xの土地は、一九一八年市警察規定により指定された村落地区の中に存在している。道路をはさんだ斜め向かい側には市有地があり、被告Yは一九四七年にこの市有地を賃借して鉄の貯蔵事業を行っていたが、その事業から騒音が発生している。なお、Yは一九五二年にこの土地の所有権を取得した。

控訴審裁判所は、Yの発する作用が本質的でありかつ場所的慣行ではないとして、Xの不作為の訴えを認容した。その際、Xの土地が他の都市部とは異なり専用住居地区（一部は村落地区）としての性格を現実に有していることが重要視された。そして、場所的慣行性要件の判断に際してもこのような性格を考慮して、市域全体ではなく市東部の周辺地域（本件地区もここに含まれる）という狭い地区が、場所的慣行性の有無を判断する際に比較対象とされるべき地区に該当する、とした。これに対して、Yは、市のBプランによればXの家屋のすぐそばを通過する支線道路が将来予定されている（したがって騒音作用の増大が今後に予定されているということにならう）と主張して上告した。

### 〔判旨〕 上告棄却

（控訴審裁判所が市域全体ではなく本件地区のみを比較対象としたことについて）「正当にも、控訴審裁判所は、何が場所的慣行であるかという問題に関して、市域全体ではなくその東部周辺地域に焦点を合わせた。なぜなら、この地域は、その他の市域とは明らかに異なる、専用住居地区および一部は村落地区としての特質を有していたからである。…このような細分化も必要である。もちろん、本市が全体として工業的性格を有していることは、明らかに控訴審裁判所によっても疑問視されていないが、問題の地区において認定された特殊な性格に鑑みると重要なことではない」。

（支線道路がBプランで予定されていたことについて）「場所的慣行性概念が変遷しうるものであること、とりわけ産業の発展によって影響を受けることは、控訴審裁判所も同様に誤解しておらず、むしろ強調していたのである」。そして、Y

の上告理由に対しては、以下のことが指摘されるべきである。「ある作用の場所的慣行性に関しては、最終口頭事実弁論時における当該土地の性格が問題となるのであり、行政官庁の将来的Bプランにおける当該土地の目的用途は問題とならない」（ここで判決①を引用している）。

本判決では二つの意味で計画が関わっているが、いずれにおいても判決①と同様の考えに立っている。一つは、場所的慣行性を判断する際の比較地区の設定であり、本判決は、市の東部周辺地域を比較地区としその性格を専用住居地区および村落地区とする控訴審裁判所の判断を是認した。市警察規定も村落地区の指定を行っていたのだが、これは——明示されていないが——控訴審裁判所の認定に影響を及ぼしていないようである。もう一つ、Bプランで支線道路が予定されていたことについて、本判決は、産業の発展による場所的慣行性概念の変遷の可能性を肯定しつつも、Bプランにおける将来の目的用途は問題とならないと明言している。

判決③——連邦通常裁判所一九五九年六月一六日判決（NJW 1959, 1632）<sup>(9)</sup>

〔事案の概要〕

当事者は隣接する土地所有権者であり、原告Xは病院を経営し、被告Yは（詳細は不明であるが）行政関係の建物を所持している。Bプランによれば、彼らの土地は一部分が都心地区に、その他の部分が住居地区に属している。Yの建物に付随する駐車場およびガレージは、道路からかなり奥まった部分に建っており、X所有地の庭と近接していた。XはYに対して、駐車場の排除、および、住居地区方向へ向けられたガレージ入口の排除を要求した。また、予備的に、このガレージによって引き起こされる騒音と悪臭のイミッシオンの不作為を要求した。

控訴審裁判所ではXの訴えは棄却された。控訴審裁判所は、Y所有地の利用の場所的慣行性について、以下のように判断した。Xによって画定された比較地区は、何ら固有の特徴を持った特別な地区ではない。したがって、（市中心部の交通



中枢ではない) 大都市部の一般的な諸関係が基準とされるべきである。そうすると、現在のモータリゼーションの状況においては、かかる都市部においても駐車場設備(予備的にはガレージも)は場所的慣行である、と。これに対してXが上告。場所的慣行性の判断に際して、一九三九年二月一七日ライヒガレージ令の諸規定が重く考慮されるべきこと、および、場所的慣行性を判断する際の比較地区が本件では住居区画内部の空間と設定されるべきこと、などを主張した。

#### 〔判旨〕 破棄差戻

(比較地区の設定について) 「確かに、第一次的には都市地域全体の諸関係に注目すべきである。しかし、都市の中のみ狭い地区において、同一の場所的狀況の中で同種の利用(建築や経済生活の性質)がなされているがために、他の地区とは明らかに異なるまさにこの地区に固有の特徴が示されている場合には、このようなより狭い地区へ比較地区を限定することも必要である」。控訴審裁判所は、Yの作用発生地と比較対象されるべき地区を、以上の原則に基づいて画定しなければならぬ。「その際には、Bプランは資料として役立つが、基準となるのはもっぱら現実の諸関係である」。

(確定されるべき事情について) 以上のようにして比較可能の土地において、ガレージと駐車場の設置に関する諸事情が確定されるべきである。「土地の付属物たる施設において決定的なもう一つの問題は、必要不可欠だが負荷的なこのような設備が、所与の状況の土地における場所的諸関係に照らして土地のどの部分に建設されるのが通常であるか、ということである。かかる負荷設備の設置場所は、土地利用の性質にとって基本的な事柄である」。したがって、比較地区において、「奥まった庭の用地や本件住居を著しく侵害していることを考慮したとしても、なおガレージや大規模駐車場が道路から奥まった土地部分に敷設されているのかどうか」が、控訴審裁判所により確定されるべきである。

(ライヒガレージ令の意味について) 「ライヒガレージ令は、基本的には建築警察規定であり同令第三節には都市建設規定も含まれているが、本件で判断されるべき九〇六条の場所的慣行性の問題にとつては何ら直接的な意味を持たない。隣人間での所有権の限界付けは、もっぱら九〇六条に基づいて行われうる。…確かに公益には広く合致しているが、居住者

や所有者の現実の利用に何ら根拠を見出せないような基準を、場所的慣行性概念に関して導入することはできない」。したがって、「基準とされた比較地区における現実の一般的な慣行や住民の考え方だけが、決定的な基準である。それゆえ地域法たるBプランと同様に、関連する建築警察規定や都市建設規定は、Xの見解とは異なり、九〇六条の意味における土地の通常の利用にとって、つまり所有権の民法上での限界付けにとつても、直接的に基準とはならない。もっとも、都市建設上の国土計画にとつて基礎となっているライヒガレージ令は、また地域法も、場所的慣行性のための重要な手がかりとなりうる」。ライヒガレージ令の規定からは、ガレージや駐車場などの設備がXの病院にも配慮すべきこと、住民の要請に適合すべきこと、できる限り公道近くに建設されるべきこと、などが確認できるだけに、ライヒガレージ令はなおさら重要な手がかりとなりうる。

基本的には判決①②と同様の判断枠組みである。もっとも、本判決はいくつかの補充をしている。

一つには、「Bプランは資料として役立つ」とあるいは「地域法(ここではBプランを指している…筆者注)も、場所的慣行性のための手がかりとなりうる」と述べられているように、場所的慣行性の判断に際してBプランが考慮される可能性を初めて示した。もっとも、場所的慣行性の判断は事実審裁判官の任務であるため、本判決においてBプランが具体的にどのような「手がかり」とされるのかは不明である。ただし、本稿の直接の検討対象ではないが、ライヒガレージ令については、同令が相当の手がかりになりうることを示している。

もう一つとして、上のような意味で「手がかり」となるとしても、それは直接の基準ということではない。本判決が明言するように、九〇六条における場所的慣行性の判断においては、「居住者や所有者の現実の利用」に基礎付けられない基準を導入することはできない。したがって、たとえ公益に合致した基準——これは建築警察規定や

都市建設規定に含まれる——であっても、それが無条件に場所的慣行性の判断に流れ込むことはないのである。

判決④——連邦通常裁判所一九六二年九月二八日判決 (NJW 1962, 2341)<sup>(10)</sup>

#### 〔事案の概要〕

原告Xらは、被告学校Yの敷地の南側(校内道路)と東側(校庭)に隣接する居住者であり、Xらの土地と学校敷地との間には二〇メートルから二二メートルの間隔がある。なお、場所的慣行性に関係する事情として、本件地域がかつてはベルリン建築法の意味における専用住居地区であったこと、現在では本件地域におけるBプラン指定手続をめぐって当事者に争いが起きていること、以上が認定されている。Xらは、学校から生ずる騒音(通学時・休み時間・体育授業時などの騒音)による侵害が非本質的なレベルを越えており、かつ学校敷地の利用が場所的慣行でないとして、一〇〇四一条一項に基づき本件土地での学校経営をYに禁止する訴えを起こした。

控訴審裁判所は、Xらの請求を一部認容(Xらの土地から二〇メートル以内の敷地の利用をやめなければならない)とした。これに対して、Xらは、場所的慣行性の解釈などいくつかの点を主張して上告した。

#### 〔判旨〕 破棄差戻

控訴審裁判所は、Bプランが土地利用の場所的慣行性にとって手がかりとなりうるとした上で、ベルリン建築法改正後の現在では学校敷地が一般住居地区に存在しており、原告もこの点を争っていない、とした。しかし、「建設利用計画の内容およびその法的評価に関する認定も、法的瑕疵を免れない。…実際には、Xらは、書面での主張(学校敷地が現在では一般住居地区に存すること…筆者注)を争っていた。また、最終口頭弁論終結時に成立していたBプランに関する建築警察官庁の情報も、入手されることはなかった。…これに対応する計画が法的確定力を持って決定されていたのかどうかは、明らかではない」。

一般論として、「一定の土地利用が場所的慣行かどうかという問題については、第一次的には、当該土地利用がこのような状況の土地における場所的關係に照らして通常の利用といえるかどうかが審査されるべきである。その際、基準となる比較地区における現実の一般的な慣行と住民の一般的な考え方が、もっぱら重要である。しかし、疑わしい場合には必要に応じて、建築警察規定や都市建設規定が手がかりを示すことができ、上記の一般的な慣行を認定するために引用される」（判決③を引用する）。

結論的には、控訴審裁判所の判断には、以上の点に加えて、侵害の本質性、期待可能な措置による防止可能性、および相隣共同体関係理論という法律構成についても誤りがあるとされた。

本判決の一般論も判決③を受け継いでおり、Bプランが「手がかり」となることを容認している。もっとも、本判決では、控訴審裁判所がBプランを手がかりとしたのに対して、Bプランが有効に成立していたかどうか自体が疑わしいとしている。

判決⑤——連邦通常裁判所一九六四年四月二九日判決（MDR 1964, 666）<sup>(11)</sup>

〔事案の概要〕

原告Xと被告Yは、L通り沿いの隣接する土地の所有者である。Yは、両土地の境界に沿って自動車通行のための通路を設置していた。この通路に自動車が行き通ることによってX所有地上の住宅に騒音と悪臭が侵入しているとして、Xが訴えを起こした。なお、Bプランでは、本件地区は商業地区とされていたようである。

控訴審裁判所は、Xの土地利用に対する侵害が非本質的にすぎないとして、訴えを棄却した。その際、自動車による通行がY所有地の場所的慣行の利用といえるかどうかについては明らかにされなかった。Xが上告。

〔判旨〕 破棄差戻

（控訴審裁判所における場所的慣行性の判断について）「控訴審裁判所による判断は、場所的慣行性についての認定を欠くという理由でも認められない」。そこで、この問題の裁判の際には、「控訴審裁判所は、Yの土地利用の判断につき、検討されるべき地域をまず区切るべきであろう。…都市の他の中心部における商業通りと比較して、L通りにある諸住居を区切って考えることが全く可能である。基準となるのは、土地の事実上の一般的慣行と統一的な利用であり、行政当局の都市計画におけるその地域の目的用途ではないからである」。

（控訴審裁判所における侵害の本質性の判断について）「住居地の奥にまで侵入する自動車交通と公道における自動車交通とを単に数字上で比較することは、法律上誤りである」

本判決は比較対象地区の設定におけるBプランの意義について言及したものであり、従来の諸判決と同じく、Bプランにおけるその地域の目的用途は基準とならないとしている。このような立場から、控訴審裁判所における場所的慣行性の認定に際しては、商業地区の指定にかかわらず、当事者の住むL通り沿いの住居を比較対象地区と設定することが可能である、としている。

判決⑥——連邦通常裁判所一九六四年七月八日判決（DYBI, 1968, 51）

#### 〔事案の概要〕

原告Xは洗濯業を営む者であり、被告Yはその隣接地に居住する者である。Xの洗濯業から騒音と振動が生じており、これらがYの居住地にも伝導していた。Bプランにおいては、本件地域は小規模商業地区とされていた。なお、本件では、イミッシオン発生者が原告（X）となり被害者が被告（Y）となっているが、その訴えの形式は不明である。

控訴審裁判所は、Xの洗濯業から生ずる騒音と振動およびYの隣接住宅へのそれらの伝導がこの地区において通常とされる程度を越えているとして、Xを敗訴させた。これに対してXが上告。場所的慣行性の解釈に関しては、本件地区がB

プランにおいて小規模商工業地区と指定されていること（上告理由1とする）、それにもかかわらず、控訴審裁判所の観点からすると、工場施設や小規模商工業の入植のために予定されているところの、地区のさらなる発展が将来全てに渡って排除されてしまうであろうこと（上告理由2とする）、などを主張した。

〔判旨〕 上告棄却

（上告理由2について）「発展における進歩とは、今日の諸概念によるならば、隣地のために適切な防止措置を導入しあるいは改善することであって、隣人に期待されうる騒音その他の負担を増加させることではない。上告理由はこの点を誤解している」。

（上告理由1について）「場所的慣行性に関しては、行政官庁のBプランにおける地域の目的用途は基準とならない。むしろ、最終事実審理の時点におけるその地域の性格が基準となる」（判決①を引用する）。

また、その他の上告理由についても認められない。

本判決は、従来の判例と同様の考えに立った（もともと「手がかり」については言及されていない）上で、Bプランにおける小規模商工業地区の指定を考慮すべきとする上告理由を棄却している。なお、騒音防止措置の導入・改善という意味で「発展」の概念が理解されていることについては、本稿でも既に言及した（本論第二節二5(4)参照）。

判決⑦——連邦通常裁判所一九六六年六月二九日判決（BGHZ 46, 35）<sup>(12)</sup>

〔事案の概要〕

被告Yの事業（営業法一六条の要許可施設には該当しない）は松の切りくずを原料としてパーティクルボードを製作しているが、その際に裁断機・研磨機・丸鋸などを使用して著しい騒音を生じさせている。原告Xは、自己所有地にパン菓子

製造所兼住宅を所有している。XはYに対して、二〇時から七時まででは三五DIN（ドイツ工業規格）ホン以上について、その他の時間は五〇DINホン以上について、自己の土地に侵入する騒音の不作為を求めた。

控訴審裁判所は、ドイツ技術者協会規準VDI-Richtlinie二〇五八における「専用住居地区」の規準を援用して、Xの訴えを認めた（ただし、二〇時から二時まででは五〇DINホン以上とした）。Yが上告。上告理由は、騒音の把握の仕方、交通騒音との重畳など多岐に渡る。本稿との関連では、控訴審裁判所がドイツ技術者協会規準二〇五八における三区分（「専用住居地区」「主として居住に資する地区」「工業地区」の区分で後者になるほど規準値が緩くなる）の意義と目的を無視し、あるいはこの三区分を適切に用いなかった、という趣旨の主張をした。なお、Xも、二〇時から二二時までに関する判断について附帶上告した。

〔判旨〕 Yの上告は棄却。Xの附帶上告に基づき破棄差戻。

（ドイツ技術者協会規準二〇五八における三区分が事実審裁判官にとっていかなる意義を有するのかについて）「ドイツ技術者協会規準二〇五八は、一定の施設の商工業騒音による負荷というものも特に周囲における騒音の性質と程度に左右される、という事実を前提としている。工業地区、主として居住目的に資する地区、専用住居地区それぞれにおいて異なった音量の限界を設定していることは、このような事実に依拠してのことである。したがって、このような図式的な三区分は、事実審裁判官にとっては単に一般的な手がかりとなりうるにすぎない。区分のためのこれらメルクマールを考慮し、この三区分は用いられるべきである」。

（続いて、裁判所による地区の表示と計画における地区の表示との関係について）「たとえ適正な計画がそれ自体で、騒音源に照らして集落を適切に秩序付けるという目的を果たしている場合であっても、（裁判所による…筆者注）地区の表示は、計画上における地区の分割や建築地区の区分とは直接には関係がない。したがって、公的計画が場所的慣行性の問題にとつて直接的には基準とならないことと同様、本件においていかなる制限が基準とされるべきかという問題について、職務

行政機関の情報を入手する必要はない」。

控訴審裁判所が、限界値を引用する際に、九〇六条に基づき基準とされる比較対象地区に焦点を合わせた上で、この比較対象地区が近隣への特別な作用の生じない地区であると評価したことは、以上の点から正当である。それゆえ、上告理由には根拠がない（結論的には、その他の上告理由も含めてYの上告はすべて棄却された）。

本判決で争われたのは、Bプランと場所的慣行性の判断との関係ではなく、騒音の受忍限度として用いられるドイツ技術者協会規準二〇五八が裁判所にとっていかなる意味を持つのか、という点にある。その意味では、従来の判決と同列に並べることはできない。しかし、共通しているのは、Bプランにおける指定も、ドイツ技術者協会規準二〇五八における三区分も、さらには「職務行政機関の情報」も、事実審裁判官にとって「単に一般的な手がかりとなりうるにすぎない」という点である。つまり、事実審裁判官としては、基準とされるべき比較対象地区を設定し、その地区がいかなる性格を有しているのかを現実の諸事情に照らして判断しなければならず、ドイツ技術者協会規準二〇五八を直接に持ちこむことはできない。本判決では、控訴審裁判所は比較対象地区の現実の性格を評価することを経てドイツ技術者協会規準二〇五八の「専用住居地区」の規準を採用しており、かかる判断は正当であるとされた。

したがって、従来の諸判決の基本的な考えは、Bプランその他の行政上の計画だけでなく、ドイツ技術者協会規準二〇五八にも当てはまることになろう。以降の判決（例えば後述のテニスコート判決（II判決⑩））でも、このような扱いがなされている。

判決⑧——連邦通常裁判所一九七一年一月一五日判決（DVBl. 1971, 744）<sup>(57)</sup>



## 〔事案の概要〕

被告Yは採石場（営業法一六条所定の要許可施設には該当しない）を営んでおり、そこから塵が飛散している。原告Xは隣接する土地の所有者であり、そこには行政関係機関の建造物が建っている。本件地区は、一九六〇年二月二十八日ベルリン市建設利用計画において専用事業地区と指定されている。なお、Xがどのような訴えを提起したかは不明である。

控訴審裁判所は、Xの訴えを認容。場所的慣行性に関しては、以下の理由で、被告の営む碎石事業は場所的慣行の土地利用ではないとした。すなわち、一九五八年一月二日制定のベルリン建設法七条一号によれば、確かに専用事業地区では同号所定の事業（すなわちあらゆる種類の商業および工業）だけしか許容されていない。しかし、本件地区がかかる専用事業地区に指定されているからといって、同号所定の事業しか許されないというわけではなく、行政建物・商店・事務所（これらは同法七条一〇号の限定事業地区では許容されている）も許容される。というのも、専用事業地区であるとの指定は、法的拘束力を伴って行われてはいないからである。本件建設利用計画は、一九六一年六月二十七日第二次連邦建設法施行令一条三号によればFプランとみなされるとされており、したがってBプランとは異なり法的拘束力を有していないのである。このような場所的慣行性に関する判断に対して、Yは以下の理由で上告。本件建設利用計画は連邦建設法一七三条三項（本法施行の時点で：確定された都市建設上の諸計画は、それが九条に掲げられた拘束力ある諸規制を含んでいる限りで、Bプランとみなされる）の経過規定により擬制的Bプランに移行し、それによって専用事業地区としての本件地区指定にも法的拘束力が認められるべきである。そして、土地利用が九〇六条二項の意味で場所的慣行かどうかを判断する際には、法的拘束力あるBプラン（本件では擬制的Bプランたる建設利用計画）に決定的な意味が付与されるべきである、と。

## 〔判旨〕 上告棄却

（本件建設利用計画が擬制的Bプランであるとの上告に対して）「しかしながら、本件建設利用計画が連邦建設法九条に示された種類の拘束力ある規定を含んでいるかどうかは、同法一七三条三項からは導くことができない。このことはむしろ

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（二）（秋山）

ろ、ベルリン建設法の諸規定に基づいて決定される。しかし、上告は、ベルリン建設法違反を理由とすることはできない。なぜなら、ベルリン建設法は、控訴審裁判所の管轄にとどまるからである（民事訴訟法五四九条）。したがって、控訴審裁判所が判断したように、本件建設利用計画は法的拘束力のない準備的B.L.プラン（F.プランはしばしばこう呼ばれる）にとどまる。

（仮に上告理由が言うように、本件建設利用計画が、連邦建設法一七三条三項に基づき移行されたB.プランとみなされ、したがって都市建設秩序のための法的拘束力を伴った指定（連邦建設法八条一項）であるとしても）控訴審裁判所における場所的慣行性の認定は、法的根拠から見ても過誤はない。「土地所有権の内容を限界付ける九〇六条の意味に照らせば、ある土地の利用が場所的慣行であるかどうかは、第一次的には、基準とされる比較地区における現実の諸事情に従う。連邦通常裁判所の判例によれば、場所的慣行性の問題において計画が決定的に重要とされることはない。公法上の関係に関わるB.L.プランは、土地の建築その他の利用を準備し導くことに奉仕している（連邦建設法一条）。建築物の設置・変更・用途変更を内容としかつ建築監督上の許可を要する起業案は、B.プラン発効地域においては、それがB.プランの指定に合致している場合にのみ許容される（連邦建設法一九条・三〇条）。しかし、上告理由には反することになるが、現存の土地利用に基づいた九〇六条の規律においても、法的拘束力を伴った計画に唯一決定的な意味が与えられ、したがって現実の諸事情を基準とすることは誤りであるという帰結を、以上のこと（連邦建設法における土地利用の規律：筆者注）から直ちに導き出すことはできない。現実の利用というのは、とりわけ新建築地区の場合であれば、土地利用を準備し導く計画に合致しているのが通常であろう。既に建築のなされた地区では、現実の利用が次第にかかる計画に適合していくであろう。しかし、この既に建築のなされた地区においては、移行期間中は、現実に行われている利用が計画により招来されるべき利用と未だ合致している必要はない。このような場合、将来の建設起業案に関わる公法上の形成行為が、九〇六条に基づき成立している民法上の所有権秩序を直ちに排除できるわけではない」。したがって、本件との関連では確かに、「建設利用計画

と結び付くベルリン建設法七条一一号の現時の規定によれば、建設起業案および用途変更として、商工業と工業だけが認められ行政建造物や住宅は認められないことになっている。しかし、そうであったとしても、「Xの行政建造物に加えて近隣にはさらに多数の住宅が建っているという認定された利用状況」の下では、「さらに詳細な事実によれば他の産業と比べても特別に強力なイミッシオンを生じさせている本件碎石事業」について、これを「場所的慣行でないとみなす」ことが法的根拠により排斥されているわけではない。

本判決は、諸文献においても頻繁に引用される重要な判決である。従来の諸判決の態度を受け継ぎつつさらに新たな観点を付け加えたことが、その特徴である。すなわち、本判決では、現実の利用が計画上の利用と適合しあるいは乖離している、という具体的な場面について初めて言及している。そして、両者が適合する場面が通常であるとしつつも、建築の既になされた地区においては適合するまでの移行期が生じること、その際に計画が九〇六条に基づき成立した民法上の所有権秩序を直ちには排除できないこと、以上の点が重要である。したがって、本判決は、実際の場面において生じうる紛争を具体的に想定して、従来の判例の考えを一層深めたものと言えよう。なお、本判決の結論としては、計画——本判決ではFプランとされたが仮にBプランであったとしても——における専用事業地区の指定に依拠せずに、住宅や行政建造物の立ち並ぶ現状の利用状況を基準とすることは正当であり、本件碎石事業が場所的慣行の土地利用ではないとした控訴審裁判所の判断が支持された。

判決⑨——連邦通常裁判所一九七六年二月一九日判決 (NJW 1976, 1204)<sup>(14)</sup>

#### 〔事案の概要〕

原告Xは、自己所有地上に一世帯用家屋を建てている。その東側の隣接地には市町村Y所有地があり、Yが汚水処理場

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (二) (秋山)

を操業している。X 家屋の東側の外壁から汚水処理場内の二層沈殿式汚水処理施設までは、八メートルしか離れていない。この汚水処理場は Y によって一九五八年に計画され、一九六二年一〇月に建設が開始され、一九六五年に操業が開始された。他方、隣接地である X の宅地は、住宅建設会社が一九六四年ごろに分譲したものであり、X の両親がこの住宅建設会社から取得したものである。本件地区はかつては未計画の外部地域とされていたが、訴訟の時点では専用住居地区とされている。X は Y に対して、賃借人の賃料減額請求から X を解放するよう求めた。

控訴審裁判所は以下の判断を下した。まず、本件汚水処理場からの悪臭を禁止することは、公益に奉仕する生活上重要な汚水処理事業の停止をもたらすがゆえに是認められない。したがって、補償請求のみが、しかもイミッシオンが公共機関によって行われていることから、公法上の収用補償請求権が認められる。もつとも、補償の有無は、九〇六条を通じて（すなわち「九〇六条に基づき隣人が補償なくして忍容しなければならない限界を越えているかどうか」に依拠して）判断される。

次に、九〇六条の判断に関しては、本件悪臭による侵害が本質的であることを認めた上で、この悪臭は場所的慣行でない」と判断した。控訴審裁判所はおおむね以下のように述べた。本件では、主として一世帯・二世帯用家屋の建設された専用住居の地域が問題となっている。商工業や農業はもはや行われておらず、本件汚水処理場は悪臭を生じさせる唯一の事業である。その際、X 所有の住宅が建設された当時においてその他の諸事情が存在していたかどうかは、審査する必要はない。なぜなら、場所的慣行性の判断にとつては、最終口頭弁論時に一般的とされる諸事情が基準となるからである、と。

これに対して Y が上告。場所的慣行性の判断に対して以下のように主張した。本件汚水処理場は既に一九五八年に計画されており、その当時本件地区はまだ農業的な外部地域に属していた。その後、住宅建設会社が一九六三年一二月に郡に対して建築に関する事前照会をしたときにも、本件地区には未だ法的拘束力ある B プランが成立していなかった。この住宅建設が許可された時点でも、依然としてこのような状態は変わっていなかった。したがって、本件汚水処理場の近隣地区の性格というのは本件汚水処理場によって特徴付けられていたのであり、汚水処理場としての土地利用は場所的慣行と

みなされるべきである（そこから生ずる悪臭はそれゆえに忍容されなければならない）、と。

〔判旨〕 上告棄却

（一般論として）「汚水処理場の操業地たる市町村Yの土地利用の場所的慣行性を判断する際には、この土地と本件地区の他の土地との比較から出発すべきである。より厳密には、この土地の属する当該地区の特性に焦点を合わせるべきである。その際、基準となるのは、最終事実弁論時における現実の諸事情である」。

（Xの住宅建設時点ではBプランが成立しておらず、それゆえにYの汚水処理場が近隣地区の性格を特徴付けているとの主張に對して）「確かに、傑出した規模を持つ唯一の事業が、当該地区の性格を形成する場合もありうる。例えば、このような事業によって、町全体が産業都市として特徴付けられることもありうる。：また、その本質上特別に広範で独特の汚染源となっており、まさにそのために、住宅地から離れてもつばら農業・林業利用されている地区に設置されるような事業も、その近隣を形成する力を持つ場合がありうる」。

「しかし、汚水処理場の操業地がその近隣の性格に對して形成的な力を及ぼしている、とは言えない。近隣の發展に時的に先行していた本件汚水処理場の計画や建築の開始が、決定的に重要とはならない。これらの行為によって、近隣が専用住居地区へと發展することが排除されてはいなかった。同様に、そもそも建築規制法上の諸計画というのは、場所的慣行の土地利用を調査する際に、必要とあらば手がかりを提供しうるにすぎない。なぜなら、この問題への回答の際には、土地所有権の内容の限界を規定する九〇六条の意味に照らせば、第一次的には、基準時における現実の諸事情に焦点が合わせられるべきだからである」（判決⑧を引用する）。控訴審裁判所の判決には、以上の諸原則について根本的な法的瑕疵を認めることはできない。仮に、Yの汚水処理場の操業地とその近隣が外部地域（連邦建設法三五条）とされるのであれば、本件のように汚水処理場の隣接地に住宅建設が許可されたことは、管轄官庁の計画上の瑕疵に起因することになる。しかし、これは計画の瑕疵の問題であつて、操業地の利用の場所的慣行性に関する問題にとつては何ら重要でない。

その他、補償請求権の根拠および侵害の本質性についても、控訴審裁判所の判断に過誤はない。

本判決では、汚水処理場という公共施設からのイミッシオンであることを理由に、（公法上の）補償請求権のみが認められる。従来の判決では防御請求権の成否が問われていただけに、本判決は特殊な事例である。しかし、補償の有無は「九〇六条に基づき隣人が補償なしに忍容しなければならない限界を越えているかどうか」によって決せられるから、結局は、九〇六条における受忍義務の判断が問題とされている。

そこで、本判決における場所的慣行性の判断を見てみると、一般論として述べられているところからも分かるように、基本的に従来の判決の延長上にあると見られる。そして、それを前提として、本件地区は専用住居の地域であるとの控訴審裁判所の認定を正当と認めたのである。もっとも、従来の判決と同様、このような認定は計画における専用住居地区の指定に依拠してなされたものではなく、むしろ最終事実弁論終結時における現実の諸事情に照らして判断されたものである。また、Yは、Xの住宅建設当時に（専用住居地区の指定を伴う）Bプランが存在しておらず、むしろ本件汚水処理場の計画・建築が先行していた、と過去の事情を主張したが、それは三つの理由から否定された。一つは、時間的に先行していた汚水処理場が近隣の住居地区への発展を排除できないこと、二つは、そもそも建設計画は場所的慣行性を判断するための手がかりにすぎないこと、三つは、最終事実弁論終結時における現実の諸事情が基準となること（したがってXの住宅建設時が基準時ではない）、である。

(2) テニスコート判決

(a) 意義

以上のような判決の流れの中で、活発な議論の発端となる一つの判決が登場した。それが、ここで紹介するテニ

スコート判決（判決⑩）——連邦通常裁判所一九八二年二月一七日判決（NJW 1983, 751）<sup>(15)</sup>である。

本判決は、基本的には従来判例の考え方を踏襲したものであり、特別に目新しい点はそれほど見当たらない。しかし、都市計画において許容されていたにもかかわらずテニスコートでのプレーが完全に禁止される、という一見すると衝撃的な結論が出されたこともあって、行政実務者やスポーツ団体関係者にも大きな波紋を呼び起こした。また、学界では、この判決を契機として、九〇六条とBプランとの関係に関する議論が従来以上にきめ細かく、またその根本的な問題点に一層迫る形で、活発に議論されるようになった<sup>(16)</sup>。したがって、以上の意味で、テニスコート判決は本節の検討において重要な位置を占めており、ここで多少詳細に紹介しておく必要がある。

#### (b) 事案の概要

原告Xは七五〇平方メートルの土地の所有者であり、その土地はBプランにおいて混合地区（建築利用令六条——それによれば「スポーツ目的のための施設」は許容されている——）に属している。Xは、一九七一年に付与された建設許可に基づいてこの土地に住宅を建設し、一九七三年六月以来、家族と共にここに居住している。

被告スポーツ協会Yは、原告の隣地でテニスコートを営業している。この土地はもともと市有地であり、一九七四年から一九七五年にかけてテニスコートが二面設置された。市は、一九七五年六月一〇日の合意によって、本件テニスコートの利用をYに委ねた。Yは、反対債務として本件テニスコートを維持しなければならないとされた。Yはその後、通常のテニスのプレーに加えて、五月から七月の第二日曜日にはテニストーナメントも開いている。なお、本件テニスコートは、市のBプランにおいて特別建築用地 Sonderbaufläche に指定されている。

このテニスコートの一方は、Xの家屋から四メートルしか離れていない。X所有家屋のうちテニスコート側の一

階には居間があり、その居間は土地の境界線から三・二メートルの所にあるとされているので、X所有地からテニスコートまではわずか〇・八メートルの間隔しかなかった。そのため、テニスのプレーによる騒音が、YのテニスコートからXの居住地に達した。

Xは、テニスプレーの不作為、予備的にプレーを一定の時間に制限することを求めた。

一番では、二〇時から七時までのプレーと日曜日における一三時から一五時までのプレーをしてはならないとの判決が下された。これに対して、控訴審裁判所は、Xの控訴に基づいて、テニスプレーを完全にはならないとの判決を下した。これに対してYが上告した（なお、控訴審裁判所の判旨およびYの上告理由については、本判決の判旨の中で紹介する）。

(c) 判旨

Yの上告は棄却された。以下、本稿と関わる部分について紹介する

① 本件侵害は本質的といえるかどうか

「控訴審裁判所は、鑑定に依拠して、テニスコートの営業から生ずる騒音作用を、九〇六条一項に基づく単に非本質的な侵害にすぎないものではないと評価した。その際、控訴審裁判所は、ドイツ技術者協会規準二〇五八を前提としているが、これを単に手がかりとして理解しているにすぎないのであって、発生した騒音の衝撃性質 Inputscharakter を本件騒音の特殊性および負荷性の根拠としているのである。このことは、確立した当部の判例の枠を越えるものではない」。

② テニスコートとしてのYの土地利用が場所的慣行の利用といえるか



(ア) 場所的慣行性の判断に関する一般論

控訴審裁判所は、場所的慣行の利用とはいえないと判断した。「その際には、近隣における土地の大多数も種類と程度につきある程度同一の侵害作用を伴って利用されているかどうか、という問題を判断の出発点としており、これは正当である。なお、被告のテニスコートがそれだけで地域の性格を形成しているの手がかりは、認められない」。

(イ) 本件地区における商工業騒音を考慮に入れていないとの上告理由に対して 「しかし、控訴審裁判所は、専門家の鑑定に依拠して、性質や作用時間の点で近隣の商工業騒音や道路騒音とは根本的に異なるところの、Yにより引き起こされた騒音の特殊性に焦点を合わせているのである」。性質の点では、「本件騒音が衝撃を含んでいること（ボールを打つことや地面へ跳ね上がること）によって、テニスプレーの「技術的な」騒音はそれだけで既に特異かつ負荷的であり、かかる騒音への物理的・精神的な順応は極めて難しい。また、「社会的な」騒音（審判のコール、プレーヤーの叫び声、観衆の反応）は高度な情報内容をその特徴としており、それゆえに、強制的にそれを耳にする者によってはなお一層克服されがたい」。作用時間の点では、商工業騒音が就業日における通常の労働時間に限定されているのに対して、「テニスプレーはまさに労働時間外の終業時間後や週末に行われるものであり、それゆえにXおよびその家族の保養やリラクソスの時間をまさに侵害している」。その他、建造物や大規模な植栽などによっても本件騒音を抑えることができないこと、本件テニスコートがXの住宅に近接していること、以上の事情も判断に際して一定の役割を果たしている。

(ウ) スポーツ目的施設が混合地区において許容されている、および、本件騒音がドイツ技術者協会規準二〇五八により許容された基準値を越えていない、との上告理由に対して 「控訴審裁判所は両者とも見落として

いなかった。混合地区においてテニスコートが計画上許容されていること（建築利用令六条）も、ドイツ技術者協会規準二〇五八における基準値も、場所的慣行の利用を審査するための単に一般的な手がかりとして用いられるにすぎない」（前者について判決⑧および判決⑨を、後者について判決⑦を引用する）。「しかしながら、この二つの観点は、控訴審裁判所によって強調された個別事例における特殊性を理由として、発生した騒音をものは場所的慣行でないと評価することを、排斥するものではない」。また、控訴審裁判所は、テニスコートと住宅との間隔が極めてわずかであったこと、および、あらゆる防音措置が欠如していたことにも焦点を当てたが、この点も法的には何ら異議を唱えることはできない。

③ テニスコートの営業の全面的禁止が命じられたことについて

作用を除去する方法は原則として被告たる加害者に委ねられるから、判決の文言は「一定種類の侵害の不作為」という表現になる。しかし、「一定の要件の下では、具体的な除去措置の実行もその内容となりうる。当部も既に、事業の全面的な再編を通じてしか隣人に対する侵害を回避しえないことが判決の認定から明らかとなった事例においては、当該事業の完全な禁止が許容されるものとみなした（BGHZ 67, 252 (254)」。本件もそれに類する事情がある。当事者は、本件騒音が防止措置によって除去され、あるいは許容される程度にまで軽減されることを、全く申し立てていなかった。また、プレー時間の制限について、Yは余暇スポーツとしてのテニスの意義を理由にまさに平日の夕方以降や土休日にプレーができることに固執している、と推定されている。つまり、Yは、プレー時間に対するこのような——Yにとって「不合理な」——制限には全く関心を抱いていなかった。「このような特別な事情の下では、控訴審裁判所の包括的な不作為請求権に異議を唱えることはできない」。

(d) 本判決の評価

場所的慣行性の判断枠組み、Bプランの扱いなど、本判決の態度も従来の判例と完全に一致している。すなわち、場所的慣行性の解釈に関する一般論を述べた上で、Bプランにおける混合地区の指定——それによればスポーツ目的施設は許容されているにもかかわらず——も単に手がかりにすぎず、本件の現実の諸事情が重要であるとしている。また、本件テニスコートを特別建築用地と指定したBプランについては、判断の際にそもそも考慮されていないようである。その意味で、特に目新しい点はないと言える。

ところが、冒頭でも述べたように、本判決は大きな反響を呼び起こした。その一因が結論部分（テニスコートでのプレーが民法上の請求権によって完全に禁止される）にあることは、間違いない。

<sup>(17)</sup>しかし、事案の適切な解決という視点から見れば、テニスコート判決は妥当な結論を導いたものと評価されている。判決の中で既に述べられているように、本件にはいくつかの特殊な事情が存在していた。第一に、衝撃や高度な情報内容を含むという点で、通常の事業騒音とは異なり、騒音が特別に目立ちかつ負担となっていた。第二に、被告のテニスコートと原告の居住地が異常なほどに接近していた。以上二点の事情からすれば、本件Bプランは、利益衡量に重大な瑕疵があることを理由に（少なくとも原告に負担を課している具体的な指定の部分については）無効とされてもおかしくないような内容であった。<sup>(18)</sup>また、第三に、防音のための設備が全く欠如していた。第四に、訴訟において当事者のとった態度が異例であった。両当事者とも、防止措置を通じて騒音被害を回避・軽減するための可能性を全く主張しなかった。被告スポーツ協会は、余暇スポーツたるテニス的重要性を理由に、プレー時間に制限を設けることを断固として拒否しており、その強情な態度ゆえに何ら妥協の余地が残されていなかった

た。このような特殊な事情を踏まえるならば、テニスプレーの完全な停止という厳しい判断が被告に下されたことも、納得いくことである。

このように見てくると、以上の特殊な事情を背景としているがゆえに、本判決を直ちに一般化することは控えなければならぬ。つまり、極端な事例を扱った判決であり、原則としての性格を認めることはできないのである。<sup>(19)</sup>したがって、本判決に対しては、スポーツの振興に反対する根本判断である、あるいは、スポーツにより侵害される隣人の利益とスポーツ施設の利用との対立において前者に優先権を認めたのだ、という論評がなされることがあるが、そのような論評は本判決の特殊性を考慮しておらず妥当とは言えないと理解されている。<sup>(20)</sup>

しかしながら、事案の解決として妥当であるとはいえず、本判決は、その後の学説による議論を切り開くこととなつた。<sup>(21)</sup> というのも、本判決に注目が集まることによつて、判例の基礎となつている法解釈上の根拠が疑問視され、この点について活発な議論が展開されるようになったからである。

### (3) テニスコート判決以後

テニスコート判決以後、連邦通常裁判所において、主として九〇六条とBプランによる指定との関係が争われた判決は見当たらない。<sup>(22)</sup> 高等裁判所の判決がいくつも見られる程度である。そこで、これらの判決について簡単に見過おふことにしよう。

#### 判決①①——シュトゥットガルト高等裁判所一九八六年一月二九日判決（NJW-RR 1986, 1339）

被告Yの製材工場からの騒音により侵害を受けたとして、隣接地に居住する原告Xが騒音作用の不作為と制限を求めた事件である。本件地区には、法的確定力あるBプランは存在していなかった。裁判所は、Yは経済的に期待可能な措置

によってXを保護することができるし、また保護しなければならないとして、Yが騒音発生施設を一定の方法で利用するよう命じた。

その際、場所的慣行性とBプランとの関係について、以下のように判示した。「Yの事業を計画に含むような法的確定力あるFプランおよびBプランが存在していないということが、場所的慣行性に不利に作用することはない。というのも、Bプランは、積極的な意味において消極的な意味においても、現実の場所的慣行に関する決定的な規定要素ではないからである」(判決⑧および判決⑨を引用する)。

本判決は、Bプランが存在していないことも場所的慣行性の判断にとって重要でない(つまり「消極的な意味において」も規定要素でない)ことを示している点で、これまでの諸判決には見られない新しさがあろう。

判決⑫——ツェレ高等裁判所一九八六年八月八日判決(DWW 1987, 294)

被告Yは、自己所有地を貯蓄銀行と一般開業医に賃貸している。来客や患者の自動車通行による騒音や排気ガスにより侵害を受けたとして、道路沿いに居住する原告X(Xの宅地は一般住居地区とされていた)が訴えを起こした。裁判所は、間接侵害者たるYも一〇〇四条および九〇六条に基づき責任を負うとした上で、本件侵害が場所的慣行ではないこと、また、防止措置が経済的に期待不可能であるとYが主張しなかったことから、Xの訴えを認容した。

場所的慣行性と一般住居地区の指定との関係については、以下のように判示した。「一般住居地区に含まれている両土地の地区に関する建設計画法上の判定だけでは、本件イミッシォンの場所的慣行性を認めるために有利に作用することはできない。確かに、建築利用令四条二項によれば、一般住居地区においては、妨害的でない商工業(貯蓄銀行の支店もこれに含められうる)が例外的に許容されること、および同令一三条によれば医院も許容されることは、正当である。しかし、訪問者を伴うこのような両施設の集結はそれだけで、場所的慣行たるものが著しく越えられるという帰結をもたら

しうる」。Xはこの点を証明したのである。

本判決では、一般住居地区において貯蓄銀行も医院も許容されているにもかかわらず、両施設の集結とそれによる影響という特殊事情を考慮して、場所的慣行性が否定されるとの判断を導いたものである。

判決③——ブラウンシュヴァイク高等裁判所一九八七年四月六日判決（*Nds. Pfl 1987, 185*）

被告Yは大規模な農業経営を行っている。隣接地に住むXは、Yの土地から生ずる騒音および悪臭の不作為を求めた。

なお、両当事者の土地を含む本件団地はFプランにより一般住居地区の指定を受けており、また、両当事者の土地よりも奥の土地（集落Uの終了部分）はBプランにおいて専用住居地区の指定を受けている。裁判所は、本件イミッシオンが場所的慣行であること、および経済的に期待可能な措置を尽くしていることを理由として、Xが九〇六条二項に基づき受忍義務を負うと判断した。

その際、これらの計画との関係では以下のような判示がされた。「両当事者の土地の存する地区がFプランにおいて一般住居地区と指定されていることも、また、両当事者の土地の奥にある六筆の土地についてBプランが定められていることも、上記の理解（場所的慣行性を判断する際の比較対象地区は本件団地ではなく集落U全体に設定されるべきこと；筆者注）を妨げるものではない。なぜなら、この種の計画は、いずれにせよ場所的慣行性を判断するための手がかりを提供するにすぎず、何ら拘束力を持たないからである」（判決③および判決⑨を引用する）。「したがって、この種の計画は、九〇六条の枠組みにおいてどこが比較対象地区なのかを判断するための自由を与えているのである」（判決③を引用する）。

本判決の特徴は、二つの計画があらかじめ存在していたことである。もっとも、Fプラン（団地を対象とする）もBプラン（集落の奥の部分を対象とする）も、場所的慣行性を判断するための比較対象地区の設定に際して手がかりとなりうるとはいっても、実際には全く基準とされていない。

判決⑭——ケルン高等裁判所一九八八年五月一日判決 (NVwZ 1989, 290)

被告Y市所有の土地には、市立学校用のスポーツ施設を構成するテニスコートと練習壁が用意されている。この市立学校は、Y市の確定力あるBプラン三二号に基づいて建設されたものである。テニスコートからの騒音に対して、隣接地に住む原告Xはプレー時間の制限を求めた。裁判所は、本件騒音が本質的でありしかも場所的慣行性も認められないとして、プレー時間の制限を認めた(ただしXの請求の一部については棄却された)。

その際、Bプランに関して以下の判示がなされた。Y市のBプラン三二号によれば、本件テニスコートは、隣接する学校の構成部分とされている。「このことによれば、学校運営から隣接地区に及ぶ騒音は、Bプラン三二号の地区と接する周辺地域においては、依然として場所的慣行とされるであろう。しかし、このことは、Xが学校の授業時間外(八時前・一三時から一五時・一八時以降;筆者注)においても本件テニスコートから生ずる騒音を忍容しなければならない、ということの意味するものではない。なぜなら、いずれにせよ授業時間外の場合、地域性を形成する騒音負荷は何ら学校敷地——その他の具体的な指定は本件Bプランから引き出されえない——に由来していないからである」。「さらに、九〇六条二項が適用できない限り、計画法上でのテニスコートの単純な許容性がXの民法上の不作為請求権を排除することもできない」。

本判決の特徴は、学校とその付属設備たるテニスコートの双方がBプランで指定を受けていたにもかかわらず、学校運営上でのテニスコート利用のみを場所的慣行と評価したことである。もっとも、本件では、Bプランの指定の対象があくまで「学校敷地としてのテニスコート」である、として、したがって、それ以外の目的でのテニスコート利用は、そもそもBプランの指定の対象外であるとも見られ、それゆえにBプランと場所的慣行性要件との交錯も起こりえないことになろう。いずれにせよ、計画の中で単純にテニスコートが許容されているとしても、

それが当該テニスコート利用の場所的慣行性を肯定することに直結するわけではない。

判決⑮——カールスルーエ高等裁判所一九八八年一月一日判決（ZMR 1989, 90）

被告Yは公有地でミニゴルフ場を営業している。この公有地は水域保護地区に属している。隣接地（ここはBプランにおいて一般住居地区とされている）に住む原告Xは、ミニゴルフ場でのプレーによって自己の所有権が期待不可能に侵害されているとして、プレーの不作為を求めた。裁判所は、当該侵害が本質的でありしかも場所的慣行でないこと、また防止措置について当事者が主張していないことから、Xの訴えを認容した。

その際、Bプランと場所的慣行性との関係について以下の判示がなされた。「周囲における多数の土地が種類と程度につきある程度同一の侵害作用を伴って利用されている場合にのみ、このこと（ミニゴルフ場としての利用が場所的慣行とされること…筆者注）が承認されうるであろう。このような状況であることを、Yは主張しなかった。ここで、例外的に行われうる一般住居地区におけるスポーツ施設の許可をYが指摘することは、これ以上役に立たない。すなわち、建設計画法上で許容された利用が、自ずから場所的慣行とされるわけでもなく、したがって隣人によって忍容されるべきでもない。このような諸事情の下では、ミニゴルフ場の建設が建設公法の諸規定と合致しうるかどうかが個別的に審査される必要はない」。

本判決では、一般住居地区におけるスポーツ施設が争われている。確かに、（一九九〇年改正前の）建築利用令四条は、スポーツ目的のための施設が一般住居地区において例外的に許容されると定めていた。しかし、計画法上ではこのように許容される可能性があっても、かかる指摘だけで当然に場所的慣行性が肯定されることはないとしたのである。

判決⑯——ミュンヘン高等裁判所一九九〇年六月二六日判決（NJW-RR 1991, 17）



被告Yらと原告Xは、二戸建住宅に住む者である。Yらが多数の猫を飼育したために悪臭が生じているとして、XはYらに対して猫の除去を求めた。なお、本件地区は、Fプランにより専用住居地区とされていた。裁判所は、本件悪臭が本質的であること、および、三匹以上の猫を飼うことは場所的慣行の土地利用とは言えないことを理由として、Yらに対して猫の飼育を二匹に制限するよう命じた。

その際、場所的慣行性とFプランとの関係について、以下のように判示された。「建築規制法上の諸計画は、場所的慣行の利用に関する手がかりを提供する」（判決⑨および判決⑩を引用する）。「当事者の土地は、有効なFプランにおいて専用住居地区（建築利用令一条二項二号および同令三条）と指定されている。専用住居地区は居住に資するものであり、許容されているのは住宅である。もつとも、建築地区の特性に反しない限り、小動物飼育のための施設は許容されている（建築利用令一四条）。しかしながら、Yらの土地における猫の飼育は、「一部はイタリアから持ち込まれた猫との職業的なつき合い」であって、専用住居に反している。それゆえ、大規模な猫の飼育は、二戸建住宅に住む当事者の住居地区において場所的慣行とは言えない。このような地区においては、せいぜい二匹の猫の飼育が場所的慣行にとどまる。

本判決の特徴として、本件の具体的な諸事情（特にYらの職業的な飼育という状態）を考慮することを通じて、専用住居地区の意義——原則として居住利用のみが許されるという価値判断——が結果的には場所的慣行性の判断にそのまま反映されている。もつとも、既に一般論として、建設計画が場所的慣行性の判断の手がかりとなると述べられているから、本判決も従来の判決を踏襲するものであろう。

## 2 判例の分析とその基本的な立場

### (1) 紛争の態様

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（二）（秋山）

以上見てきた諸判決では、イミッシオンが様々な場面で発生しうるだけに、実に多様な紛争が扱われていた。これらの紛争の態様としては、おおむね以下の三つのパターンに分けることができる。

第一に、最も多いのは、居住利用と事業利用とが衝突する場合である。判決①（工場（種類不明））、判決②（鉄の貯蔵）、判決⑥（洗濯業）、判決⑦（製材工場）、判決⑧（採石場）、判決⑨（汚水処理場）もつとも第二にも分類できよう）、判決⑩（製材工場）、判決⑬（大規模農業）が、かかる場合に該当する。

第二に、事業というよりもむしろ日常生活に密接に関わる利用が、居住利用と衝突する場合も見られる。判決③（駐車場・ガレージ）、判決④（学校）、判決⑤（敷地内の自動車通行）、判決⑫（訪問者の自動車）、判決⑭（猫の飼育）などが、これに該当しよう。

第三に、近年特に目立つものとして、スポーツなどの余暇・レジャー施設と居住利用との紛争がある。テニスコート判決Ⅱ判決⑩をはじめとして、判決⑭（テニスコートなどのスポーツ施設）、判決⑮（ミニゴルフ場）などがある。

## (2) 判例の基本的な立場

冒頭でも若干触れたが、判例における問題設定は、へ九〇六条において作用発生地の利用が場所的慣行と評価されるのかを判断する際に、Bプラン（ないし計画）における指定がどのように扱われるのか」という点に集約されている。それでは、判例によれば、Bプランにおける指定は場所的慣行性要件の解釈にどのような影響を及ぼしているのだろうか。

上で見た諸判決の基本的な立場を抽出するならば、その回答はおおむね以下の二点にまとめることができる。

なお、あらかじめ述べておけば、上記判決例では、Bプランであろうとなかろうと、行政上の計画についてはほぼ一致した取り扱いがなされている。例えば、汚水処理場に関する建築規制法上の計画（判決⑨）とBプランにおける混合地区の指定（テニスコート判決Ⅱ判決⑩）を比べてみても、両者で計画の取り扱いが異なるものとは認められない。また、「行政官庁の諸計画」という表現（例えば判決①）がしばしば用いられていることから、かかる種類の計画が同様に扱われていることが分かるであろう。それゆえ、以下ではBプランを中心として叙述するが、これは他の種類の計画にも基本的に当てはまるであろう。

(a) その一——場所的慣行性要件の解釈の原則論

第一に、Bプランの法的な取り扱い、場所的慣行性要件の解釈における当然の帰結を示している。

場所的慣行性の解釈にあたっては、「周囲における土地の多数も、種類と程度につきある程度同一の侵害作用を伴って利用されているかどうか」が基準とされる。つまり、まず比較対象とされるべき地区が設定される。その際、市町村全域と明らかに異なるような現実の特質がある場合には、比較地区を一定の地区に限定しても良いとされている（例えば判決②③など参照）。その上で、「比較地区における現実の諸事情」に照らして場所的慣行性の有無が決せられるのである。そして、より具体的には、「最終口頭事実弁論時における現実の諸事情」（特に「現実の一般的な慣行や住民の考え方」）が基準とされている。以上については、ほとんどの判決に共通して述べられ、また、一般的にも判例の立場として説明されているところである。<sup>(23)</sup>

このような解釈の原則は、当然ながら、Bプランその他の計画における指定に消極的な態度を示すことになる。つまり、比較地区を設定する際にも、また、比較地区におけるその他の土地との対比においても、決定的なのは

「現実の状況」なのであって、「将来の建築を秩序付けられた方向へと導く行政官庁の諸計画」や「行政当局の都市計画におけるその地域の目的用途」ではない（引用は判決①⑤）とされるのである。もっとも、この論理はBプランなどの計画だけにとどまるものではない。公益に資するような観点（例えば建築警察法の規定）といえども、それが一般的な慣行や住民の考え方に基礎付けられていない場合には、場所的慣行性の判断に際して直接的な基準にはならないとされている（判決③）。ただし、本件ではこのような基礎付けが認められることを示唆している。

このような態度は、判決例にも具体的な形で現れている。例えば、判決①（工業用地の指定を考慮せず田園的性格と認定）、判決②（Bプランで予定された支線道路の計画を考慮せず）、判決⑤（商工業地区の指定にもかかわらず住宅の地域を区切って考えるべきとする）、判決⑥（小規模商工業地区を考慮せず）、判決⑧（専用事業地区の指定を採用せずに住宅や行政建造物の建ち並ぶ現況を基準とする）、判決⑨（汚水処理場に関する建築規制法上の計画が時間的に先行しているにもかかわらず現況を優先する）、テニスコート判決Ⅱ判決⑩（混合地区の指定を採用せずに本件の特殊な現況を重視する）、判決⑬（一般住居地区の指定も専用住居地区の指定も考慮せず）、判決⑮（被告が一般住居地区の指定を主張しても無意味とする）など、Bプランその他の計画における指定をほとんど考慮せずに、現実の状況に焦点を合わせて場所的慣行性の判断を行ったと見られる判決例が数多く見られる。また、判決⑪は、Bプランが存在していないことも場所的慣行性の決定的な規定要素とならないとした点で珍しいが、「現実の状況」を基準としている点では上記判決と同様の考え方に立っている。

それでは、Bプランにおける指定が場所的慣行性の判断と完全に無関係であるかという点、必ずしもそうではない。一般論としては、判決③において、被告の作用発生地と比較対象されるべき地区を画定する際に「Bプランは

資料として役立つ」とされたのを発端に、その後の判決④以降では、しばしば「場所的慣行の利用を審査するための単に一般的な手がかりとして用いられる」(テニスコート判決Ⅱ判決⑩)とされているのである。

そして、具体的な判断にもかような態度が現れている。判決⑩においては、法的拘束力のないFプランにおける専用住居地区の指定であるにもかかわらず、猫の飼育が場所的慣行の土地利用といえるかどうかの判断に際して、専用住居地区の特性を基準として判断を下している。したがって、計画における指定が、現実の状況を徴表するものとして積極的に引用されていたのである。さらに、判決⑩ほど明確ではないが、判決③(住居地区の指定が比較地区の設定の際に役立つ——ただし具体的には言及されず——とする)にもこのような態度が見られなくはない。また、この判決③においては、ライヒガレージ令に関してではあるが、同令の規定が一般的な慣行や住民の考え方に相応していることを理由に、「なおさら重要な手がかりとなりうる」とされていた。したがって、計画に關しても、その計画にどのような内容や目的が含まれているか次第では、場所的慣行性の判断に一定の影響力を及ぼすことも考えられるであろう。

しかしながら、注意しなければならないのは、背景にはあくまでも場所的慣行要件の解釈の原則論があり、それゆえに、「必要とあらば手がかりを提供しうるにすぎない」(判決⑨・傍点筆者)とされていることである。

判決例を見ても、計画を積極的に「手がかり」とした判決(上記の判決⑩③)は全体のごくわずかでしかなく、しかも明確な態度を示しているのは判決⑩のみである。大部分の判決においては、既に見たように、計画の指定は場所的慣行性の判断の際にほとんど反映されていないのが現状である(既述の判決①②⑤⑥⑧⑨⑩⑬⑮)。他方、判決②(計画の指定と同一の専用住居地区・村落地区が比較地区に設定されたにもかかわらず計画を援用せず)、判決⑨(現

行Bプランの指定と同じく専用住居地区と認定されたにもかかわらずBプランを援用せず、判決⑫（一般住居地区の指定に基本的に依拠しつつも現実の特殊な事情を考慮する）、判決⑬（Bプランにおける学校の指定に依拠しつつも本件騒音が学校とは無関係とする）は、結果的に計画における指定と同一の比較地区を認定している点では、計画を「手がかり」としていると一応は言えそうである。しかし、その判断の過程では、もっぱら「現実の諸事情」に照らして（判決⑭⑮では「現実の諸事情」をより重視して）場所的慣行性の判断を行っている。したがって、一般論としては「手がかり」になりうる」とされていても、判決例を具体的に見る限りでは、ほとんど「手がかり」としての役割を果たしていないと評価できるのである。

いずれにせよ、判例において重視され基準とされているのは、やはり「最終口頭事実弁論時における現実の諸事情」なのである。もちろん、BLプランに関しては、BLプランが土地の建築その他の利用を準備し導くことに奉仕していること、および、Bプランの策定された地域においてはその指定に合致している場合にのみ建設起業案が許容されること、以上の意義が認められる。しかし、この点を考慮に入れたとしても、現状の土地利用を基礎とした九〇六条の規律（この点について詳しくは上記第二節三2(1)参照）においては、Bプランに唯一決定的な意味が付与される（したがってBプランの指定が場所的慣行性を決定する）との結論を直ちに導くことはできない（判決⑧）。つまり、上で見たような場所的慣行性要件の解釈の原則論を出発点としているがゆえに、原則としては、Bプランをはじめとする諸計画に決定的な意味が付与されることはないのである。

(b) その二——現実の利用と計画により招来されるべき利用との関係

第二に、現実の利用と計画により招来されるべき利用との関係について見てみよう。かかる観点には、第一で述べ

たことを再確認すると共に、計画により予定された利用が現状との関係でどのように扱われるのかを示している。

判決⑧によれば、新たに建築の予定されている地区においては、現実の利用がB1プランに合致して行われているのであり、これが通常であるという。他方、既に建築のなされている地区においても、現実の利用が次第に計画に適合していくことが見込まれる。このように現実の利用と計画上の利用とが合致している場合には、そもそも両者の評価の矛盾は起こりえない。したがって、紛争が生じた場合でも、現実の利用と計画上の利用を基準として判断を行えば足りる。しかし、問題が生じるのは、言うまでもなくこの両者が食い違っている場合であり、判決⑧もこのような食い違いが起こることを端的に認めている。それは、後者の既建築地区において、現実の利用と計画とが適合するまでの期間（「移行期間」）に起こる可能性がある。

それでは、かかる場合に計画上の利用の方が判断基準とされるかといえば、そのような根拠は——少なくとも連邦通常裁判所の考えに依拠する限り——見出せない。というのも、「将来の建設起業案」に関わっている公法上の形成行為（ここではBプランによる指定）が、「九〇六条に基づいて既に成立している所有権秩序」を直ちに排斥できるわけではないからである。それゆえ、現実に行われている利用を、計画により招来されるべき利用と合致させる必要はない。<sup>(24)</sup>したがって、既に第一で述べたように、九〇六条においては「最終口頭事実弁論終結時における現実の諸事情」を基準として場所的慣行性の有無が判断される。その際、計画上の状況を援用して場所的慣行性を基礎付けることはできないのである。

以上見てきたように、確かに、現実の利用と計画上の利用とが合致していることがおそらく通常の場合であり、想像しているほど問題は起こらないのかもしれない。<sup>(25)</sup>しかし、上記の第一点で掲げた判決例（計画を直接的な基準

としないもの：判決①②⑤⑥⑧⑨⑩⑬⑮）は現実の利用と計画上の利用とが食い違う場合であつて、このような事態が生ずる可能性は否定できないし、訴訟になるのはむしろかかる場面の方が多いであろう。これに対して、判例はここでも明確に、場所的慣行性要件の従来どおりの解釈に依拠して、現実の利用を基準とする態度をとっているのである。

(c) まとめ

以上の二点の態度からすれば、判例は、Bプランが九〇六条へ影響力を及ぼすことを認めていない。九〇六条における所有者の受忍義務を判断するにあたっては、相隣上の利用が計画に合致しているかどうかは重要ではなく、むしろ、事実の観点に照らしてその利用が場所的慣行といえるかが決定的とされているのである。したがって、一〇〇四条および九〇六条による民法上のイミッシオン防止・防御の制度は、建設計画公法およびその基本的な手法——その典型がBプラン——を顧慮することなく、独自に存在していることになる。

(3) 派生する問題点

しかしながら、このような判例の立場を通じて、不都合な事態が生じることになる。すなわち、判例の考えに従うならば、現行の計画法に基づき許容された（また建設許可を受けた）<sup>(26)</sup>建設起業案であっても、その際に九〇六条二項および一〇〇四条一項の要件を満たしている場合には、民法上の防御請求権の行使を受けることによってその建設起業案が禁止されてしまうのである。

詳細は後に検討されることになるが、かような結論に対しては、ひとまず以下のような評価を与えることができるだろう。一方では、九〇六条と建設計画法それぞれの意義や長所・短所に照らして判断すれば、両者は相互に独



立しており、かかる結論でもやむをえない、という評価である。<sup>(27)</sup>しかし、他方では、このような結論によって様々な障害が生じうる、という評価も可能であり、現在ではむしろこちらの評価の方が強く意識されているように思われる。<sup>(28)</sup>判例の立場をとれば、まず、個々の建設起業案およびそれを意図する建築主を法的に不安定な状態に置くことになる。ところが、さらには、土地への投資が著しく阻害されることになるという意味で、広く経済的社会的な影響をも及ぼす可能性がある。また、都市計画の実践という観点から見ると、計画上許容されたものがこのようにして民法上の手段によって覆されるといえるのは、市町村の計画高権（これについては上記第二節三(2)(c)参照）を背後から切り崩すことになりはしないか、という重大な懸念も生まれる。<sup>(29)</sup>

ところが、判例は、近年若干の新たな動向こそ見られるものの（この点については下記三参照）、以上の懸念や問題点に対して的確な回答を与えてはいない。そして、上で見てきたような、基本的に首尾一貫した態度をとり続けている。他方、学説においては、テニスコート判決（＝判決<sup>(10)</sup>）が——事案の解決としては妥当であったにもかかわらず——衝撃的な判断を導いたことを契機として、これらの諸問題について正面から激しい議論が展開されることとなったのである。

本稿の関心からは、これらの学説の議論が有益な示唆を与えてくれるものと思われる。そこで、次に、学説の議論を紹介し検討することとしたい。

- (一) H. Hagen, Probleme und Erfolge richterlicher Rechtsfortbildung im privaten Immissionsschutzrecht, UTR 21 (1993), S. 61.

- (二) この点に関する文献として、稲本洋之助ほか編『ヨーロッパの土地法制』（東京大学出版会、一九八三年）「藤田宙靖執筆」三

四八頁以下、三六三頁以下、三八三頁以下、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(一)——建築自由に関する予備的考察」自研五九卷一号(一九八三年)一〇一頁以下、高橋滋「現代型訴訟と行政裁量」(弘文堂、一九九〇年)九五頁以下、広渡清吾「第一部ドイツII都市計画と土地所有権——「建築の自由」の検討——」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)六〇頁以下、ウインフリート・プロームII大橋洋一「都市計画法の比較研究——日独比較を中心として」(日本評論社、一九九五年)六六頁以下、一六七頁以下、などがある。また、建設法典の邦訳に際しては、ドイツ土地法制研究会編(成田頼明II田山輝明監訳)『ドイツ建設法典「対訳」』(日本不動産研究所、一九九三年)が有益である。もっとも、同法典は一九九七年に改正がなされている。

(3) H.-J. Papier, *Sportstätten und Umwelt*, UPR 1985, S. 76f.

(4) もっとも、本文で述べたことは、簡易Bプラン einfacher Bebauungsplan、すなわち「建築利用の種類と程度、敷地内の建築可能な部分、および地域的交通用地に関する指定」を備えていないBプランには、適用されないとされている。簡易Bプラン発効地域では、簡易Bプランに加えて建設法典三四条もしくは三五条の規定も適用される(建設法典三〇条三項)。

(5) このような視点を良く示しているものとして Hagen, aaO, UTR 21 (1993), S. 61f.; J.F. Baur, in: *Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhauer-Kommenar*, Bd. 6, Sachenrecht, 12 Aufl. (1989), §903, Rn. 79.; P. Marburger, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, Gutachten C für den 56. DJT (1986), S. 47f.

(6) とはいえ、判例の立場によれば、場所的慣行性要件の判断は現実の諸事情を基準とする(そしてBプランによる指定は手がかりにすぎない)とされているから、各事件における諸事情についてはできる限り具体的に紹介しなければならないであろう。そのため、各判決について事案の概要の説明が多少冗長になっていることを、あらかじめお詫びしておきたい。

(7) 沢井裕「公害の私法的研究」(一粒社、一九六九年)九五頁以下にも紹介がある。ただし、差止命令の形式に関する判旨の部分のみである。

(8) 沢井・前掲注(7) 九六頁以下にも紹介がある。ただし、本質的な侵害に該当するかどうかの判断に関わる部分のみである。

(9) 沢井・前掲注(7) 一〇三頁にも紹介がある(ただし、事実と判決要旨のみ)。

(10) 沢井・前掲注(7) 一〇八頁以下、神戸秀彦「相隣共同関係理論と西ドイツ・イミション法の展開(二・完)」都法二七

卷一号（一九八六年）三五五頁以下にも紹介がある。

本判決では、場所的慣行性の判断をめぐってさらに、本件土地に設定された地役権に関して興味深い判示がなされている。本件土地は元々プロイセン国家所有であり、一九三三年から一九三九年にかけて開発されたものであった。その際、この土地の買主には、イミッシンオンを生じさせる営業全般を行ってはならない、および、その他の営業施設（商店・医療施設・保養施設・飲食店・酒場）も売主の書面による許可を得て建築し操作しなければならぬ、という義務が課されていた。そして、これに対応する地役権が、これらの土地の負担で登記されており、「周辺地域の村落的性格と静穏な郊外的性格とを保全することに資する」とされていた。かような事情について、連邦通常裁判所は以下の旨判断した。上告理由が正当にも強調しているように、「当時、用地全体が公共機関により分割されたが、その際、都市計画的観点の下で静穏な郊外的性格を保全するために、作用発生地の前権利者により、個々の分割地が地役権の負担を負わせられていた」ということが考慮されなければならない。「このことは、そこに居住している住民の現実の慣行と一般的な考え方に関する本質的な徴表である」と。以上の判示を見る限りでは、地役権の設定に関する事情は、場所的慣行性の判断にあたって、Bプランの指定よりも一層重視されていることになろう。

(11) 沢井・前掲注(7) 一二四頁以下にも詳細な紹介がある。なお、筆者の調査した限りでは、本判決を詳細に紹介する資料は見当たらなかった。そのため、本判決については、沢井・前掲注(7) 一二四頁以下に負うところが大きい。

(12) 沢井・前掲注(7) 一二九頁、鈴木美弥子「ドイツ環境法における公法と私法の交錯」早法七二巻三号（一九九七年）二二一頁にも紹介がある。

(13) 鈴木・前掲注(12) 二二三頁以下にも紹介がある。

(14) 鈴木・前掲注(12) 二二一頁にも紹介がある。

(15) 鈴木・前掲注(12) 二〇七頁以下にも詳細な紹介がある。

(16) スポーツ騒音に関する判決は、テニスコート判決以前にも既に見られた。しかし、ドイツスポーツ協会会長が「裁判史上類を見ない、スポーツに敵対的で環境に好意的な判決」と評したことにも端的に現れているように、本判決によって、スポーツ関係者や自治体関係者は大きな不安を抱くことになった。というのも、この判決の実際上の帰結として、住居地区の近隣のスポーツ施設が排除され、それゆえに市民のスポーツ活動も排除されることになるのではないかと危惧されたからである。他方、騒音に悩まされている近隣住民にとっては、スポーツ施設の協会や経営者を相手とって裁判上で争おうとする刺激が本判決を通じて生まれる

こととなったのである。また、以上の事情の背景には、環境に有害な施設や設備に対する住民の感覚がますます敏感になってきたことともある。そして、かかる背景の下で、スポーツと公園領域も紛争の対象とされたのである（C. Krähe, Sportstätten und Nachbarschutz, in: E. Schefflen, Haftung und Nachbarschutz im Sport (1985), S. 19f.; F.-J. Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, Jus 1987, S. 169.)。このような「スポーツと環境」の問題は、その後、各種の行政機関や議会の委員会などでも議論の対象とされている（Vgl. Peine, aO., S. 169, Fn. 8.）。なお、この「スポーツと環境」に関する議論は、独立した問題領域として検討すべきほどに奥の深い問題と認識すべきであり、本稿では必要な限度でしか言及できなかった。筆者の今後の課題とした。

また、この問題についてのまとまった検討としては、例えば、連邦内務大臣からの委託によりまとめられた鑑定（H. Pikart / K. Gelzer / H.-J. Papier, Umwelteinwirkungen durch Sportanlagen : Rechtsgutachten (1984, zit. Rechtsgutachten)）があり、H. Pikart, Bürgerlich-rechtliche Rechtsfragen bei Lärmbelastigungen durch den Betrieb von Sportanlagen im Wohnbereich, Rechtsgutachten, S. 5ff.; K. Gelzer, Umweltheinträchtigungen durch Sportanlagen aus öffentlich-rechtlicher (planungsrechtlicher) Sicht, Rechtsgutachten, S. 53ff.; H.-J. Papier, Wirkungen des öffentlichen Planungsrechts auf das private Immissionschutzrecht, Rechtsgutachten, S. 101ff. が所収されている。さらに、「住居地域におけるスポーツ施設——居住とスポーツ施設との環境紛争の解決——」というテーマで一九八五年三月一四日に法律学の専門討論が開催され、これを基にした論文が公表されており（Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 185ff.）こちらにはラング、ハーゲン、ゲンチユ、ザルツウェーデルの問題名の論文が収められている。

(17) 以下については、H. Hagen, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 194ff.; ders., Privates Immissionschutzrecht und öffentliches Baurecht, NVwZ 1991, S. 819.; M. Dolderer, Das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Nachbarrecht, DVBl. 1998, S. 20.; Marburger, aO., S. 103. また、ハイネは、特に第四の特殊な事情を根拠として、本判決の結論が「訴訟当事者の態度に対する裁判官の不満」と理解されることを恐れている（Peine, aO., S. 169.）。

(18) Hagen, aO., UPR 1985, S. 199.; A. Schink, Bau- und immissionschutzrechtliche Probleme beim Sportstättenbau in Wohngebieten, DVBl. 1992, S. 516.

(19) それゆえに、例えば、他の既存のテニスコートやそれを指定したBプランに対して、本判決の結論が直ちに影響を及ぼすこと

にはならないであろう。その影響力についても一般化することはできないのである (Hagen, aO, UPR 1985, S. 194)。

(20) Peine, aO, S. 169.; Dolderer, aO, S. 20.

(21) Hagen, aO, NVwZ 1991, S. 819.

(22) 一九九一年の時点でその旨の指摘がなされている (Hagen, aO, NVwZ 1991, S. 820) が、その後もこの点についての判決は出づいなきやうである (Vgl. MünchKomm/Sacker, Rn. 17, 88)。

Bプランとは異なるが、私的「計画」が争われた判決として、連邦通常裁判所一九九二年五月二二日判決 (NJW 1992, 2569) がある。本判決は、住宅団地の建設施工者により策定された「計画」に関する事件である。

事案の概要は以下の通りである。建設施工者は、全一三棟の住宅団地を建設する際、一メートルの高さの生垣で住宅団地の各家の境界を標示するという計画を立て、個々の土地の取得者と交わした契約にその旨の条項を記載した。ところが、土地を取得した者の一部 (被告ら) は、家屋の前庭を二メートルの高さの壁で囲ってしまった。そこで、別の土地取得者 (原告ら) は、境界に沿って建てられた壁を除去すること、および、生垣による囲いを設置することを求めた。その際、ノルトライン・ヴェストファーレン州相隣法三二条一項および三五条一項が「場所的慣行の囲い」を設置すべき旨規定していることから、この規定を根拠としたようである。控訴審裁判所は、本件計画が存在していたことを理由として、被告の土地利用が場所的慣行ではないと判断した。

これに対して被告らが上告したところ、連邦通常裁判所は以下のように述べた。「建設施工者によるかような計画は、場所的慣行な種類の囲いを決定することはできなかった。というのも、場所的慣行性の基準は、比較のために援用されるべき地区における、しかもこの論点に関する事実審の最終口頭弁論時における、現実が存在している諸事情だからである。この原則は、九〇六条という相隣法の規定の枠内で承認されている。以上のことは、土地所有者がノルトライン・ヴェストファーレン州相隣法三二条一項および三五条一項に基づいて隣人に対して場所的慣行の囲いの設置を請求する本件の事例にも、当てはまる」。もつとも、場所的慣行性の判断に際して基準とされるべき比較地区 (控訴審裁判所はこれを設定していなかった) は、近隣とは切り離された、本件住宅団地の地区だけに限られる可能性がある、とも述べている。以上を判示した上で、被告らによって設置された壁が場所的慣行の囲いを意味するかどうかについて判断させるために、連邦通常裁判所は事案を控訴審裁判所に差し戻した。

本判決では、建設施工者の策定した計画という点で、Bプランとは異なっていることに注意すべきである。しかし、この点を除けば、本判決の基本的な考えは従来の判決と同様である。すなわち、場所的慣行性の判断は、あくまで比較対象とされる地区にお

ける現実の諸事情を基準としており、(行政官庁によるものであれ私的なものであれ)「計画」と名のつくものは決定的な根拠とならない——せいぜい「手がかり」となりうるにすぎない——のである。以上の意味で、事案こそ異なっているとはいえ、連邦通常裁判所の基本的な立場が確認されていると言えよう。(Vgl. Staudinger/H. Roth, Rn. 185)。

- (23) 例えは, MünchKomm/Säcker, Rn. 18, 86ff.; Staudinger/H. Roth, Rn. 188.; Palandt/Bassenge, Rn. 24ff.; Marburger, aO, S. 103.; Hagen, aO, NVwZ 1991, S. 819.; Papier, aO, Rechtsgutachten, S. 101f. 付言しておくは、場所的慣行性の判断は「このように「事実としての性格を有する」(判決①)から、基本的には事実審裁判官による判断される。そして、上告裁判所は、事実審裁判官による判断が「正当な法的観点に由来しているかどうか」を審査することとなる。(Palandt/Bassenge, Rn. 24)。
- (24) 本文中で述べた通り、Bプランは将来の建築活動を規制・誘導するものであるから、そこに指定された内容を即時に実現すべき義務を生じさせるものではない。しかし、Bプランには、土地利用を積極的に決定する諸要素「積極計画」ないし「発展計画」も示されており、計画を積極的に実現させる一連の措置の法的な前提が創り出されている。(W. Krebs, Baurecht, in: Schmidt-Albmann, Besonderes Verwaltungsrecht, II Auffl. (1999), Rn. 87.; 広渡・前掲注(2)六五頁以下)。その典型が都市計画命令制度(建設法典一七五条以下)である。したがって、かかる命令が発令されるような場合には、本文中で述べたことは反対に、現実の利用と計画上の利用とを合致させなければならぬことになる。もっとも、これらの命令はほとんど利用されてこなかったと言われている。(W. Brohm, Öffentliches Baurecht (1997), S. 401ff.; プロームII大橋・前掲注(2)二五一頁以下参照。もっとも、広渡・前掲注(2)六八頁は威嚇の効果に注意を促している)。
- (25) U. Schmitz, Privat- und öffentlichrechtliche Abwehransprüche gegen Sportlärm, NVwZ 1991, S. 1137.
- (26) 既に述べたように(上記第二節三注(95)参照)、通説・判例によれば、建設許可は私法形成的な効力を有しないとされているから、民法上の防御請求権の判断にも影響を及ぼさない。したがって、建設許可を受けた建設起業案についても、Bプランで計画し許容された建設起業案と同様の事態が起りうる。
- (27) 例えは, Soergel/J. F. Baur, Rn. 11.; Staudinger/H. Roth, Rn. 190.; Palandt/Bassenge, Rn. 28.
- (28) Marburger, aO, S. 105f.; Hagen, aO, NVwZ 1991, S. 820ff.; MünchKomm/Säcker, Rn. 17ff. は、基本的には前掲注(27)の文献と同様の態度を示している。しかし、かかる態度から生ずる弊害に対処するために、九〇六条と建設計画法との調和という方向にも考察を進めている。この点について詳細は、下記三以下の議論を参照。

(29) Dolderer, aaO., S. 19.; Papier, aaO., Rechtsgutachten, S. 113ff. の点については、学説（下記Ⅲ）のところで詳しく見るとした。

（付記）本稿は、一九九七年・一九九八年度早稲田大学特定課題研究助成費（九七A一五一〇、九八A一〇二九）による研究成果の一部である。