

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一)

——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

一 相隣関係における調整の論理への注目

二 相隣関係における調整の論理と都市計画

第二節 問題意識と検討対象

一 問題意識

二 検討対象

本論

第一節 ドイツ法
第一節 関連規定の概観

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一) (秋山)

一 B G B 九〇六条の内容

二 関連規定との関係

三 イミッシォーンに関するその他の規定

第二節 B G B 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

三 B G B 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

第四節 ドイツ法の総括

結び ——日本法への示唆も兼ねて——

序 論

第一節 日本法における問題状況

民法は、個々の土地に所有権が成立することを前提としている。しかし、ある土地の利用は不可避免的に近隣における他の土地の利用に何らかの形で影響を及ぼすため、土地所有権相互の利用を調整する必要がある。そのために用意されているのが、相隣関係の制度である。⁽¹⁾しかし、土地の利用は相隣関係の制度のみで規律されるわけではない。今日では、公法上の様々な法規定が、さらには土地利用に関する諸計画が、土地の利用を規律するに至っている。

土地利用をめぐるこのような状況の中で、本稿は、相隣関係の制度で行われている土地利用の調整の論理（以下では「相隣関係における調整の論理」と呼ぶ）を、都市計画との関係で考察しようとするものである。

本稿がなぜ相隣関係における調整の論理を検討対象とするのか、しかもなぜこの論理と都市計画との関係に焦点を当てるのかについて、日本法における問題状況を概観しながらその問題意識を述べておこう。

一 相隣関係における調整の論理への注目

本稿の直接の機縁となつたのは、現代の都市法のあり方をめぐる議論⁽²⁾の中で指摘されてきた、都市計画および土地利用計画を眺める際の一つの視角にある。

1 現代都市法の意義

まず、現代都市法の意義について簡単に見ておこう。

都市は「多数の人々の経済的諸活動と生活の場」であり、しかも「形成と創造の対象」である。他方、都市の「物理的な基盤たる土地」は細分化され、個別の私的所有権の対象となっている。この土地所有権も、基本的には「使用・収益・処分」の自由な近代的「商品所有権」として国家法で保障されている。そうすると、「経済成長とともに都市が成長・発展していく場合にも、その都市の変容は、つねに、私的土地所有権の権能を媒介としたものにならざるをえない」。つまり、「都市の成長・発展の端緒的要素をなす個別の土地の具体的利用内容の変容は、自生的な形では、市場原理に基づく土地商品の運動を媒介として実現されていく」のである。

それゆえ、都市をめぐるとの両面に関しては、「目的意識的な形成・創造の対象であるべき」「共同の活動・生活空間」が法制度的には私的土地所有権の集合体の上に存立しているということ自体に根本的な矛盾がある。つまり、「共同の都市空間の目的意識的な形成の要請」と「その物理的基盤たる土地の私的・個別的支配の原則」との

矛盾である。⁽³⁾

したがって、「都市の成長・発展を多少とも目的意識的に秩序づけようとするれば、私的土地所有（権）に対する公共的・計画的コントロール——すなわち、土地の利用または所有に対する規制・誘導・保護・強制・公的取得など——が不可欠になる」。それゆえ、現代の都市法というのは、「都市環境をも含めた都市空間の形成（維持・保全と開発・整備・創造の両者を含む）」とその利用を公共的に実現・コントロールするための一連の制度的システムの総体」と定義される。⁽⁴⁾

このようにして、現代都市法においては、土地所有権の自由に依拠した都市の発展ではなく、都市法による公共的コントロールを通じての都市の発展が指向されている。その際に都市計画・土地利用計画が現代都市法において重要な役割を担っていることについては、それほど説明を要しないであろう。「市街地の土地利用に関する計画は、その形態や法律的性格の如何にかかわらず、都市に生活・活動する諸主体のさまざまな土地利用の要請相互の間で計画策定主体が一定の価値序列を選択・決定」しているものだからである。その意味では、土地利用のコントロールの方法として「計画」が用いられることは、都市法の「基幹要素」⁽⁵⁾である。

2 都市計画と「市民法的な権利の相互制限の論理」

このような指向を見る限りでは、とりわけ都市における土地の利用に関して、相隣関係における調整の論理がそこに介入する余地はほとんどないかのように見える。しかし、都市計画・土地利用計画を考察する際の視角として、相隣関係における調整の論理にも目が向けられていることに注意すべきである。そこで、いかなる視角が提示

されているのかを見てみよう。

(1) 「市民法的な権利の相互制限の論理」

広渡清吾教授は、都市計画による土地所有権の制限について考察する。まず前提として、相隣関係法によっても土地所有権は制限されるが、それは「私的な権利の相互関係」の問題にすぎない。都市計画による制限は「特定の地域空間の秩序付け」という公的な目的を持ったものでありその課題が異なる、としている。しかしながら、都市計画による土地所有権の制限が「土地所有権に対する外的対立物」から「所有権内容の内的形成の基準を指示するもの」に進んできたとのバドウラの理解に関連する形で、以下のように指摘する。すなわち、広渡教授は、渡辺洋三教授の叙述を紹介した上で、その叙述に「市民法的な権利の相互制限の論理から都市計画をながめる視角」を見出す。そして、「これは、都市住民の共同行為として都市計画を考えることに一つの示唆を与える」とした。⁽⁶⁾

ここで広渡教授が引用したのは、渡辺洋三教授による都市計画の理解の仕方であった。⁽⁷⁾そこで、渡辺教授の指摘も見ておこう。渡辺洋三教授は、土地基本法の成立を機縁に「今なぜ「公共福祉の優先なのか」を問題の出発点として、土地財産権についての憲法論的基礎づけを考察している。その際に、都市計画や土地利用計画に関して「興味深い」見方が提示されている。すなわち、渡辺教授は、土地はその特殊な性格に照らしてその内在的な制限の幅が広いことを指摘した上で、「もともと、市民法上の相隣関係の規定なども、内在的制約の古典型である。また現代都市社会の都市計画や土地利用計画は、その現代版である。これらの計画は、地域社会の住民の共同利益のためであり、憲法論的には、第十三条の幸福追及権及び地方自治権に根拠が求められる。何のために計画を必要とするかといえ、それによって地域住民全体の幸福と生存権を守るためである。このような計画理念によって、個

人の財産権が制限されることは、憲法上の内在的制限である」と理解していたのである。⁽⁸⁾ 広渡教授は、このような渡辺教授の理解を踏まえて、「市民法的な権利の相互制限の論理から都市計画をながめる視角」を提示したのである。

広渡教授が指摘するように、⁽⁹⁾ 渡辺教授のこの考えは、「生存権的な土地利用権」が公共の福祉による制限（渡辺教授によれば憲法二九条二項の公共の福祉による制約）に服さないという解釈を支えるために、都市計画的制限に内在的制限（渡辺教授によれば憲法一二条および一三条の公共の福祉による制限）としての位置付けを与え、したがって「生存権的な土地利用権」も内在的制限たる都市計画的制限には服する、という意味であろう。⁽¹⁰⁾ それゆえ、それ以上の含意はないのかもしれない。しかし、土地所有権に対する内在的制限という枠組みにおいてとはいえず、そこでは都市計画・土地利用計画が民法上の相隣関係規定の「発展型」とされており、この両者が延長線上にあるものと捉えられている。この点を踏まえて「市民法的な権利の相互制限の論理から都市計画をながめる視角」が提示されたことは、本稿の問題関心にとっても重要な点である。

もちろん、広渡教授自身も、「市民法的な権利の相互制限の論理」という「私法的な論理」のみでは公共空間に関わる都市法を説明することはできない、⁽¹¹⁾ としている。また、相隣関係の制度のような私的所有権相互の利害調整は、私的所有権に対する制約となるが、「しかしそれ以上のもではない」⁽¹²⁾ とさえ評価している。しかしながら、現代都市法の論理を構成する際には、「福祉国家的な所有権への国家の介入の筋道」に加えて、「都市共同体の市民の相互拘束という筋道」⁽¹³⁾ からも理解しなければならず、両者の筋道は統合可能でありまた統合して理解する必要があると指摘している。⁽¹⁴⁾ したがって、「市民法的な権利の相互制限の論理」ないし「都市共同体の市民の相互拘束と

いう筋道」は、都市計画を考察する際の一つの大きな手がかりを提供するものと考えられているのである。

(2) 「市民的公共性論」から見た都市計画像

同じような視角は、吉田克己教授にも見出される。吉田教授は、「市民的公共性論」の問題提起を踏まえて、これを土地法・都市法の領域においても展開しようと試みている。⁽¹⁵⁾

吉田教授は、まず、一九八〇年代の土地法制再編過程における「公共性」と「計画」の関係について以下の認識を示す。すなわち、一方では公共部門から公権力が撤退し、他方では国家と複合体を形成する企業が「公共性」の担い手として特権ないし利益を付与されるようになったとの分析から、「公共性」観点の変質・再編が指摘され、かかる「公共性」観念を媒介するのが「計画」(再開発地区計画や住宅地高度利用地区計画)であるとす。

そして、このような「公共性」観念の再編に対して、吉田教授は、土地法・都市法の領域における「市民的公共性論」を試論として対置する。「生活領域の主体たる「市民」にとって生活環境・都市のあり方は、「市民社会」全体の共同的で社会的な公共事である。そのあり方は、市民全体の利害に関わるが故に、市民の全体で、あるいは彼らの意思を反映して決定されるべきである。つまり、市民的公共性は、根本的には市民の自己決定に基礎を置くのである。⁽¹⁷⁾このように述べた上、都市の「計画」というのは「このような市民の共同意思の結晶」であり、「公共性」を表現するものであるとされる。したがって、「計画」は、当然に私的利益の追求に優先し、その限りで私権制約的機能を果たすが、その目的は市民の良好な生活環境・都市環境の維持・形成であり、また手続的にも、そこには上から押し付けられる権威的な性格は存在しない」とした。⁽¹⁸⁾

吉田教授のこの議論からは、以下のような「計画」像を抽出することができよう。⁽¹⁹⁾良好な生活環境・都市環境を

維持・形成するために市民が自己の私権を互いに調整して譲歩し合い、そのような過程を通じて決定された「計画」に市民は拘束される、という「計画」像である。つまり、都市計画は、公共性を体现するものとしての市民の相互拘束から説明されているのである。したがって、吉田教授の議論の中にも同様に、広渡教授の提示した「市民法的な権利の相互制限の論理から都市計画をなごめる視角」⁽²⁰⁾ないし「都市共同体の市民の相互拘束という筋道」を見出すことができるであろう。

3 相隣関係における調整の論理への関心

現代都市法におけるいくつかの指摘を概観してきたが、これらの指摘はいずれも、相隣関係の制度自体を直接的に検討するものではなかった。

だが、その点を差し引いたとしても、現代都市法は、相隣関係における調整の論理の検討を促している。というのも、上記指摘において鮮明に示されているように、「市民法的な権利の相互制限の論理」ないし「都市共同体の市民の相互拘束という筋道」は、都市計画を考察する際の重要な手がかりとされていたからである。それぞれどこか、広渡教授の指摘にもあるように、かかる論理ないし筋道は、考察の際の手がかりを越えて、現代の都市法および都市計画の論理を構成するための重要な要素ともなりうるし、またそうならなければならないとされていたのである。その際に、広渡教授および渡辺教授から名指しされたように、相隣関係の制度においてなされる土地所有権の制限がかかる論理ないし筋道を典型的に体现していることは間違いない。

しかし、「市民法的な権利の相互制限の論理」およびその範疇としての「相隣関係における調整の論理」が都市

計画にとってこれほど重要なものとして理解されることは、次の段階として、かかる論理がそもそもいかなるものであるのか、とりわけ、都市計画の文脈の中でいかなる内容を持ち、いかなる意味を果たすのか、といった疑問を必然的に導きざるをえないであろう。

したがって、このような疑問を受けて、民法学の立場からも「市民法的な権利の相互制限の論理」を検討する必要性が生まれていると言えるであろう。そこで、本稿は、この「市民法的な権利の相互制限の論理」を典型的に体现していると思われる「相隣関係における調整の論理」を対象として、この論理を解明したいと考えるのである。

二 相隣関係における調整の論理と都市計画

そこで次に、相隣関係の制度において調整の論理がどのように説明されているのかを見てみよう。

1 一般的な説明に対する疑問

相隣関係の制度においてなぜ調整が必要とされるのか、そして、調整によっていかなる目的が達成されるのか、という点を中心として一般的な説明をまとめれば、おおよそ以下のようになるであろう。⁽²¹⁾

個々の土地での利用は周囲の他の土地にも密接に影響を及ぼしうるから必然的にその土地利用間で調整が必要となり、そのために相隣関係の制度が認められているとされる。ここでは、相隣関係によって一方の土地所有権が制限を受け他方の土地所有権はその分だけ効力が拡張されるという形で、調整が図られている。なお、相隣関係は

「所有権ノ限界」の節に規定されているが、地上権者間および地上権者と土地所有権者間に準用される（二六七条）だけでなく、永小作権や土地賃借権にも及ぶべきと解釈されている。

以上の説明は、主として土地利用の調整という観点に基づくものである。しかし、都市空間の形成ないしは私的所有権のコントロールという現代都市法の意義に照らしてみれば、さらに注目しなければならないのは、かかる調整が土地利用の形成にどのように作用しているのかである。そこで、土地利用の形成という観点から相隣関係制度の一般的な説明を見てみると、例えば、不動産の有効な利用を確保すること⁽²²⁾、所有権の機能を最大限発揮させること⁽²³⁾、隣接する不動産所有権の共存もしくは共同生活の円満を図ること⁽²⁴⁾、などの目的が見られる⁽²⁵⁾。しかし、土地利用の形成という観点には言及しない論者も多く、かかる観点はそれほど意識されていないのが現状であると思われる。また、上述の指摘がなされている場合にも、どのような調整の仕組みを経由してこれらの目的が達成されるのか、また、そもそも土地利用の形成という観点の中でこれらの目的が他の制度や手段との関係においてどのように位置付けられるのか、このような点にまで踏み込んで説明がなされることはほとんど無い⁽²⁶⁾。

このような一般的な説明によるならば、相隣関係における調整の論理はひとまず以下のように特徴付けることができるであろう。

第一に、調整の対象が土地所有権相互の関係であることは当然であるが、その場合の「土地所有権」とはあくまで隣接している土地を意味しているものと解される。つまり、「狭義の相隣関係」⁽²⁷⁾を念頭に置いて説明がなされており、それ以上の例えば近隣地域といったより広い空間を対象とするものではない。

第二に、調整の目的については、適切な土地利用の確保といった点におおよそまとめることができるであろう。

もつとも、第一点の指摘と考え合わせると、かかる目的は個別の土地において適切な利用が確保されるという意味であることに注意を要する。例えば、空間や国土の適切な利用といった含意は含まれておらず、個別の土地所有権間での調整およびそれを通じての、個別の土地の適切な利用の確保がもつばら目的とされているのである。

しかし、相隣関係における調整の論理に関してこれまで説明されてきたことは、現代都市法からの問題提起に耐えられるほど十分なものと言えるだろうか。筆者の見限りでは、かかる説明ではいまだ不十分であるとの印象を抱かざるをえないように思われる。

相隣関係の制度は土地利用を調整することを主要な目的としているから、土地所有権を想定するならば、それは土地所有権間の権利の調整に関する制度ということになる。この点に何ら異論はないが、しかし、「土地利用の規律」という側面から見た場合はどうかであろうか。土地利用の規律には、私権の調整にとどまらないさまざまな要請（とりわけ公益的な要請）も考慮されているはずである。したがって、相隣関係の制度も、土地の利用が近隣に必然的に影響を及ぼしうることを理由としてそれを規律しているのであるから、単に土地利用を調整して適切な利用を確保するという説明だけでは不十分であろう。その調整がいかなる構造を経て適切な利用を確保するのか、また、土地利用を規律するという重要な役割を担っていることからすると、単に適切な利用の確保という説明だけで足りるのか。このような疑問が生じざるをえない。⁽²⁸⁾

したがって、相隣関係における調整の論理は、いまだ十分に解明されているとは言い難い。かかる現状では、相隣関係における調整の論理（および「市民法的な権利の相互制限の論理」）の側からは、現代都市法論の上記指摘に対して何らの働きかけもなされていないのではなからうか。

2 現代都市法の指摘に應える手がかり

しかしながら、相隣関係制度の側からの働きかけが従来全く見られなかったわけではない。本稿の検討対象とする相隣関係における調整という視点からは、沢井裕教授と東孝行判事の分析が示唆的であり重要と思われる。そこで、それぞれの分析について見ていくことにしよう。

(1) 沢井教授の指摘

この点について極めて示唆に富む重要な分析をしているのが、沢井裕教授である。沢井教授は、狭い近隣地域という固有の相隣関係（狭義の相隣関係）における「衝突する権利の衡平な調整」の理念を出発点として、イミッシェーションのような土地利用に伴う継続的紛争の衡平な解決を論じた。⁽²⁹⁾

沢井教授は、調整という観点を強調する。すなわち、最も典型的で日常的な相隣紛争は「加害者の正当な土地利用に不可避免的に伴う侵害と被害者の自衛的な排除要求との対立」であるから、加害者の利用権と被害者の排除権とを調整して共に土地利用が十分になしうるようにする必要がある。紛争のかかる特質に鑑みれば、「端的に調整の観念を取り入れるべきである」。その結果、被害者の排除権は、加害者の土地利用の停止という強い効果から有害作用の防止設備の設置要求という中間的解決さらに補償という弱い形に至るまで、様々な形態で調整される。⁽³⁰⁾

この調整を人的側面から見ると、相隣者が継続的に接触しつつ活動していることから、「一般第三者間よりも非常に高度の互換性がある」ということがその著しい特徴であるとされる。そして、これは以下の二つの形で具体化するという。第一は、加害者の立場についてであり、加害者は、「損害を防止乃至減少すべき義務も一般第三者より

も高度であり、むしろ契約当事者に準ずる信義則上の義務を負う」とされる。その理由は、相隣者が相互に相手方の利用を尊重することによって相互の土地利用の効率を高めなければならないこと（「相互顧慮義務」）、および、高度な互換可能性ゆえに自分の被害を減少させるためには自分の加害を減少しなければならないことである。第二は、被害者の立場についてであり、相隣者は相互に相手方の侵害を受忍しなければかえって自分自身の利用をも阻止されることになるという、やはり高度の互換性に基礎を置く相互顧慮義務から以下の二つの受忍義務が導かれる。一つは、場所的慣行上の土地利用方法による侵害は禁止できないということ、もう一つは、当該行為によって加害者の得る利益と被害者の被る利益を相関的に衡量して、前者が著しく大なるときは禁止できないこと、である。⁽²¹⁾

以上が沢井教授における調整の原理であるが、本稿の問題関心にとって重要なのはこの先である。沢井教授の分析は、さらに「相隣関係の拡大、分解と調整の原理」にまで及んでいる。すなわち、日本民法における相隣法が第一義的には狭義の相隣関係を対象としていることを確認しつつ、相隣紛争の社会的拡大を指摘される。

騒音・ガスなどのイミッシオンの及ぶ範囲は生産規模の増大や技術の進歩に伴ってますます広がっており、距離的近接を中心とする従来の相隣関係論では対処できなくなつた。つまり、「紛争が単なる二当事者間に限らず、それだけ公的（パブリック）性格を帯びるにいたつた」のであり、それに対応する新しい受忍義務の基準、すなわち「その企業の有用性と企業に伴う侵害の社会的、公益的観点からの価値判断」が必要である。しかし、沢井教授によれば、この段階では依然として相隣関係における調整の原理が妥当するという。というのも、「受忍義務の規準が社会化したということを除けば、…物権と物権との衝突、互換可能性ということ自体は何ら距離的近接と関係

はない」からである。

しかし、企業からの排出があまりにも拡大した場合や大気汚染の場合には、自己の排出をできるだけ防止・減少すべき相隣者の義務というよりはむしろ「社会一般、公共に対する義務」が語られるようになる。このことは、「これらの紛争の解決（防止または補償）はもはや私法の手をはなれ、公法の領域に移ったことを示している」。ここに至って、相隣関係の分解が生じることになる。

だが、かかる拡大・分解に対して、相隣法はそれを自己の領域に呼び戻すための論理を備えている。「相隣法は場所的慣行上の土地利用を保護（場所的慣行上の土地利用方法とはその地域におけるもっとも高度の互換可能性を指す）することによって——紛争の地域性を保持し相隣関係の拡大分解を防いで自己の領域を確保せんとして結果的に——住居地域商業地域ならびに工業地域の分離、独立を促進して私的自治による都市計画の機能を果たす」ことになる。したがって、「相隣法は単なる古色蒼然たる制度にとどまるものではない」と結論付けるのである。⁽³²⁾

沢井教授の分析は、主としてドイツ法の考察に示唆を得てかかる結論を導いたものと考⁽³³⁾えられる。この点については留意しなければならないが、しかし、相隣関係に関する基本的な考え方にまで及ぶものとして、その分析の中には、相隣関係における調整の論理を——とりわけ都市計画との関係で——考察する上での重要な指摘が含まれている。すなわち、相隣紛争の拡大現象を念頭に置いた上で、「私的自治による都市計画の機能」が語られているからである。それを敷衍しておこう。

沢井教授によれば、場所的慣行上の土地利用を保護することによってその地域における土地利用方法の高度の互換可能性が維持されるため、例えば住居と工場という互換可能性の乏しい利用が両立することはありえず、その地

域に適合した互換可能性を有する利用のみが維持されることになる。したがって、このような相隣法における調整を通じて、土地利用の用途が分離・独立されることになるというのである。この指摘には、二つの点で重要な意義がある。一つは、相隣関係の制度に関する一般的な説明以上に、調整の構造が明らかにされたことである。すなわち、〈被害者は場所的慣行の土地利用による侵害を禁止できない〉というメルクマールを用いることによって、調整が行われるというのである。もう一つは、調整の結論が都市計画の機能と類似していることである。「場所的慣行上の土地利用」というメルクマールを通じて調整が行われる結果、住居・商業・工業といった土地利用の用途がその地域における互換可能性を通じて区分されることになる。かかる帰結は、都市計画法における用途地域制の基本的な理念とまさしく同一である。したがって、調整を通じての「都市計画の機能」は、用途地域制類似の機能という形で示されたことになる。⁽³⁵⁾

このような沢井教授の分析によれば、先に見た一般的な説明と比較して、相隣関係における調整の論理の内容が以下のように再構成される。まず、隣接する土地間に限られない紛争を対象とする点で、調整の論理の対象が拡大されている。さらに、土地利用への働きかけが、土地利用の効率性を高めることに加えて、用途地域制類似の「都市計画の機能」にまで拡張されているのである。仮に、このような再構成が許されるならば、現代都市法における上述の指摘にも応えられる可能性があるであろう。すなわち、相隣関係における調整の論理が都市計画とも密接な接点を持ちうるということが、都市計画の理解にも何らかの影響を及ぼすのではないかと思われるからである。

(2) 東判事の指摘

さらに、東孝行判事による相隣法の「基本原則」の展開⁽³⁶⁾にも、相隣関係における調整の論理を考察するための手

がかりが見出される。

東判事によれば、日本法においては相隣規定の厳格な解釈によって解決できない場合を権利濫用の原則によって解決する傾向が見られるが、⁽³⁷⁾権利濫用の原則の一般条項としての性格ゆえに、そこから直接に権利義務を導くならば法的安定性が阻害される。そこで、相隣法の基本原則を確立する必要があるとされる⁽³⁸⁾。このような問題意識から、東判事は、ドイツ法における相隣共同体関係理論⁽³⁹⁾を参照しつつ相隣法の「基本原則」の展開を試みる。

本稿の観点から興味深いのは、この「基本原則」がいかなる内容から構成されているかである。

東判事によれば、まず、「相隣者間において相互に互助協力の義務が存する」との認識がその内容となっている。この「相隣者間の相互顧慮の義務」は、直接的にはドイツ法における相隣共同体関係理論の中心的内容であるが、立法過程・判例・学説の分析を通じて日本法においても同様に一貫して認められるとする⁽⁴⁰⁾。

しかし、「基本原則」で考慮されるのはこれだけではない。東判事は、各規定の立法趣旨を考慮して、「社会経済的観点、衛生的観点、紛争予防的観点などの公益的観点」をも指摘する⁽⁴¹⁾。すなわち、「相隣者間の相互顧慮の義務」は、このような客体ないしその作用の公益上の重要性（圍繞地通行権であれば土地の効果的利用のために公益上重要であること…筆者注）を考慮に入れて理解されるべき⁽⁴²⁾であり、結局、「公益的観点は、相隣者間の相互顧慮の義務の前提としての意味を持ち、右の相互顧慮の義務とあいまって相隣法の基本原則の内容」となるのである。その際、民法一条の指導原理との関係で、「相隣者間の相互顧慮の義務」は信義則⁽⁴³⁾を、「公益的観点」は公共の福祉の原則⁽⁴⁴⁾を、それぞれ具体化したものと理解すべきであるとしている。

したがって、東判事によれば、相隣法の基本原則の構造は「相隣者間の相互顧慮の義務が一方では個人対個人の

利益調整という柱（信義則）に、他方では個人対社会ないし国家の利益調整という柱（公共の福祉の原則）にそれぞれ支えられている⁽⁴⁴⁾というのである。

東判事の分析は、主として法的安定性・予測可能性の確保を出発点としており、ここで展開される相隣法の基本原則も基本的にはこの出発点に資するためのものである。しかし、その分析の過程の中では——沢井教授が主眼としていた——調整の構造についても言及している。沢井教授は「場所的慣行の土地利用」というメルクマールを通じて調整を行うことを明らかにしたが、東判事の分析はむしろ調整の構造それ自体に迫り、調整の二面構造を明確に指摘した点に重要な意義がある。すなわち、相隣法における調整は、一方では個人対個人の利益調整により、他方では個人対社会ないし国家の利益調整により、それぞれ構成されている。この場合、「公益的観点」は間接的に調整に組み込まれるのではなく、調整の本来的な枠組み（すなわち「個人対社会ないし国家の利益調整」）として組み込まれることが重要である。というのも、東判事は、各規定の立法趣旨からかかる「公益的観点」を導き、これを相隣法の基本原則として設定しているからである。

もっとも、「公益的観点」として東判事の想定するものは、以下のように限定されている。すなわち、ここで考慮される利益の規模は「いずれも小規模で私的生活の狭い領域の問題」であり、したがって、「例えば袋路における巨大な営業、越境した上層建築に見られるような鉄筋鉄骨コンクリート建築のための穿掘など将来において大規模化する問題を潜ませている」としているのである。それゆえ、この「公益的観点」として考慮される利益がかなり限定されるのではないかとこの疑念も生じうる。⁽⁴⁵⁾

しかし、東判事の挙げた「公益的観点」のうち、とりわけ「社会経済的観点」および「衛生的観点」については

別の見方も可能である。というのも、これらの観点が都市法および都市計画の生成の原動力となったことはしばしば指摘されており、これらの「公益的観点」に盛り込む内容如何によつては、土地利用の規律という点に関して新たな役割が相隣関係制度に割り当てられる可能性がある⁽⁴⁷⁾。東判事の分析により「公益的観点」を通じて調整の構造が解明されたことは、相隣関係における調整の論理に対して投げかけられた現代都市法の指摘に因應するための、一つの重要な手がかりを与えてくれるように思われる。

(1) 本稿の対象とする相隣関係の制度とは、民法典に定められた相隣関係の規定のみを指すものではない。形式的には民法典の他の条文で解決されている問題であっても、実質的に相隣関係という枠組みで捉えることのできるもの（またそう捉えるべきもの）であれば、かかる問題も本稿の対象とする相隣関係の制度に含まれている。その意味で、東・後掲注（36）神戸一五卷三号五三二頁の指摘する「実質的意味における相隣法」である。

(2) この議論を代表するのが、原田純孝「序説 比較都市法研究の視点」原田純孝ほか編『現代の都市法』（東京大学出版会、一九九三年）三頁以下である。もちろん、この議論は突如として現われたものではない。既に、「土地問題―土地政策―土地法」という枠組みの中で、主として土地所有権のあるべき姿の検討（とりわけ土地所有権が私的個別的支配権であると同時に都市空間を形成するという二重の性格にどう対応するか）を中心として土地法をめぐる諸現象の分析を試みる作業が行われていた。しばしば「現代土地法」と呼ばれるのがこれである（渡辺洋三二『稲本洋之助編『現代土地法の研究・下』（岩波書店、一九八三年）がその代表的研究である）。しかし、原田・前掲論文七頁以下が指摘するように、かかる現代土地法の枠組みでは捉えられない視点、すなわち、都市開発政策の背後にある「都市形成の目的、手法、その制度的論理、目標とする都市イメージについての考え方や観念」が、土地法制の展開に決定的に作用しており、これをも把握する視角が要請されるようになった。また、これらの現象を土地法現象としてのみ理解することは、問題を縮小化する恐れも生じさせていた。以上の反省を踏まえて、「現代都市法の形成と展開」というより広い視角から事態を相対的に捉え直してみる作業が必要になって」おり、かかる作業が現代の都市法のあり方をめぐる議論へとつながっているのである。

もちろん、このような議論が一つの見解に収束しているわけではないが、多くの点で問題関心を共有した理論的潮流として、現

代都市法論の存在が既に指摘されているところである。その内容の一部分については本稿でも言及するが、さらに、全体の内容および土地所有権法における位置付けについては、吉田克己「現代市民社会の構造と民法学の課題2」「3」法時六八巻一、二号（一九九六年）四九頁以下、法時六九巻一、二（一九九七年）一〇九頁以下（とりわけ一一一頁以下）において的確にまとめられている。なお、原田論文および吉田論文からは、本稿と直接に関係しないところでも多くの示唆を得ており、また、都市問題に対して民法学の立場からも積極的に取り組む必要性を痛感させられた（原田・前掲論文二〇頁以下、吉田・前掲論文「13」法時六九巻一、二号六一頁以下参照）。

(3) 原田・前掲注(2)五頁以下。

(4) 原田・前掲注(2)九頁。

(5) 広渡清吾「第一部ドイツ法I総論——都市法の論理と歴史的発展」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）三四頁。

(6) 広渡清吾「第一部ドイツ法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。

(7) 渡辺洋三「土地財産権についての基本的考え方——その憲法論的基礎付け——」法民二五五号（一九九一年）三頁以下。

(8) 渡辺・前掲注(7)七頁。

(9) 広渡・前掲注(6)「都市計画と土地所有権」五五頁。

(10) 角松生史「『古典的取用』における『公共性』の法的構造——一八七四年プロイセン土地取用法における『所有権』と『公共の福祉』(一)——」東社四六巻六号（一九九五年）一七頁注(32)も、この点を指摘している。すなわち、「公共の福祉」否定論を貫くために、渡辺教授はあえて「都市計画制限を相隣関係のような「内在的制約」と説明するというかなりの無理をもあえてしようとする」と角松助教授は評価している。もともと、「公共の福祉」概念の扱いについては措くとしても、仮に都市計画が相隣関係における調整の論理によっても把握できるとされるならば、かかる都市計画による財産権制限に「内在的制約」という位置付けを与えることも可能となるのではないかと思われる。

(11) 広渡・前掲注(6)「都市計画と土地所有権」五五頁。なお、戒能通厚「戦後日本の都市形成とその法理」東京大学社会科学研究所編『現代日本社会6問題の諸相』（東京大学出版会、一九九二年）二九八頁の指摘も参照。

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一)(秋山)

(12) 広渡・前掲注(5)「総論」三二頁。

(13) かかる筋道は、アメリカ法における土地利用規制（ゾーニング）の正当化の説明として見られる。渡辺卓美「第四部アメリカ
III土地利用規制」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）四六三頁によれば、以下のように説明されて
いる。望ましい土地利用とは財産価値の総和を高める土地利用であるとの前提の下で、しかし、土地利用は隣接地・周辺地への影
響という外部効果を有するから、これを内部化して市場機構を補充し、地域の各私的所有権の財産的価値の総和をできる限り高め
る必要がある。そこで、コモンスターにおいて「所有権の濫用をチェックする法原理」「他人を害しないようにして汝の財産を用い
よ」に従って政府がニューサンス（public nuisance）一般公衆の健康・安全・道徳・便益等を侵害する行為）に対してポリス・パ
ワーを行使できること」に基づいて、「隣接地・周辺地に対してニューサンスに類似した影響を及ぼす土地利用に対して総合的・
統一的にポリス・パワーを行使できる」としたのがゾーニングである、と説明されている。なお、イギリス法においても、私人間
の合意に基づく「土地利用制限約款」が、土地利用規制において重要な意味を持つてることが指摘されている（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）一三〇頁以下〔内田勝一執筆〕）。

もつとも、アメリカ法における土地利用規制の正当化に関する上記説明は、ニューサンスの法理に基づくものとはいえず、その背
後には経済価値の総和を重視する理論が存することに注意を要するであろう。すなわち、かかる説明がそのまま都市計画の説明と
して持ちこまれることになれば、商品交換の論理によらない目的意識的な都市形成という現代都市法の目的と矛盾することになる
からである。

(14) 広渡・前掲注(5)「総論」五一頁注(1)参照。

(15) 参照すべき文献は多数あるが、さしあたって、宮本憲一編著『公共性の政治経済学』（自治体研究社、一九八九年）所収の諸
論文、室井力「国家の公共性とその法的基準」室井力ほか編『現代国家の公共性分析』（日本評論社、一九九〇年）三頁以下、ユ
ルゲンハーバーマース（細谷貞男・山田正行訳）『公共性の構造転換「第二版」』（未来社、一九九四年）などを参照。また、「公共
性」研究の現状と課題を分析している、角松・前掲注(10)一頁以下も参照。

(16) 吉田克己「土地基本法体制論——土地をめぐる企業・市民・国家——」法科一九号（一九九一年）四八頁以下。

(17) 吉田・前掲注(16)五八頁。なお、吉田教授は、より広い「生活利益秩序」を対象として以下のように述べている。「生活世
界の外部環境は、不特定多数の市民の接近が可能であり、あるいはそのあり方が市民総体の利害に重要な影響を及ぼすという意味

で、これまた一の「公共圏」である。そしてそこでの安全性の確保やその質の確保を始めとする生活利益秩序のあり方は公共的な性格を有し、その内容をどのように定めるかは、公共事に属する」(吉田・前掲注(2)「15完」法時七〇卷三号八六頁)。

(18) 吉田・前掲注(16)五七頁以下。また、五十嵐敬喜教授も、やや異なる観点からではあるが同様の認識を示している。五十嵐教授によれば、都市法は、建築不自由の原則を前提とした上で、「所有権を行使させるための創造法」(つまり建築者に権利を付与する法)として、さらには、「共通の目標である優れた都市空間を積極的に実現するためのルール」たる「真の創造法」として構成されるべきとする。その結果、権利と義務は一体化したものととして觀念され、公共性もこれに沿って再構成される。つまり、権利と義務とが分離して觀念されている場合には、公共性は「権利を制限する御上」としてしか意識されず、また実際もそのような機能しているが、しかし、両者を一体化したものと理解する場合には、「個々の利害が町づくり規範となって公的に調整されるのであり、そこには公と個の矛盾や、個と個との間の不公平は認められない」。五十嵐教授は、これを「真の意味での公共性」と呼んでいる(以上については、五十嵐敬喜『検証土地基本法——特異な日本の土地所有権——』(三省堂、一九九〇年)一〇頁以下、一〇六頁以下参照)。吉田教授も、かかる五十嵐教授による公共性論について、「個々の利害の水平的な調整の結果として獲得される公共性は、「市民的公共性」と特徴付けるにふさわしい」と評価している(吉田・前掲注(2)「3」法時六九卷一号一一頁)。

(19) 本文では吉田教授の指摘を「計画」像から捉えたが、吉田教授の関心は、さらには「市民的公共性の民主主義モデルないし自己決定モデル」にも及んでいる。すなわち、吉田・前掲注(2)「15完」法時七〇卷三号六八頁、および、同・「民主主義・自己決定権・市民的公共性」法科二六号(一九九七年)一三四頁以下では、市民的公共性の内容形成における「社会の自己決定」、より根本的には「自らが属する社会のあり方に関する個人の自己決定権の観点」からの基礎付けが強調されている。

(20) 本稿は「市民法的な権利の相互制限の論理」(具体的には相隣関係における調整の論理)に焦点を合わせているため、「市民的公共性論」の中にかかる視角を見つけることができれば、本稿の問題意識にとつてはそれで一応の目的を達したことになる。しかし、「市民的公共性」と「計画」との関係を広く捉えて考察するならば、おそらくより具体的な実例を通じての実証的な研究が必要であろう。この点で興味深い近時の研究として、例えば、尾崎一郎「近隣騒音紛争の処理過程——法の拡大と限界をめぐって——」国家一〇四卷九二一〇号(一九九一年)一〇三頁以下、同「都市の公共性と法——マンションにおける生活と管理——」(二)(三)(四・完)法協一一三卷九号一三四頁、一〇号一四六五頁、一一号一五三三頁、一二号一六八五頁(一九九六年)、五十嵐敬喜野口和雄池上修「『美の条例——いきづく町をつくる』(学芸出版社、一九九七年)、宗野隆俊「地区計画と公共性

の構築（一）（一・完）早研七八号一七五頁以下、七九号二六三頁以下（一九九六年）が挙げられる。

(21) 以下の説明で参照したのは、舟橋諱「物権法」（有斐閣、一九六〇年）三四七頁、我妻栄「有泉亭補訂」『新訂物権法（民法講義II）』（岩波書店、一九八三年）二八二頁以下、稲本洋之助「民法II（物権）」（青林書院新社、一九八三年）二七二頁以下、広中俊雄「物権法（第二版増補）」（青林書院、一九八七年）三七六頁以下、田中整爾編「現代民法講義2物権法（第二版）」（荒川重勝・下村正明執筆）（法律文化社、一九九八年）一九六頁以下。

(22) 例えば、田島順「物権法」（弘文堂、一九三五年）一四九頁、舟橋・前掲注（21）三四七頁、中尾英俊「物権法」（青甲社、一九七八年）三四頁、松坂佐一「民法提要・物権法」〔第四版〕（有斐閣、一九八〇年）一四六頁、石田喜久夫「口述物権法」（成文堂、一九八二年）一六七頁、槇梯次「物権法概論」（有斐閣、一九八四年）一七七頁、水本浩「遠藤浩編「物権法」」（丸山英気執筆）（青林書院、一九八五年）一〇六頁、広中・前掲注（21）二八二頁、甲斐道太郎編「物権法」（鈴木龍也執筆）（青林書院、一九九三年）七五頁（ゾーニングによる計画的土地利用も相隣関係の現代的展開と見ることが可能であるとする）、山川一陽「物権法講義」（日本評論社、一九九四年）二〇九頁、鈴木祿弥「物権法講義」〔四訂版〕（創文社、一九九四年）九頁、北川善太郎「民法講義II物権」〔第二版〕（有斐閣、一九九六年）九七頁。

(23) 例えば、川島武宜「民法I総論・物権」（有斐閣、一九六〇年）一九六頁、原島重義ほか編「民法講義2物権」〔新田敏執筆〕（有斐閣、一九七七年）三三五頁、田中整爾編・前掲注（21）〔荒川重勝・下村正明執筆〕一九六頁。

(24) 例えば、岡松参太郎「注釈民法理由・中巻」（有斐閣、一八九七年）一四二頁（ただし紛争防止という公益を強調）、富井政章「民法原論・第二巻物権」〔合冊〕（有斐閣、一九三三年）九八頁以下（相隣関係制度において公益の働く余地は少ないとする）、石田文次郎「全訂改版物権法論」（有斐閣、一九四五年）四〇二頁、末川博「物権法」（日本評論社、一九五六年）二八七頁、柚木馨「物権法」（青林書院、一九五九年）一六三頁、吾妻光俊「物権法・担保物権法」〔新版〕（弘文堂、一九六六年）三四頁、我妻「有泉」・前掲注（21）二八三頁、三和一博「平井一雄篇「物権法要説」」（河野弘矩執筆）（青林書院、一九八九年）一〇〇頁、遠藤浩ほか編「要論物権法」〔花本広志執筆〕（青林書院、一九九二年）一四三頁、淡路剛久ほか編「民法II物権」〔第二版〕（原田純孝執筆）（有斐閣、一九九四年）一四一頁（社会生活の実態の変化に合わせて相隣関係の規定の趣旨を可能な限り現代に生かしていくことが必要であるとする）、遠藤浩ほか編「民法（2）物権」〔第四版〕（中山充執筆）（有斐閣、一九九六年）一七三頁。

(25) また、相隣者間の連帯や互譲という精神が指摘されることもある。例えば、中島玉吉「民法法義卷之二上・物権篇上」（金刺

芳流堂、一九一六年）三二二頁、小池隆一『日本物權法論』（清水書店、一九三二年）一四二頁、末川・前掲注（24）二八七頁、東・後掲注（36）公害訴訟の理論と実務六九頁など。

(26) 例外的なのは、岡松・前掲注（24）一四二頁、富井・前掲注（24）九八頁、甲斐道太郎編「鈴木龍也執筆・前掲注（22）七五頁、淡路剛久ほか編「原田純孝執筆・前掲注（24）一四一頁などであろうか。

(27) これは沢井・後掲注（29）六七頁が用いる表現である。

(28) 借地借家法学における指摘であるが、借地借家法の私権調整法としての側面だけでなく住宅政策・都市政策立法の側面も正確に認識して議論をする必要性を説くものとして、内田勝一「現代借地借家法学の課題」（成文堂、一九九七年）八頁以下、一五頁以下参照。相隣関係における調整の論理についても、このような視点が必要であろう。

(29) 沢井裕「紛争の衡平な解決のための小論——相隣法的観点からの考察——」私法二三号（一九六一年）六六頁以下。なお、その後の沢井裕「相隣関係法理の現代的視点——信義則による微調整と人格権の見直し——」自由と正義三三二巻一、二号（一九八一年）四頁以下では、例えばイミッシオンが問題となるような「良好な相隣環境の保障」の場面は「人格権的發展による法解釈」による「新たならしい発想」が必要であるとした上で、紛争場面ごとに相隣関係による調整が（微調整を施されつつも）妥当するかどうかを論じており、相隣関係法理の射程が限定されている。しかし、相隣関係における調整の論理を考察するにあたっての手がかりを得たいという本稿の問題意識から、ここでは前者の論文を検討対象とする。

(30) 沢井・前掲注（29）「紛争の衡平な解決」七〇頁以下。したがって、沢井教授は、他人への害意と土地利用の違法性とを前提とする権利濫用論は、紛争の本質に即していないと評価する。また、相隣紛争が継続的侵害であること、および、相隣紛争における土地利用はそれ自体としては適法であることを理由として、一回的侵害と加害行為の違法性・過失を前提とする不法行為法による損害賠償も、沢井教授の批判の対象とされる。

(31) 沢井・前掲注（29）「紛争の衡平な解決」七四頁。

(32) 沢井・前掲注（29）「紛争の衡平な解決」七五頁。なお、この都市計画的な機能については、ヴェスターマンの指摘に示唆を得たものと思われる（沢井裕「ヴェスターマン・大気汚染防止と相隣法改正のためいかなる立法措置が必要か」関法一一巻二号（一九六一年）二六六頁以下参照）。なお、ヴェスターマンの見解については、下記本論第二節二・4で検討する。

(33) 沢井裕「ドイツにおける相隣法の基礎理論——侵害に対する受忍とその補償——」関法九巻五〇六号（一九六〇年）六一四頁

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）（秋山）

以下（加筆修正の上で同『公害の私法的研究』（一粒社、一九六九年）三三頁以下に所収）である。沢井教授は、ドイツ法では相隣関係が「利用を目的とする共同関係」と理解され信義則に基づいて「衝突する利害の公平な調整」を図っている、との認識を出発点として考察を展開し、そこから「加害者と被害者の地位の互換性」、「物権的請求権抑制の代償としての補償」という考えについての示唆を得た、と述べている。

(34) 用途地域制とは「機能的な都市活動の推進、良好な都市環境の形成等を図る目的で、市街化区域あるいは都市計画区域内の各地区について、住居、商業、工業などの用途を適切に配分して土地利用上の区分を図る制度」である（樗木武『都市計画』（森下出版、一九九七年）二二四頁参照）。

(35) 沢井教授のこの指摘は、日本の現行の土地利用計画制度が「経済活動に資する土地利用」と「生活世界に属する土地利用」とを区別してその相互間の競争を排除するという機能を果たしてこなかったとの指摘（吉田・前掲注（2）「13」法時六九巻一二号六二頁）に照らしてみると、ますます興味深いものとなるであろう。都市計画・土地利用計画がかかる機能を果たすべきことについては、原田純孝「土地利用と土地利用計画」本間義人ほか編『土地基本法を読む』（一九九〇年、日本経済評論社）一二五頁以下参照。それによれば、今日の都市が「企業を担い手とする経済または業務の論理と、都市住民の居住および生活の論理との、まさにせめぎあいの場となっている」という事態に対して、「業務用と住宅用の土地市場とをまさに計画によって明確に区別して、後者を前者の直接的な影響から切り離すと同時に、住宅用の土地利用の確保や環境の改善という目的により高い優先順位を認めていくこと」が、国民の側からの最大の要請であり、また、西欧諸国の都市計画が果たしている重要な役割の一つであるとされる。

(36) 東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察（その三）——相隣法の基本原則を中心として——」神戸一五巻二号三四七頁以下、一五巻三号四七六頁以下（一九六五年）。さらに、同『公害訴訟の理論と実務』（有信堂、一九七一年）六三頁以下、同『相隣法の諸問題』（信山社、一九九七年）三頁も参照。

(37) この点に関しては、権利濫用法理によって相隣関係規定の欠缺補充がなされている場面を指摘している、広中俊雄『民法綱要・総論上』（創文社、一九八九年）一三八頁以下、鈴木祿弥「財産法における「権利濫用」理論の機能」法時三〇巻一〇号（一九五八年）一八頁も参照。藤岡康宏「権利濫用に關する」一覽書——生活妨害（公害）における法規範創造的機能を中心として」北法二六巻二号（一九七五年）九五頁以下は、権利濫用論の法規範形成（創造）機能が生活妨害という特殊な分野における独自の法

規範形成に寄与し、また、生活妨害の法的性質や具体的規範の内容を明確化することができる主張する。

(38) 東・前掲注(36) 神戸一五卷三号五二八頁以下。かかる基本原則に沿って相隣関係法規の修正解釈を図ることで、これまで権利濫用の原則で対応してきた問題を解決できるし、あるいは、たとえ相隣関係法規の修正解釈では対処できないとしても、かかる基本原則の下で権利濫用の原則をより具体化して適用することができるという。

(39) ドイツ法における「相隣共同関係理論」については、東論文のほかに、沢井・前掲注(33) 六一四頁以下、神戸秀彦「相隣共同関係理論と西ドイツ・イミッシオン法の展開(一)(二・完)」都法二六卷二号(一九八五年) 五七三頁以下、二七卷一号(一九八六年) 三四五頁以下などの研究があり、詳細はこれらの業績に譲る。

(40) 東・前掲注(36) 神戸一五卷三号四八二頁以下(立法過程について)、四九五頁以下(判例について)、五〇九頁以下(学説について) 参照。

(41) 各規定の具体的な分析については、東・前掲注(36) 神戸一五卷三号四九二頁(旧民法について)、五一六頁(現行民法について) 参照。東判事の分析によれば、①「社会経済的観点」に基づくものとして、隣地立入権(二〇九条)、囲繞地通行権の原則的規制(二二〇条)、自然排水の受忍義務(二二四条)、堰の設置権(二二二条)、境界線付近の建築に関する除去請求権の制限(二三四条二項但書)、②「衛生的観点」に基づくものとして、余水排泄権(二二〇条)、境界線付近の建築距離の規制(二三四条一項)、③「相隣者間の紛争予防の観点」に基づくものとして、界標設置権(二二三条)、境界線上の物の共有推定(二二九条)、とそれぞれ分類される。もっとも、東判事の分析は、梅博士、富井博士、岡松博士の所論にもつらば依拠しているので、筆者としては、さらに立法過程の研究を進める必要があるのではないかとも思われる。だが、本稿では、相隣関係制度の根底にある「調整」という側面に焦点を当てたため、各規定の立法過程を検討することはできなかった。

(42) 東・前掲注(36) 五三一頁。なお、相隣関係における信義則の適用に関しては、しばしば指摘されるところでもある。さしあたり、沢井・前掲注(29)「現代的視点」四頁以下、新田敏「相隣関係における信義則の機能と限界」法研六〇卷二号(一九八七年) 一〇七頁以下参照。

(43) 東・前掲注(36) 神戸一五卷三号五三〇頁。

(44) 東・前掲注(36) 神戸一五卷三号五三二頁。

(45) 相隣関係に関する各規定が狭義の相隣関係のみを念頭に置いていることを考慮すると、この各規定の立法趣旨から「公益的観

点」を抽出するという態度は、幅広い問題（例えば狭義の相隣関係を越える問題）に対応できなくなる恐れが生じるであろう。しかし、土地利用を規律する法としての相隣関係制度の位置に鑑みるとき、このような限定された枠組みだけを想定するだけで良いのか、さらに広範な問題にも対処できるのではないか、といった疑問が生じる。

(46) 諸外国における例であるが、「衛生的観点」に関しては、例えばイギリスにおいては公衆衛生の観点が都市法・都市計画の起源を形成する重要な概念であるとされていた（戒能通厚「第三部イギリスI総論——都市法の論理とその歴史」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）三〇〇頁以下）。また、より広く公共への危険の防止という視点から見れば、ドイツにおける建築警察規制の展開もここに含まれることができよう（広渡・前掲注（5）「総論」三七頁以下、詳しくは広渡清吾「ドイツにおける都市法制の形成過程」利谷信義ほか編『法における近代と現代』（日本評論社、一九九三年）四六一頁以下）。他方、「社会経済的観点」については、社会経済活動の保障およびそのための基盤整備（道路整備・緑地の確保など）；もつとも歴史的に見れば公衆衛生の観点とも密接に結び付いていた）が都市法・都市計画による都市空間への介入を正当化する重要な要素であることは、説明を要しないであろう。

(47) この点については、具体的な事例を念頭に置いた上で、立法趣旨、解釈の発展、現実の要請などをそれぞれの規定ごとに研究することが必要であろう。筆者の今後の課題としたい。

第二節 問題意識と検討対象

一 問題意識

1 相隣関係における調整の論理と都市計画との接点

現代都市法の指摘を受けて、相隣関係における調整の論理がいかなるものなのかを概観してきた。しかし、相隣関係の制度に関する一般的な説明を見る限りでは、この論理に関して、現代都市法からの問題提起に応えるだけの十分な考察がなされているとは言えないのが現状であるように思われる。

その中で筆者が注目するのは、沢井教授および東判事による分析がこの論理の内容を深めるための一つのきっかけとなるのではないか、ということである。というのも、両分析とも、都市計画の果たすべき機能との接点を示すという形で、相隣関係における調整の目的あるいは構造を説明しているからである。すなわち、沢井教授はより直接的に、相隣関係における調整が「都市計画の機能」を果たすことを示していた。また、東判事は、調整に「公益的観点」が組み込まれることを指摘したが、この「公益的観点」に都市計画との接点を見出すことも十分可能である。

そこで、本稿は、相隣関係における調整の論理を都市計画との接点の場で検討することとしたい。つまり、相隣関係における調整の論理が都市計画とどのような接点を有しているのか、という点を考察することを通じて、この論理の内容を——あくまで一部分にすぎないが——より明確化することを意図している。もちろん、相隣関係における調整の論理をそれ自体として検討対象とすることも考えられなくはない。しかし、現代都市法からの問題提起に対して相隣関係制度の側から応接するためには、都市法および都市計画を念頭に置いてこの論理を解明することが必要であると思われる。そこで、沢井教授および東判事の分析に示唆を受けて、都市計画との接点に関してこの論理を検討することとした。以上が第一の問題意識である。

2 相隣関係における調整の論理と都市計画との調節

しかし、都市計画との接点の分析によって相隣関係における調整の論理の内容を解明することは、必然的に両者の交錯場面を発生させることになる。

既に指摘されたように、都市計画は、「市民法的な権利の相互制限の論理」（ここでは相隣関係における調整の論理）だけでは説明できない。都市法の意義（「都市環境をも含めた都市空間の形成（維持・保全と開発・整備・創造の両者を含む）」とその利用を公共的に実現・コントロールするための一連の制度的システムの総体）に照らしても、また、都市計画が都市という公共空間に関わる制度であることから、このことは明らかであり、都市計画にはそれ独自の論理というものがあると考えられることになる。そうであれば、この都市計画の論理と相隣関係における調整の論理とが交錯し、場合によっては両者の論理が抵触する事態も当然に生じうる。したがって、この両者の論理がどのような関係にあるのか、そしてどのようにして調節されるべきかが、相隣関係における調整の論理を検討する第二段階において問われることになる。

また、相隣関係の制度の側面から見ても、都市計画の論理との関係が問われる契機が現れている。前述のように、沢井教授は、相隣関係における調整の論理が「都市計画の機能」を有することを明確に指摘していた。しかしながら、沢井教授においても、イミッシオンの放散の範囲があまりにも広く拡大するような場合（例えば大気汚染の場合）には、もはやこれらの紛争の解決は公法の領域に移ることを留保していた⁽⁴⁸⁾。さらに別の論文ではあるが、良好な相隣環境の保障が問題となる場面においては、相隣法規の枠内での微調整ではもはや対処できず、むしろ正面から人間生活の保持を目的とする人格権的処理が妥当であり、さらには、「人間生活対人間生活の紛争」た

る近隣生活妨害が社会的に多発している現状およびアメニティを確保すべき要請に鑑みると、「生活環境条例を制定し、行政指導も活用しなければならぬ」とされており、行政的手法による解決方法に向かっているのである。⁴⁹⁾したがって、相隣関係における調整の論理に予定されている「都市計画の機能」も、以上のような限定を付されたものとして理解されている。ここでは当然ながら、相隣関係における調整の論理が都市計画との関係でどこに限界を有するのかが、問題とされることになる。また、行政的手法が用いられる場合には、今度はこのような行政上の解決規範（この中には都市計画も含まれるであろう）が民法においてどのように評価されるべきかという問題が生じる。つまり、相隣関係の制度から観察してみても、相隣関係における調整の論理と都市計画の論理との関係がやはり問われるのである。

ここで付言しておけば、これまでも具体的な論点において、行政法規と相隣関係法規との調和をどのようにして図っていくのかが議論の対象とされてきた（例えば建築基準法六五条と民法二三四条一項との関係など）。かかる議論が重要であることは当然であるが、本稿の観点は若干異なる。というのも、本稿の出発点は、現代都市法の指摘、すなわち、「市民法的な権利の相互制限の論理」＝「相隣関係における調整の論理」にあるからである。したがって、「調整」という観点（調整の目的や構造など）に重点を置いて相隣関係と都市計画との抵觸場面を論じることが、本稿の出発点に適合するであろう。つまり、「調整」というより根本的な枠組みの所で、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係を検討しなければならぬと考えているのである。

以上の考察からすると、第二の問題意識はこうである。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、両者が抵觸する場合にはどのようにして調節がなされるのか。この点を、調整の目的や構

造との関連で検討することである。

二 検討対象

本稿は、上で述べたそれぞれの問題意識に基づいて、主として二点を検討対象とする。

第一に、相隣関係における調整の論理と都市計画との接点がそもそも存在するのか、存在する場合にはいかなる形なのかを検討する。この点については、沢井教授および東判事の分析に見られたように、相隣関係における調整の目的および構造という側面を中心として、調整の論理と都市計画との接点を考察する。具体的には、都市計画との関係で民事相隣法が果たしている機能を確認した上で、主として建設計画法の観点から見たかかる機能の限界ないし外延を検討する（本論ドイツ法第二節）。

第二に、相隣関係における調整の論理と都市計画とがいかなる関係にあるのか、両者が抵触する場合にどのような調節がなされるのかについて検討する。具体的には、民法上の請求権の成否を判断するにあたって都市計画における指定が存在する場合に、いかなる解決がなされているのかを研究対象とする。相隣関係における調整の論理が本稿の問題意識の出発点であることから、民事相隣法と都市計画のそれぞれにおける調整の意義が主として考察されることとなる（本論ドイツ法第三節）。

そして、これらのドイツ法の議論を総括した上で（本論ドイツ法第四節）、日本法への示唆を抽出することとした（結び）。

なお、この両者の対象を検討するにあたって、本稿は、イミツシオンに関する規定であるドイツ民法典九〇六条を中心として考察する。イミツシオンに関する規定が日本民法において規定されていない⁽⁵⁰⁾だけに、なぜドイツ法を選んだのかという疑問が生じるかもしれない。しかも、相隣関係全体に通用するはずの調整の論理を検討するにあたって、相隣法の中のイミツシオンに関する規定だけを選ぶというのでは視野が狭すぎるのではないか、という疑問も生じるであろう。

しかし、第一に、確かにドイツ民法典九〇六条がイミツシオンに関する規定であることは疑いないのだが、しかし、ドイツ法において民事相隣法の機能が考察される場面あるいは民事相隣法と都市計画との関係が問題となる場面においては、主として九〇六条が検討素材とされている。つまり、イミツシオンに関する規定としての九〇六条の性格は当然維持されつつも、その議論に際しては、相隣関係における調整の論理がいかなる目的・構造を通じてどのような機能を有しているのか、そして、それが都市計画とどのような関係に立っているのか、といった論点が前面に押し出されているのである。したがって、ドイツ民法典九〇六条はドイツ法においてこのような形で議論の土俵に乗せられているのであるから、これを本稿の検討対象とすることは、むしろ本稿の問題意識にも一層適合するものと考えられる。

また、第二に、第一点とも関係するが、ドイツ法においては一九八二年の連邦通常裁判所の判決を契機として活発な議論が展開されたという事情がある。その際には、ドイツ民法典九〇六条の解釈にとどまることなく、そこで調整の目的や構造、さらには都市計画における利益の衡量の分析に至るまで、幅広い議論がなされてきた。相隣関係における調整の論理に目を向ける本稿としては、ドイツ法におけるこの議論は格好の素材となりうる。日本法

とドイツ法との相違には十分配慮しなければならないが、ドイツ法の議論からは少なくとも何らかの手がかりを得られるのではないかと思われる。

第三に、沢井教授・東判事の分析に示唆を得た本稿の問題意識からすれば、両分析の依拠したドイツ法を素材としてそれを補充・展開することが適切であるとも言えよう。

このような理由から、本稿は、ドイツ民法典九〇六条でなされている議論から示唆を得ることを試みる。それでは、いよいよドイツ法の議論に入ることにしよう。

(48) 沢井・前掲注(29)「紛争の衡平な解決」七五頁。

(49) 沢井・前掲注(29)「現代的視点」四頁、七頁以下。

(50) 東・前掲注(36)「公害訴訟の理論と実務」六三頁以下参照。

本 論 ドイツ法

ドイツ法⁽¹⁾の検討順序を示しておこう。まず、検討対象に入る前に、関連する規定を予備的に概観しておく(第一節)。そして、都市計画との接点を探るといふ問題意識から、九〇六条の機能を考察する(第二節)。続いて、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という問題意識から、民法上の請求権と都市計画との関係を検討する(第三節)。そして最後に、ドイツ法の検討をまとめることとしたい(第四節)。

第一節 関連規定の概観

一 B G B 九〇六条の内容

1 条文の内容

まず、本稿の検討対象たる B G B 九〇六条（以後のドイツ法の説明においてドイツ民法典の条文を指す場合には B G B を略す）の内容について確認しておく。⁽²⁾ とりわけ、九〇三条と九〇六条との関係は、九〇六条の機能を検討する（第二節）上で重要である。また、イミッシオンに関するその他の規定では、計画確定決定に関する規律が第三節における検討にも関わってくる。

まず、条文を示しておこう。

九〇六条

(一)土地の所有者は、ガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・振動および他の土地から来る類似の作用が、自己の土地の利用を侵害していないかあるいは非本質的に侵害しているにすぎない限りでは、これらの作用を禁止することができない。法律あるいは法規命令により調査され評価される作用がこれらの諸規定により定められた限界値あるいは基準値を越えていない場合には、通常は非本質的な侵害が存在する。連邦イミッシオン防止法四八条に基づいて

発せられかつ技術水準を表す一般行政規則の値についても、また同じ。

(二)本質的な侵害が他の土地における場所的慣行の利用によって生じており、かつこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によっても防止されえない限りで、また同じ（「これらの作用を禁止することができない」）。所有者がこれによりある作用を受忍しなければならぬ場合において、当該作用がこの所有者の土地における場所的慣行の利用もしくは収益を期待可能な程度を越えて侵害している場合には、この所有者は他の土地の利用者に対して金銭による適切な補償を請求することができる。

(三)特別な誘導による侵入は許されない

九〇六条の定めている内容は、他の土地（「作用発生地」）から自己の土地（「被害地」）へとガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・振動やそれに類する作用が侵入した場合において、それがいかなる範囲で許容されまた禁止されるのかということである。なお、九〇六条の規定する「作用」とは、そこに例示されているような不可量物 *Impponderabilien* によるものだけとされている。したがって、日照やテレビ電波の阻害のような消極的作用、ある光景が羞恥心を害したり醜いといったような理念的・精神的・非美的・視覚的イミッシオンは、九〇六条における「作用」には含まれない。⁽³⁾

また、法律効果から見てみると、かかる作用を受けた土地所有者（「被害地の所有者」）の受忍義務および補償請求権が定められている。すなわち、受忍義務については一項一文および二項一文、補償請求権については二項二文が、それに該当する。

そして、この受忍義務と補償請求権の成否を決する要件としては、①かかる作用が自己の土地の利用を本質的に侵害しているかどうか（本質的な侵害）、②かかる作用による本質的な侵害が他の土地における場所的慣行の利用によって生じているのかどうか（作用発生地における「場所的慣行の利用」）、③かかる作用が他の土地におけるこの種の利用者に経済的に期待しうる措置によって防止されうるかどうか（経済的に期待可能な措置による防止可能性）、が規定されている。なお、要件としては、④かかる作用が自己の土地における場所的慣行の利用もしくは収益を期待可能な程度を越えて侵害しているかどうかも定められているが、これは補償請求権の成否にのみ関わるものである。

2 条文の整理

このように九〇六条の構造はやや複雑であるので、若干の整理をする。なお、九〇六条一項二文および三文は本稿の分析とは直接に関わらないため、ここでは対象外とする。⁽⁴⁾

まず、法律効果たる受忍義務および補償請求権の成否という点からは、以下の三つの場合に分けることができるであろう。⁽⁵⁾

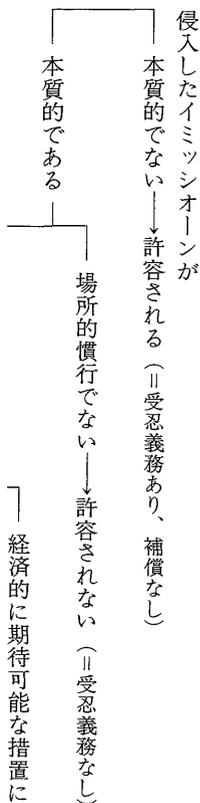
第一は、イミッシオンを被る土地所有者に受忍義務が課されるが、補償請求権は認められない場合である。これに対応する要件は、かかる作用が自己の土地の利用を侵害していないかあるいは非本質的のしか侵害していないこと（要件①）である。

第二は、イミッシオンを被る土地所有者に受忍義務が課されるが、補償請求権が認められる場合である。これ

に対応する要件は、かかる作用による侵害が本質的であること（要件①）を前提として、その本質的な侵害が他の土地における場所的慣行の利用によって引き起こされており（要件②）、かつ、その本質的な侵害が経済的に期待しうる措置によって防止できないこと（要件③）である。そして、要件④が満たされれば（すなわち補償なくして期待可能な限界を越えている場合には）補償請求権が認められる。

第三は、イミッシオンを被る土地所有者に受忍義務が課されない場合である。これに対応する要件は、かかる作用による侵害が本質的であること（要件①）を前提として、その本質的な侵害が、他の土地における場所的慣行の利用によって引き起こされたものではない場合（要件②）、あるいは、場所的慣行の利用によって引き起こされた（要件②）のだが経済的に期待しうる措置によって防止可能である（要件③）ことである。この場合には、受忍義務が課されないのであるから、イミッシオンを被る土地所有者は妨害排除請求権・不作為請求権を主張することができるとができる。

次に、要件面からは以下のように図式化することができる。⁽⁶⁾



場所的償行である

よって防止可能でない → 許容される (II 受忍義務あり)

(被害者にとって) 期待不可能な侵害とはいえない
→ 補償なし

(被害者にとって) 期待不可能な侵害といえる
→ 補償あり

経済的に期待可能な措置に

よって防止可能である → 許容されない (II 受忍義務なし)

3 九〇六条の適用範囲

なお、最後に九〇六条の適用範囲についての留意点を述べておこ⁽⁷⁾う。

まず、人的な適用範囲についてであるが、九〇六条は、「土地の所有者」という表現を用いていることから分かるように土地所有者に適用される規範である。もともと、法律上の特別の指示によって、共同所有者(二〇二一条)、役権者(二〇二七条および一〇九〇条二項)、用益権者(二〇六五条)についても九〇六条が適用される。また、判例によれば、債権の利用権を有する占有者にも類推されている。

次に、九〇六条の規律対象は、直接に隣接する土地同士の関係だけではない。「他の土地から」の作用一般について九〇六条が適用される。

二 関連規定との関係

九〇六条自体の概要は上で述べたとおりであるが、九〇六条を考察する際には、その関連規定たる九〇三条と一〇〇四条にも目を向けなければならない。この三つの規定がどのような形で連関するのか（とりわけ九〇三条と九〇六条との関係）が九〇六条の目的・機能を考察する上で重要になるのであるが、ここでは九〇三条と一〇〇四条の概要だけを簡単に述べておこう（詳細は、下記第一節1-2参照）。

九〇三条

物の所有者は、法律あるいは第三者の権利に反しない限りで、その物を任意に処分し、かつ、その物に対するあらゆる作用から他人を排除できる。（一文省略）

九〇三条は所有権者の権限を定めるものである。すなわち、所有権者が自己の物を自由に処遇できること（積極的権限）と、あらゆる他人をその物から排除できること（消極的権限）という権限が定められている。⁽⁸⁾

しかし、九〇三条は所有権の内容を抽象的な公式で規定したものにすぎない。したがって、所有権が物に対する包括的な帰属を意味することは理解できても、そこから具体的にいかなる諸権限が生ずるのかは明らかとされていない。⁽⁹⁾そこで、この所有権の権限を具体化する規定が必要となる。一〇〇四条はかかる規定の一つとして位置付け

られる。

一〇〇四条

(一) 占有の剝奪または留置とは異なる方法で所有権が侵害される場合には、所有者は妨害者に対して侵害の除去を請求できる。さらに侵害のおそれがある場合には、所有者は不作為を請求できる。

(二) 所有者が受忍を義務付けられている場合には、この請求権は排除される。

つまり、九〇三条の消極的権限は、一〇〇四条一項の妨害除去請求権および不作為請求権によって確保されることになる(一項)。したがって、所有者は、一〇〇四条の要件を満たす限りで原則として妨害排除請求権および不作為請求権を行使できる。なお、妨害排除請求権と不作為請求権を含む上位概念として、「防御請求権 *Abwehranspruch*」という表現が用いられる場合もある。

しかし、これらの請求権が無限定に行使できるわけではなく、所有者が受忍義務を負っている場合にはこれらの請求権は排除される(二項)。九〇六条は、まさにこの受忍義務を根拠付ける法規範である。¹⁰⁾つまり、一〇〇四条によれば原則として妨害除去請求権および不作為請求権が認められるところ、九〇六条に規定された受忍義務が所有者(イミッシオンを被る所有者)に課される場合には、この所有者はこれらの請求権を行使することができないことになる。反対に、九〇六条の受忍義務が生じない場合には、一〇〇四条一項に基づくこれらの請求権を被害者たる所有者は行使できることになる(ただし九〇六条以外の重要な制限がある…下記三参照)。

三 イミッシオンに関するその他の規定

ところで、イミッシオンに関して一〇〇四条に基づく妨害排除請求権および不作為請求権が排除される場面は、九〇六条以外にもある。本稿の以後の説明に関わる場面もあるので、必要最小限で説明を加えておこう。以下の三つの場面が重要である。⁽¹¹⁾

第一に、連邦イミッシオン防止法一四条である。⁽¹²⁾ 連邦イミッシオン防止法四条（およびそれを受けた第四次連邦イミッシオン防止令）に定められた要許可施設については、九〇六条一項および二項を越える受忍義務が設定されている。すなわち、同法一四条によれば、九〇六条においては被害者たる隣人が受忍義務を負わない場合、つまり妨害排除請求権・不作為請求権を行使できる場合であっても、許可が確定している施設の操業停止を求めることはできず、予防措置もしくは損害賠償（予防措置が技術水準からして不可能もしくは経済的に不能である場合）しかできないとされている。⁽¹³⁾

第二に、行政手続法七五条二項一文⁽¹⁴⁾における計画確定決定である。計画確定決定は計画確定手続を終結させる行政行為であり、これは他の法律に基づいて必要とされる諸判断（例えば建築許可や自然保護官庁の同意など）の全てを代替する働きを有し、当該計画の実行者と関係者との全ての公法上の関係を法形成的な効力をもって規律する。つまり、包括的な集中効 *Konzentrationswirkung* と形成効 *Gestaltungswirkung* が計画確定決定の特徴である。⁽¹⁵⁾ そこで、「計画確定決定に不可争力が生じた場合には、計画の差止、施設の除去・変更、または利用の差止を求める

請求権は排除される」(行政手続法七五条二項一文)とされている。したがって、一〇〇四条および九〇六条に基づく妨害排除請求権・不作為請求権も排除されることになる。もともと、被害者となった隣人には法律上においていくつかの柔軟な保護手段が用意されており、隣人から無造作に民法上の請求権を奪うものではないことには注意する必要がある。⁽¹⁶⁾

第三に、私人の活動に伴うイミッシオンであっても、それが生活もしくは公共にとって重要な、公共の利益に奉仕する事業に基づいている場合、かかる事業から生じたイミッシオンについては、たとえ九〇六条二項の受忍限度を越えていたとしても一〇〇四条に基づく妨害排除請求権・不作為請求権は排除される。そして、イミッシオンを除去・軽減するための防止措置のみを請求できる。ただし、これらの防止措置が侵害発生企業に根本的な変更や干渉をもたらす場合には、かような防止措置は認められないとされている。これは、判例法上で確立された考えである。⁽¹⁷⁾

なお、この三つの場面においては、(差止や施設利用停止という形での)妨害排除請求権・不作為請求権は排除されているが、金銭による補償あるいは賠償という手段は——九〇六条二項二文以外を根拠とするものも含めて——依然として残されている。

以上の概観から、九〇六条が九〇三条および一〇〇四条といった所有権の構造の中に組み込まれていること、および、イミッシオンの発生する場面次第では一〇〇四条および九〇六条に基づく妨害排除請求権・不作為請求権が明文の規定によって排除される場合があることが、明らかにされたであろう。このことを確認した上で、いよいよ

よ本題に入らう。まず、九〇六条の機能について、次に、民法上の請求権と都市計画との関係についてである。

(1) ドイツ法の叙述においてしばしば参照する文献を以下に示す。なお、引用の際には、括弧内の表記で引用する。

- ・ P. Bassenge, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 57Aufl. (1998), § 906. --- (Palandt/Bassenge)
- ・ F. Baur/J. F. Baur/R. Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 17Aufl. (1999). --- (Baur/Stürner)
- ・ J. F. Baur, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Bd. 6, Sachenrecht, 12Aufl. (1989), § 906. --- (Soergel/J. F. Baur)

・ H. Hagen, in: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9Aufl. (1993), § 906. --- (Erman/Hagen)

- ・ H. Roth, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht, 13Aufl. (1996), § 906. --- (Staudinger/H. Roth)

・ F. J. Sacker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, 3Aufl. (1997), § 906. --- (MünchKomm/Sacker)

(2) 九〇六条の歴史的発展やその個別要件の解釈については、日本においても既に詳細な研究がなされている。例えば、沢井裕「ドイツにおける相隣法の基礎理論」関法九卷五〇六号（一九六〇年）一〇四頁以下（加筆修正の上で同『公害の私法的研究』（一粒社、一九六九年）三三頁以下に所収）、東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察（その三）——相隣法の基本原則を中心として——」神戸一五卷二号三四七頁以下、一五卷三号四七六頁以下（一九六五年）、中山充「ドイツ民法におけるイミッシオン規定の成立——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その一——」（二〇〇〇）「民商七二巻二五頁以下、七一巻二二六〇頁以下（一九七四年）、同「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その二——」（二〇〇二）「民商七四巻二二二頁以下、七四巻四号五八三頁以下、七四巻六号九二二頁以下（一九七六年）、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミシオン法の展開（一）」（二〇〇〇）「都法二六巻二二二頁以下（一九七三年）、二七巻二二二頁以下（一九七四年）、二七巻二二二頁以下（一九七五年）、二七巻二二二頁以下（一九七六年）、二七巻二二二頁以下（一九七七年）、二七巻二二二頁以下（一九七八年）、二七巻二二二頁以下（一九七九年）、二七巻二二二頁以下（一九八〇年）、二七巻二二二頁以下（一九八一年）、二七巻二二二頁以下（一九八二年）、二七巻二二二頁以下（一九八三年）、二七巻二二二頁以下（一九八四年）、二七巻二二二頁以下（一九八五年）、二七巻二二二頁以下（一九八六年）、二七巻二二二頁以下（一九八七年）、二七巻二二二頁以下（一九八八年）、二七巻二二二頁以下（一九八九年）、二七巻二二二頁以下（一九九〇年）、二七巻二二二頁以下（一九九一年）、二七巻二二二頁以下（一九九二年）、二七巻二二二頁以下（一九九三年）、二七巻二二二頁以下（一九九四年）、二七巻二二二頁以下（一九九五年）、二七巻二二二頁以下（一九九六年）、二七巻二二二頁以下（一九九七年）、二七巻二二二頁以下（一九九八年）、二七巻二二二頁以下（一九九九年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇〇年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇一年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇二年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇三年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇四年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇五年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇六年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇七年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇八年）、二七巻二二二頁以下（二〇〇九年）、二七巻二二二頁以下（二〇一〇年）、二七巻二二二頁以下（二〇一一年）、二七巻二二二頁以下（二〇一二年）、二七巻二二二頁以下（二〇一三年）、二七巻二二二頁以下（二〇一四年）、二七巻二二二頁以下（二〇一五年）、二七巻二二二頁以下（二〇一六年）、二七巻二二二頁以下（二〇一七年）、二七巻二二二頁以下（二〇一八年）、二七巻二二二頁以下（二〇一九年）、二七巻二二二頁以下（二〇二〇年）、二七巻二二二頁以下（二〇二一年）、二七巻二二二頁以下（二〇二二年）、二七巻二二二頁以下（二〇二三年）、二七巻二二二頁以下（二〇二四年）、二七巻二二二頁以下（二〇二五年）、二七巻二二二頁以下（二〇二六年）、二七巻二二二頁以下（二〇二七年）、二七巻二二二頁以下（二〇二八年）、二七巻二二二頁以下（二〇二九年）、二七巻二二二頁以下（二〇三〇年）」。除請求と不法行為に基づく請求との交錯——（六）「法協一〇四巻九号（一九八七年）一一二六二頁以下、である。また、必ずしも九〇六条に焦点を合わせたものではないが相隣法にも触れるものとして、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展——

ドイツにおける「二二六条・八二六条から二四二条への展開」の意義——末川古希「権利の濫用(上)」(有斐閣、一九六二年)六〇頁以下がある。

(3) さしあたり、大塚・前掲注(2)一二六四頁以下参照。

(4) もっとも、九〇六条一項二文および三文の重要性を否定するわけではない。これらの規定は一九九四年の改正において挿入されたものであり、公法上の基準値・限界値と民法上の規定との関係を考える上で興味深い対象である(紹介として円谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座I総論』(日本評論社、一九九七年)一八八頁以下、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)二三〇頁)。しかし、その具体的な検討は今後の課題としたい。さしあたってその内容だけを概観しておこう(Ygl. MunchKomm/Säcker, Rn. 16; Palandt/Bassenge, Rn. 17ff.)

これらの規定の狙いは、イミッション防止に関する公法規定と民法規定(すなわち九〇六条)との調和を図るところにある。つまり、九〇六条において当該作用が本質的かどうかを判断する際に、公法(行政規則も含む)を参照するよう指示されており、この公法上の値が遵守されていれば当該作用は本質的でないとされるのである。それでは、公法上の環境基準が九〇六条の本質性の判断において形式的に適用されることになるのだろうか。というのも、連邦通常裁判所の確立した判例によれば、いわゆる環境基準に基づく限界値もしくは基準値というのは、当該作用の本質性を判断するための手がかりにすぎないとされていたからである。しかし、①「通常は」(二二文)という表現に見られるように、裁判官には個別事例での判断が許されており、場合によっては基準値を遵守していても当該作用が本質的と評価されることもありうる。また、②連邦政府も、このような個別事例における特別な事情を斟酌する可能性を指摘していた(Ygl. BT-Drucks 12/7425, S. 87)。このような点からすると従来の判例に沿っているとも言えよう。もっとも、九〇六条改正後に下された連邦通常裁判所の判決では、かかる九〇六条一項二文および三文の規定がこれまでの判例を条文化したにすぎないのか、それとも、裁判所に対してこれまで以上の拘束を意図するものなのか、という点は未解決のままにされている(BGH NJW1995, 132 (133))。

また、証明責任についても二つの点で変化が生じる。一つは、イミッション被害者の側である。イミッション被害者はイミッションの発生、侵害、およびこの両者の因果関係を証明しなければならいとされているが、九〇六条一項二文および三文における基準値・限界値が遵守されていない場合にはこの因果関係が明確に指示されることになる。もう一つは、作用を発生させている者の側である。作用発生者は自己の作用が非本質的にすぎないことを証明しなければならないとされているが、上記基準値・

限界値を遵守していればこの証明にとって十分である。この場合には、それにも関わらず当該作用が本質的であること、あるいは、遵守されている基準がもはや技術水準に合致していならぬこと（九〇六条一項三文の場合）を、被害者側で証明しなければならぬ。

- (5) Erman/Hagen, Rn. 3.
- (6) Wilhelm, Sachenrecht (1993), S. 225. 筆者が一部補足している。
- (7) Erman/Hagen, Rn. 4; MünchKomm/Säcker, Rn. 1.
- (8) Baur/Stürner, S. 268f. かつては所有権自体の定義を試みるものもあったが、今日では、所有権とは「ある物について法秩序が許容する最も包括的な支配権」（Baur/Stürner, S. 269.）であるとか「所有権者の支配権は包括的である」（Westermann/Gursky, Sachenrecht, Band1, 6Aufl. (1990), S. 168）とされた理解が示されることになる。そしてこの「最も包括的な理解」も、所有権の範囲を更に把握する上で内容が十分に明確にならざることを免れざる（H. H. Selier, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch3, Sachenrecht, 13Aufl. (1996), § 903, Rn. 7.）。
- (9) しかし、九〇三条のような原則規範を設定してそれを補充するという方法は、實際上で唯一用いることのできる方法と評価されている。というのも、物の種類（動産か不動産か）に応じて必然的に区別がなされなければならないし、また、とりわけ土地の場合には、ある者の有する所有権の内容と違うのは他の所有権（例えば隣接地の所有権）の内容と同時に把握しなければ規定できないからである。法律というものが抽象的な定式を用いて一般的に作用するものであることに鑑みると、これ以上の具体的な規定を九〇三条で行うことは出来ない（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)), S. 86f.）。
- (10) P. Bassege, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 57Aufl. (1998), § 1004, Rn. 34; MünchKomm/Medicus, Münchener Kommentar zum BGB, 3Aufl. (1997), § 1004, Rn. 52; Staudinger/H. Roth, Rn. 3. など、その他に受忍義務が課される場合として、一般的な正当化事由による場合、法律行為に基づいて受忍義務が課される場合、法規範によつて受忍義務が課される場合（九〇六条にこれら該当する）が挙げられている（Bassege, aO, § 1004, Rn. 31ff.）。
- (11) 以下の説明については、Staudinger/H. Roth, Rn. 19ff.; MünchKomm/Säcker, Rn. 119ff. 参照。また、大塚・前掲注（2）

法協一〇四卷九号一三一〇頁以下、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、一九八八年)二六頁以下にも概観がある。

(12) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 15. März 1974 (BGBl. I S. 721) i. d. F. vom 14. Mai 1990 (BGBl. I S. 880). 連邦イミッシオン防止法一四条は以下の通り。「ある不動産が近隣の不動産に対して不利益を及ぼす場合に関する、私法上の、特別の権限によらない妨害排除請求権に基づいて、許可が確定している施設の操業停止を求めるときはできない。不利益を排除する防止措置を要求できるときと異なる。かかる防止措置が技術水準に照らして実行できないかあるいは経済的に見て不能である場合には、損害賠償を請求できることとなる」

なお、施設許可の効力については、前掲注(11)の文献に加えて、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巻三号(一九九七年)一頁以下も参照。条文の翻訳については、藤村和夫・季環一〇八号(一九九八年)三〇頁以下を参照した。

(13) 施設の操業停止が認められないという点では、かかる規定はイミッシオン被害者の保護を弱めるものではないかとの疑念も生じうる。しかし、①同法一四条は所定の要許可施設のみに適用されることを念頭に置く必要がある、許可不要施設については(公的施設からのイミッシオンでない限り)依然として一〇〇四条および九〇六条の原則が妥当している。②要許可施設についても、「既に許可手続の段階において潜在的な被害者に、許可手続および許可後において自己の相隣権の防御を可能とする訴訟上の法的地位が認められるのであれば」、私人の請求権の制限は甘受される。そして、同法には、許可手続時における被害隣人の関与可能性(同法一〇条)、許可後における追加命令(同法十七條)や禁止・閉鎖・撤去命令(同法二〇条)といった制度が設けられている(F. Baur, Die Privatrechtlichen Auswirkung des Bundesimmissionsschutzgesetzes, JZ 1974, S. 657 (658); 東孝行「公害公法の私法上の効果——フリッツ・パウアーの所説を中心として——」判タ三二七号(一九七六年)一三頁以下、神戸・前掲注(2)三八〇頁以下参照)。③そもそも、一〇〇四条および九〇六条において妨害排除請求権・不作为請求権が認められるとしても、それは侵害源の除去を意味するものではない。つまり、侵害源の除去が当該イミッシオンを回避する唯一の方法である場合にのみそれが命じられるのであり(BGHZ 67, 252)、侵害源の除去まで認められるのは例外的な事例である。したがって、通常の場合であれば、同法一四条により被害者に認められる予防措置と、一〇〇四条および九〇六条により認められる請求内容とは、基本的に異なっているのである。(F. Baur, Die gegenseitige Durchdringung von privatem und öffentlichem Recht im

Bereich des Bodeneigentums, FS Sontis, S. 181 (189f.).)

(14) Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai. 1976 (BGBl. I S. 1253).

(15) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. (1997), S. 449f. また、山田洋『大規模施設設置手続の法構造』(信山社、一九九五年)一五頁以下も参照。

(16) その意味では、連邦イミッシオン防止法一四条に關して述べたことと共通する。前掲注(13)参照。

(17) 判例においてかかる場合に該当するとされたものとして、私法上の形式で經營されている変電所からの騒音、株式会社形態で經營されているバス路線の騒音、私的に操業されているゴミ捨て場にカラスが集まりそのために隣の農地に損害が生じた場合、などが、現在ではかなり批判されている。その理由として、連邦イミッシオンに基づくものであり、これまでは一般的に承認されてきたが、現在ではかなり批判されている。つまり、基本法一四条はまさに法律なくして行われる所有権侵害を防御するための権限を認めており、そのことに鑑みれば判例理論は否定されるべきであるといつのである (F.-J. Peine, *Privatrechtsgestaltung durch Anlagengenehmigung*, NJW1990, S. 2442 (2443)).

第二節 B G B 九〇六条の機能

本節では、民事相隣法がいかなる機能を果たしているかという考察を通じて、相隣関係における調整の論理と都市計画との接点を検討する。その際、民事相隣法において九〇六条が中心的规定を成しており、また九〇六条においてこの点についてのより根本的な議論がなされていることから、九〇六条を考察の対象とする。なお、九〇六条の發展過程および諸要件の解釈についてはこれまでにも詳細な研究がなされているので、ここでは、九〇六条における調整の論理が都市計画との関係でいかなる機能を果たしているのかを中心として検討することにした。

九〇六条の機能を考察する上で本稿が重要視するのは、所有権規定の一つとしての九〇六条の性格である。

前節でも見たように、所有権には積極的権限として自己の物を任意に処分する権限が、消極的権限として自己の物に対するあらゆる干渉から他人を排除する権限——それを具体化した一つが一〇〇四条における防衛請求権——とが備わっており（九〇三条）、土地所有権といえどももちろん例外ではない。つまり、土地所有者は自己の土地を自由に利用できるのであるから、自己の土地から（法律による他のために反しない限りで）作用を排出することもできる。また、消極的権限を行使して、自己の土地利用に対する侵害を禁止できる。

これが所有権に関する原則論であるが、このような抽象的定式がそのままの形で具体的場面に通用するとは到底考えられないであろう。九〇六条は、イミッシオン紛争という具体的な場面において、所有権の内容に関する規律を行っている。したがって、ドイツ法においては、九〇六条は「所有権の内容」に関する規定と位置付けられている⁽²⁾。他方、都市計画が土地所有権の内容（とりわけ利用や処分の自由）に介入してくることは、特段の説明を要しないであろう。ここにおいて、土地所有権の内容の具体化をめぐって九〇六条と都市計画との交錯の可能性が考えられるのである。

そこで、九〇六条を所有権規定の一つとして捉えた上で、この九〇六条の調整の論理が都市計画との関係でいかなる機能を有しているのかを検討することとしたい。まず、九〇六条の機能として第一に挙げられる、利益ないし紛争の調整という側面を前提として見ておく（一）。続いて、九〇六条が（狭い意味での）調整という側面にとどまらない機能をも果たしていることを考察する。ここでは、国土整備に対する機能という側面から、九〇六条における調整の論理が検討されることになる（二）。そして、以上の機能を確認したことを踏まえて、とりわけ都市計画

との関係でこの機能にいかなる限界があるのかという点に目を向けていくこととしたい（三）。

一 所有者間の利益の調整

九〇六条の規範目的として最初に挙げられるのは、例えば以下のような説明である。「自己の利用権限を行使する所有者の諸利益は、密接な空間において激しく衝突することがある。九〇六条は、それぞれの土地所有者が有する原則的に同順位の異なった利用利益の間で、調整を行おうとしている。九〇六条の規定は、自己に属する物を任意に処分しかつその物に対するあらゆる干渉から他人を排除する所有者の権利であると所有権を定義する九〇三条の規定と、密接な実質的關係にある」⁽³⁾。

この説明によれば、相隣空間における土地所有者間での利益衝突を調整することが九〇六条の主要な任務であると理解できよう。本稿の関心の主要な対象は九〇六条における都市計画との接点にあるが、その前提として、この利益の調整においていかなる目的が設定されているのか、また、それがいかなる構造を通じて果たされるのかについて、簡単ながら確認しておきたい。⁽⁴⁾

1 必要性

まず、九〇六条による調整によって何が目的とされているのかを見ておこう。このことは同時に、なぜ九〇六条による調整が必要とされるのかを解明することにも結びついている。というのも、調整を必要とする何らかの不都

合が存在することを前提とした上で、その不都合を解消することが九〇六条の目的と見られるからである。

調整の必要性および目的を考察する上で重要なのは、九〇六条による調整が相隣関係における「特有の状況」に対処するものとされていることである。⁽⁵⁾そこで、この「特有の状況」という視点を中心として、いかなる必要性および目的が見出されるのかを検討することとしたい。この「特有の状況」は二つの視点から眺めることができる。すなわち、土地としての特性、および、土地所有権から生ずる権限の特性、という視点である。

(1) 土地の特性に基づく視点
(a) 土地の特性

第一に、土地としての特性が、九〇六条の調整を必要とさせる「特有の状況」の一つとなっている。

土地の所有者は、自己の土地の境界内であれば、原則として隣人の要求によって妨げられることなく自由に自己の土地を利用できる。境界を越えてしまった場合には、被害地所有者の防衛請求権が優先され、その反面として所有者の利用利益は後退しなければならない。九〇三条および九〇六条の原則からすれば以上のような帰結になるが、しかし、土地の特性を考慮するとこの原則を貫徹させることは到底できない。つまり、九〇六条による調整の必要性は、まさにこの土地の特性に見出されることになるのである。

それでは、具体的に見てみよう。

クラインディーンストによれば、土地所有者が自己の土地を利用する場合において、そもそも、隣地へ何らかの影響が及ぶことを全て禁止することはできない。なぜなら、「土地は、地表面においてもその上の大気層においても、自然のつながり natürliche Zusammenhang を有しており」、人間の引いた所有権の境界といえどもこの自然

のつながりを変更することはできないからである。したがって、人間による土地利用は、隣接する空間の利用にも不可避的に影響を及ぼさざるをえないのである。⁽⁶⁾

この説明をさらに詳しく見てみると、二つの異なる視点によって構成されている。

一つには、イミッシェーションのように大気を媒介として伝導する作用については、これを絶対的に禁止することは不可能である。すなわち、「自然現象や人間活動は物理的な作用を伴っており、その作用は大気の中で自然に従って伝わってしまい、制御不能である」⁽⁷⁾。

しかし、より重要なのは、もう一つの視点である。上記説明では、土地における自然のつながりと法的な分離との関係について言及されていた。空間利用における利益の衝突というのは、法的・人為的な境界の設定とは無関係に「事物の本質 *Natur der Sache*」から生じることであるが、この空間全体が個々の土地に法的に分割されることによって、かかる衝突は法的なレベルの問題となる。その場合に、例えば「他人の土地への物理的もしくは有体的な越境作用を同一内容で禁止することは、土地を法的に分割していることと合致しない」⁽⁸⁾のである。したがって、法的なレベルでの衝突規制を通じて、隣人の利益に対する侵害がいかなる範囲で許容されるか（その反面として禁止されるか）が決定されなければならない。このような意味において、相隣法は「必然的な衝突規制」であると性格付けられるのである。⁽⁹⁾

このようにして、「自然のつながり」という土地の特性が、法的には区分された土地においてイミッシェーション紛争をもたらすことになる。したがって、九〇六条は、かかるイミッシェーション紛争に対処すること、すなわち、所有者間のイミッシェーションをめぐる紛争を調整することを、その必然的な任務としてしていることとなる。⁽¹⁰⁾

(b) イミッシシオンの「原則問題」との関係

ここで注意しなければならないのは、イミッシシオン禁止を原則とするにせよイミッシシオン自由を原則とするにせよ、土地の特性という視点を常に見出すことができることである。

立法過程において土地の特性が指摘される場合、それはイミッシシオンの「原則問題」⁽¹¹⁾と関係していた。イミッシシオンの「原則問題」とは、民法典の態度としてイミッシシオンの自由が原則なのかそれとも禁止が原則なのか、という問題である。イミッシシオンの自由が原則とされる場合には、それは土地所有者が原則として土地利用に伴っていかなる作用を排出しても構わない（反面としてイミッシシオン被害を受けた土地所有者はこれに対する防衛請求権を行使できない）ということになり、他方、イミッシシオンの禁止が原則とされる場合には、イミッシシオン被害を受けた土地所有者は原則としてこれに対して防衛請求権を行使できる（反面としてイミッシシオンを排出する土地所有者はその排出を禁じられる）ということになる。

立法過程において「原則問題」は何度か転換したが、どちらの原則からも、土地の特性を理由としてイミッシシオン紛争を調整する必要性が一貫して指摘されていた。⁽¹²⁾

すなわち、イミッシシオン禁止を原則とする立場を採れば、土地の境界性・不可侵性の原則ゆえにイミッシシオンは原則として違法であり、したがってイミッシシオン被害を受けた土地所有者はこれを禁止できるはずである。しかし、自然条件的な事情などの土地の特性を考慮して、この者に受忍義務を課す形で調整がなされる。したがって、イミッシシオン被害を受けた土地の所有権の消極的権限がいかなる場合に制限されるのか、という問題設定がなされるのである。これに対して、イミッシシオン自由を原則とする立場は、土地の特性を指摘することによつ

て、イミッシオン禁止原則およびその背後にある土地の絶対的な法的分離の原則が貫徹できないことを批判している。そして、原則としてイミッシオンは適法であるところ、いかなる場合に当該イミッシオンが違法評価を受けるのか、という形でイミッシオン紛争を調整すべきことを主張しているのである。

したがって、いずれにせよ、九〇六条における調整の必要性および目的を考える上では、土地の特性という視点が重要な意味を担っているのである。なお、付言しておけば、現行九〇六条はイミッシオン禁止を原則とするものと理解されているから、前者の説明が当てはまることになろう。

(2) 土地所有権から生ずる権限の特性

第二に、九〇六条における「特有の状況」として、土地所有権から生ずる権限の特性を提示することができる。この点は、以下のように説明される。⁽¹³⁾

(a) 「土地利用における相互的な閉塞」

土地所有者は九〇三条に基づいて積極的権限と消極的権限を有しており、これらの権限を相隣関係においても行使できることは当然である。もちろん、相隣関係の他の所有者にも同一の権限が与えられている。したがって、両土地所有者ともに、積極的権限を行使して土地を利用する際にそれに伴って作用を排出しても構わないし、また、隣地からの侵害があった場合には、消極的権限を行使して一〇〇四条に基づきその妨害排除・不作為を請求できることになるはずである。

しかし、このような場面において両土地所有者が自己の権利を無制限に行使できるとすれば、「土地利用における相互的な閉塞」という形で行き詰まりが生じる⁽¹⁴⁾ことになる。すなわち、土地所有者が自己の消極的権限を行使す

ることによって、隣地から生ずるイミッシオンをすべて除去できるとしたならば、この土地所有者自身も、隣地へと侵入するような作用を自己の土地において生じさせることはできないことになる。これは、土地の利用可能性を著しく阻害することにもなりうる。他方、それとは反対に、ある土地から他の土地へのイミッシオンの侵入を無限定に許容すること、つまり、土地所有者の積極的権限（利用権限）を強調してイミッシオンの排出を無限定に認めるならば、他の土地における利用可能性が事実上破壊されてしまうことになろう。したがって、積極的権限であれ消極的権限であれ土地所有権の権限を無制限に許容することは、一方の土地にとっては好都合であっても他方の土地にとっては不利益となり、その相互関係ゆえに結局は相隣関係における土地の有意義な利用を不可能にしてしまうのである。⁽¹⁵⁾つまり、イミッシオンの防御と土地の利用可能性とは相反する関係にある。土地所有者は、他の土地からのイミッシオンを禁止できる程度に応じて、その分だけ自己の土地の利用可能性についても制限を受けているのである。

(b) 土地利用のモデル

以上見てきたように、土地所有権の積極的権限と消極的権限は、その他の土地所有権との関係で「土地利用における相互的な閉塞」状態を生み出す。このことは、土地利用についてどのようなモデルを想定するのか、といった観点にも関わってくる事柄である。クラインディーンストの説明に依拠してこの点を見てみよう。

クラインディーンストは、土地利用のモデルとして「静的モデル」と「動的モデル」を提示し、それぞれのモデルの長短を検討することを通じてその調整の必要性を導く。⁽¹⁶⁾

まず、「静的モデル」とは、「土地所有者の消極的権限を指向するモデル」である。このモデルにおいては、土地

所有者は自己の土地に対するあらゆる作用から他人を排除できるが、しかし、自らも自己の土地を利用できなくなるであろう。なぜなら、隣人にも同様の権限が与えられており、その権限によって實際上所有者は自己の所有権の領域における全ての行為自由を奪われてしまうからである¹⁷⁾。もつとも、静的モデルにも長所がある。このモデルにおいては、全ての者が他人に対して同一の方法で全ての作用の完全な差止を要求できることになるから、その意味では、他人と全く同様の法的地位が保障されることになる。すなわち、「全ての所有者の法的平等が最適に実現される」のである。

しかし、このような静的モデルにおいては生活上の重大な支障が出てくる。すなわち、「所有者は、文明化された産業地域および産業社会において、それどころか現代的な産業地域および産業社会において、生活できないであろう。むしろ、原始林の中で完全に不動の状態で生活しなければならぬであろう」というのである¹⁸⁾。

それでは、「動的モデル」はどうか。このモデルは「土地所有者の積極的権限を絶対視するモデル」と規定される。クラインディーンストは、このモデルの長所を特別に示すことなく、その最大の短所、すなわち個々の土地所有者間で極限の不平等が生じることのみを強調している。このモデルにおいては、各土地所有者は自己の土地において自己の望むことを自由に行うことが許されており、かかる自由に対する法的な限界は存在しない。事実上の限界というものは一応存在するが、この事実上の限界も「乱暴かつ恣意的」にその都度の隣人によって設定されるにすぎない¹⁹⁾。実際には、強者たる土地所有者が、「隣地の所有権を空虚な権利 *nudum ius* に至るまで収用できる」結果となってしまう。つまり、もつとも無神経で、しかも、もつとも周囲に強力な影響を及ぼしている利用形態のみが生き残ることとなり、かかる影響によって被害を受けやすい利用形態は徐々に消滅するに至るであろう。

このような事態は、土地所有権の概念を、形式的には任意の支配権限と定義しているとしても、実質的には何らの保護も受けない無内容の概念とするものであり、到底受け入れ難い状態である。⁽²⁰⁾

(c) 調整の必要性

「土地利用における相互的な閉塞」は、このように土地利用のモデルからも説明されるが、いずれにせよ、このような相隣状況においては「相互的な譲歩」という形で調整が必要とされるのは当然であろう。そこで、九〇六条は「作用を被る土地所有者と作用を発生させている土地所有者との相矛盾する諸利益を正当に調整しようとしている⁽²¹⁾」のである。具体的には、他の土地からのイミッシオンに対する土地所有者の防御請求権の範囲を制限することによって、相矛盾する所有者の利益の対立関係を克服しているのである。⁽²²⁾

このことを土地利用のモデルから説明すると、以下のようになる。

静的モデルも動的モデルも法秩序にとって実用的でないことは明らかであり、どちらのモデルからも所有権の内容を示すことはできない。というのも、土地所有権の積極的権限と消極的権限は上述のように二律背反の關係にあるからである。そこで、両者が並存するためには多種多様な制限が必要とされる。つまり、「九〇三条においてなされているのは異なる形で土地所有権の内容を規定する必要性」があり、これを担うのが相隣法である。⁽²³⁾

他方、土地利用が及ぼす影響について見てみると、それはそれぞれの所有権の境界内にとどまるものではない。そこで、相隣法は、九〇三条におけるとは異なる形で、所有権が「いつ、いかなる形式で、いかなる範囲で、いかなる効果を伴って」空間上の境界を越える権限を有するのかを、決定しなければならぬのである。したがって、相隣法の規定を眺めることによって初めて、「土地所有権がいかなる内容を持つのか」すなわち「法秩序がいかな

る権限を土地所有者の資格で個人に原則として配分しているのか」が判明するのである。⁽²⁴⁾

(d) 判例

連邦通常裁判所の判例も、このような観点から調整の必要性を述べている。例えば連邦通常裁判所一九八三年一月二一日判決（BGHZ88, 34）は、「侵害」という概念（一〇〇四条）からも、また「作用」という概念（九〇六条）からも、土地所有者の諸権限を隣地の所有者との関係で十分に調査することはできない。：とりわけ九〇三条は、何が作用として禁止された何が禁止されないのかについて何も述べていない。土地を任意に処分できるといふ双方にとっての無制限の権利は、他人をあらゆる作用から排除できるといふ無制限の権利と同様に、双方の土地における有意義な利用を不可能にしてしまうであろう。土地隣人間で必要とされる利益調整は、相隣法上の諸規定、とりわけ九〇六条によって形成される⁽²⁵⁾、⁽²⁶⁾、としている。

2 構造

次に、ここまでの叙述の中でも言及されてきたが、調整の構造という側面から九〇六条における調整を見てみよう。

(1) 所有権の内容規定としての位置付け

九〇六条が九〇三条・一〇〇四条といった所有権の内容規定との体系的連関に位置付けられていることは、これまで述べてきたことから理解されうであろう。

土地所有権から生ずる権限の特性として上記で指摘したように（上記1(2)参照）、イミッシオーンの禁止の程度と

土地の利用可能性の程度とは相互に相反する関係にある。つまり、イミッシオンの禁止が強められれば、それだけ自己の土地の利用可能性も制限されることになるし、イミッシオン禁止が弱められれば、その分だけ自己の土地の利用可能性は増大することになる。このような事態を踏まえれば、例えば、A地の所有者の生活がB地へ何らかの作用を加えている場合において、この作用が禁止される程度にまで及んでいないならば、この作用に対するB地所有者の防御請求権は内容的に制限されなければならないであろう。なぜなら、B地所有者の防御請求権を制限しておかなければ、A地の土地利用の可能性が著しく制限されることになるからである。

したがって、両者のこのような関係を考慮すると、イミッシオンに対する土地所有者の防御請求権を規定しなければ、所有権の内容と限界も決定することができないことになる。²⁷⁾それゆえ、九〇六条は、イミッシオンを被った土地所有者の防御請求権を制限することを通して、九〇三条の所有権規定と密接に関係しているのである。

(2) 所有権配分規範

さらに、九〇六条が所有権の内容に関わる規定であると位置付けられることは、この規定が所有権配分規範であることを示している。

九〇六条が一定の場合において被害地所有者に受忍義務を課すという形式を採っていることからすると、九〇六条の規律は所有権に伴う義務から生ずるものではないかとも考えられる。しかし、九〇六条は、相隣関係における所有者がそれぞれ同一の権限を持っていることを前提として、その間における不可避的な利用の限界を設定する規範である。したがって、九〇六条において問題となっているのは、「空間全体の中で私所有者に認められている積極的な利用可能性が、私所有者間においてどのように配分されなければならないのか」、すなわち、「一方の権限が

他方の権限に配慮することによってどこに自らの限界を見出すのか」ということである。つまり、「一方所有者の不利益が他方所有者の利益」という関係にあり、他方所有者の状況を眺めることによって初めて一方所有者の不利益も決定されるのである。⁽²⁸⁾したがって、九〇六条は、「所有権を社会的に適切に行使すべき義務を具体化するものではなく、権利それ自体をまさに配分するものであり、もっぱら権限配分規範である」と評価されるのである。⁽³⁰⁾

以上見てきたように、九〇六条を考察する上では、九〇六条が所有権の内容に関する規定の一つであることを無視することはできない。このことは、九〇六条における調整の論理を都市計画と交錯させることにもなる。というのも、都市計画は、現代において所有権の内容を決定するにあたって重要な役割を果たしているからである。その際にはまた、都市計画との関係で九〇六条の調整の論理がどこまで射程範囲を持つのか、といった問題点も生ずることになろう（下記三参照）。

3 内容

最後に、土地所有者間の利益の調整によって達成されるべき内容について言及しておこう。まず、九〇六条が規律している内容を見た上で、それが土地利用にとってどのような意味を持つのかについて叙述する。

(1) 隣地への作用の禁止と許容

九〇六条が所有者の権限を定める規範であることは、前述の通りである。ところで、九〇六条一項は、「土地の所有者は、ガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・振動および他の土地から生ずる類似の作用を、当該作用が自己の土地の利用を侵害していないかあるいは非本質的に侵害しているにすぎない限りでは、これを禁止することができな

い」と規定している。この規定からも分かるように、九〇六条は、他の土地から侵入してくる作用に対する土地所有者の防御請求権を制限するという形式を採っている。かかる形式から、九〇六条の規律内容は以下のように説明される。

九〇六条の規定によれば、一定の要件を満たした場合には一〇〇四条に基づく土地所有者の防御請求権が制限されることになる。他方、要件を満たさないその他の場合には、防御請求権が残存し、むしろ強調されている⁽³¹⁾。つまり、隣人の土地利用が外部へ作用をもたらししている場合において、被害地所有者の防御請求権を制限したり強調したりすることを通じて、この隣人の自由な土地利用を枠付けようとしているのである。

したがって、九〇六条の規律内容は二面的であると言える。一方では、他方所有者の防御請求権を制限することによって一方所有者の積極的権限を前面に出して、九〇六条所定の作用を発生させることを許容している。他方では、土地所有者の防御請求権を強調することによって消極的権限を優先させて、作用発生地からの作用の発生を排除している。つまり、作用を許容することも禁止することも、土地所有者の防御請求権を媒介として九〇六条の調整の規律内容となっているのである⁽³²⁾。

(2) 土地利用にとっての意味

以上見てきたように、九〇六条は、土地から生ずる作用を許容しあるいは制限することによって、相隣関係における土地所有者間の利益を調整している。しかし、かかる調整は、対立する土地所有者間の利益紛争を解決するにとどまらず、さらに土地利用にとっても重要な役割を果たしている。

既に立法過程において「生活の要請」の確保や「土地の有用性の保全」といった指摘がなされており、近時の一⁽³³⁾

般的な説明もこれとほぼ同様である。すなわち、九〇六条は、イミッシオンに対する土地所有者の防御請求権を制限することによって、相矛盾する所有者の利益の対立関係を克服すると共に、「あらゆる土地のできる限り集約的で理性的な利用を空間の一部分として保障しようとしている」のである。⁽³⁴⁾同様に、九〇六条による利益の調整を通じて達成されるべき目標として、「双方の土地での有意義な利用」⁽³⁵⁾あるいは「相隣空間の最善利用」⁽³⁶⁾が指摘されることもある。

したがって、九〇六条による利益の調整の目的は、イミッシオンをめぐる隣人間での利益紛争を解決することと合わせて、土地の有意義な利用を達成するという土地利用のあり方とも密接に結び付いている。つまり、イミッシオン紛争という限られた枠組みの中ではあるが、九〇六条における調整の論理は、土地所有者の権限を規律することを通じて、相隣関係における土地利用のあり方にとっても重要な役割を果たしているのである。それゆえ、九〇六条は、所有権の内容を決定して土地利用をコントロールする規範の一つとして理解されなければならないであろう。

以上が、九〇六条における利益の調整の概観である。イミッシオンをめぐる所有者間の利益の対立は土地の特性からして当然に生ずる現象であり、この対立を調整する必要性が明確に認められる。しかし、九〇六条において特徴的なことは、これを土地所有権の権限の調整という視点から捉えていることである。すなわち、イミッシオン被害地の所有者の防御請求権を制限あるいは強調することによって、イミッシオンを許容あるいは禁止し、かかる規律内容を通じて土地所有者間の利益の調整がなされているのである。そして、九〇六条が土地所有権の内容

の決定に関わる規定として位置付けられたことにより、そこには土地利用に対する目標設定も見出されることとなったのである。つまり、有意義な土地利用を達成するために、九〇六条による利益の調整がなされることになる。したがって、九〇六条は、その他の規範と共に、このような土地利用の内容を決定する規範の一つとして理解されることになる。それゆえ、九〇六条における調整の論理も、土地利用と一つの（しかし重要な）接点を有していると理解されなければならない。また、クラインデインストの指摘した土地利用のモデルという視点から考えてみても、イミッシオンに関する規律が土地利用に多大な影響を及ぼしていることが理解できよう。

しかしながら、九〇六条における調整の目的は、土地の有意義な利用という説明にとどまるものではない。確かに、土地の有意義な利用の達成といった場合にも「あらゆる土地」が対象とされており、しかも「空間の一部分として」達成されると述べられているから、個別の土地利用だけでなく土地利用一般がかかる目標の対象となっていると言える。ところが、九〇六条による調整の目的はさらに国土の利用に対しても向けられており、個別の土地での有意義な利用といった目的を越えて、例えば「合目的な国土利用」あるいは「経済的に有意義な国土利用」といった目的が指摘されているのである（詳細は下記二参照）。しかも、このことは、九〇六条の調整の構造や規律内容を通じて行われている。すなわち、土地所有者の防御請求権を制限することを通じて土地所有者間の権限の調整をするという、九〇六条の調整の構造や規律内容の枠組み自体は保たれつつも、この枠組みに含まれる諸概念やそこから生ずる法律効果の中へ国土整備に関わる視点が流れ込み、その結果として国土整備に寄与しているのである。

本稿の問題関心からは、九〇六条と国土整備とのかかる接点が非常に興味深い。そこで、この点について詳しく見ていくことにしよう。

二 国土整備に対する機能

ここまでは土地所有者間の利益の調整という機能を見てきたが、九〇六条（あるいはより広く相隣法）の機能として指摘されているのはそれだけではない。さらに国土整備をも視野に入れて九〇六条の機能が説明されている。

1 序論

機能の分析に入る前に、いくつかの前提事項について述べておこう。

(1) 背景

まず、この機能について考察する前提として、国土整備に対する機能がなぜ注目されるようになったのか、また、より一般的には、九〇六条の機能がなぜ意識的に考察されるようになったのかを確認しておこう。ドイツ法においてかかる機能が考察されるようになったのは、単に理論的なレベルのことではない。かかる機能の意識は既に民法典施行前から学説の中で指摘されていたが（後述3参照）、その後、むしろ現実に即した問題意識の中でこの機能が意識的に検討・再評価されてきたのである。その意味で、この機能の背景に目を向けておくことが重要と思われる。

そこには、主として以下の二つの背景を挙げることができるであろう。⁽³⁷⁾

第一に、このような検討・再評価を促したそもその背景は、ドイツにおける相隣関係の現状にあるといえよう。すなわち、人口密度の増加、進歩的な技術発展とそれに伴うイミッシオンの増加・強大化、空間の緊密性といった理由から、⁽³⁸⁾相隣関係におけるイミッシオン防止規定である九〇六条が実際上きわめて重要な意義を担うようになったのである。このような状況においては、九〇六条は「小規模な空間でのイミッシオン」に関して調整を行うという理解では狭すぎる。むしろ、不利益なイミッシオンを回避することにより国土利用・空間利用を制御するという形で、九〇六条の意義が捉えられるべきとされるのである。⁽³⁹⁾

第二に、以上のような現状認識も踏まえた上で、環境問題の解決という観点から民法典の相隣法規定を考察する機運が高まったことが重要である。すなわち、技術の発展とそれに伴うイミッシオンの増加・強大化によって、騒音や大気・土壌・水の汚染による人間環境への差し迫った負担が懸念されるようになったわけだが、かかる環境問題を解決するのに民法上のイミッシオン防止規定（その中心は九〇六条）が適切なのかどうか議論されるようになった。相隣法の機能が注目されるようになったのは、このような一連の流れの中にある。⁽⁴⁰⁾

この第二点に関連するが、このような環境問題の切迫に加えて、これに対処するべき公法の問題点が浮き彫りにされたことも、相隣法の機能を考察する必要性を認識させるに至った重大な事情である。確かに、環境法の重点が公法（厳密には行政法）に置かれることは明らかであろう。人間活動の規制を通じて公益を貫徹させることよって環境法は行われなければならない、それは公法の任務であり、より厳密には規制法Ordnungsrechtの任務であると理解されている。⁽⁴¹⁾しかし、このような公法・規制法システムについては、しばしば、財政上の限界、人的・物的

設備の欠如、利益関係者による環境保護の妨害などといった「執行の不足 Vollzugsdefizit」が指摘されてきたことも事実である。⁽⁴²⁾ このような公法の弱点が明らかになったことに加えて、さらに様々な手段を用いて環境問題に対処するアプローチ（多次元的な思考アプローチ）⁽⁴³⁾ が提案され、このような中で民法における相隣法の機能が改めて問われることになったのである。

（2） 環境保護と国土整備

ところで、このような背景を眺めると一つの疑問が生じるかもしれない。九〇六条の機能が広く議論されるきっかけとなったのは、上で見てきたように、主として環境保護への対処にあった。実際、以下で参照する文献の多くは環境保護を問題意識として展開されている。そうであるとすると、これらの文献の対象である環境保護と、本稿の関心の対象である国土整備および都市計画とは、どのように関係付けられるのであろうか。そもそも環境保護の問題であり、国土整備および都市計画との接点を見出すことは不可能なのではないのか。

この疑問には——詳細は今後の分析の中でも明らかにされていくであろうが——ひとまず以下のように答えることができる。

一つには、議論の出発点は環境保護にあったとしても、その議論の中では九〇六条の根本的な機能への考察がなされており、したがって、国土整備に対する機能も環境保護という枠組みを越えた根本的な所で理解することができる。それゆえ、九〇六条の根本的な機能というレベルにおいて都市計画との接点を見出すことは十分に可能である。⁽⁴⁴⁾

もう一つの重要な点は、そもそも実効的な環境保護を構築するためには国土整備や都市計画の観点が必要不可欠

である、と指摘されていることである。

環境保護の手段という観点からは、事後的に損害を修復ないし補償するという形だけではなく、環境の侵害あるいは危殆化を前もって発生させないことに事前に配慮することも重要である⁽⁴⁵⁾。かかる事前配慮原則を実現するための一つの手段が計画であり、「国土整備法と建設基本計画が、環境保護における計画的形成の可能性と手がかりを提供する」のである。つまり、かかる国土計画および都市計画は、「個々の用地を競合的な利用に空間的に配分すること、国土を形成すること、および、公共投資を誘導することを通じて、適切な生活条件全体が創られるように国土の発展を制御すること」を任務とし、環境保護もここに含まれる。すなわち、これらの計画は、「とりわけ国土における経済発展と開発活動の制御を通じて、他方では行為者の自由の余地を決定することを通じて、環境侵害への侵害の発生を前もって予防しあるいはその有害な影響をできる限り早期に最低限に抑制している」のである⁽⁴⁶⁾。

以上の説明から示されるように、いずれにせよ、国土整備およびその範疇としての建設基本計画が、事前配慮という観点において環境保護のために寄与しているのである。その意味では、環境保護を出発点として国土整備に対する機能を語ることは矛盾するものではなく、むしろ当然のことと言えるであろう。

(3) 国土整備の意味

序論の最後として、国土整備という概念がいかなる特徴を有しているのかを確認しておく。後述の学説による分析においては、九〇六条の諸要件における根本思想と国土整備の特徴とを比較することによって、九〇六条の国土整備に対する機能が根拠付けられる場合がある。そこで、あらかじめこの点を見ておくことが便宜であろう。

プファイファーは、国土整備法⁽⁴⁷⁾から二つの特徴を見出している。一つは、利用の最大化を図るという目標、もう

一つは、経済的・社会的・文化的な諸要請および自然の現状への指向である。⁽⁴⁸⁾

もつとも、これ以上に国土整備の特徴について探求しておく必要はないであろう。というのも、本稿の関心は九〇六条と国土整備（および都市計画）との接点を見出すことにあるから、さしあたってその接点が確認できれば目的は達せられるからである。また、プファイファー以外の各論者は、国土整備概念の明確な内容の特段に示すことなくこの表現を用いているため、この概念の厳密な定義にこだわる必要もないと思われる。したがって、国土整備とは、広義の国土整備の意味（「土地の利用ならびに自然的社会的文化的経済的事実や要求をその決定過程におりこんだ、人間の居住空間に影響する全ての事業や措置を包含する総合的な計画」）で、あるいは、より抽象的に「ある地域の存在している状態、あるいは、ある地域に一定の状態を作り出そうとすること」という意味で理解しておけば十分であろうと思われる。なお、ドイツの都市計画法制において重要な位置を占める、市町村の策定する建設基本計画も、かかる国土整備の概念の中に含まれると理解されている。⁽⁴⁹⁾ それゆえ、九〇六条と国土整備との接点は、九〇六条と建設基本計画との接点をも含んでいる（なお、下記第三節も参照）。

前置きが長くなったが、それでは国土整備に対する機能について見ていくことにしよう。まず、国土整備に対する機能の存在について若干確認する（2）。続いて、学説による分析に入る。学説による分析は主として三つの観点から行われているので、立法者の意図（3）、個別の要件・効果（4）、九〇六条の適応力（5）という順でそれぞれ見ていき、最後に全体のまとめをする（6）。

2 機能の存在

九〇六条については、先に述べた調整機能に加えて、国土整備に対する一定の機能も認められている。近時の注釈においては、例えば、「国土発展のための操縦道具」⁽⁵⁰⁾、「空間の最善利用という意味で国土を整備する機能」⁽⁵¹⁾、「公共の利益のための国土整備的・環境保護的な機能」といった表現が見られ、明確な定義こそなされていないが、このような機能自体が承認されることについては異論がないと思われる。そこで、たいていの文献⁽⁵³⁾において引用されるヴェスターマンの見解⁽⁵⁴⁾を中心に、シュルテの説明も補足しながら、国土整備的機能がいかなるものとして意識されているのかを見ておこう。

(1) ヴェスターマンの説明

ヴェスターマンは、法的な手段によって環境保護を確保しようという要請と努力とが高まる中で、相隣法が何らかの役割を担うことができるのか、必要とあればどのような役割をはたしうるのかという問題意識から、相隣法の機能の考察を進める。そして、相隣法の核心的な機能は、「空間の一部分たるすべての土地においてできる限り良好で集約的な利用可能性が帰結される」ための、土地所有者間の権限衝突の調整であるとしている⁽⁵⁵⁾。

しかし、ヴェスターマンはさらに、「私益間の紛争は、どのようにすれば、結論が公共の利益に合致するだけでなく公共の利益ができる限り促進されるように、九〇六条の判断基準でもって規律されるか」と問題提起をする。そして、こう答える。「私益間の紛争の（正当な）規律は、公共の福祉を促進するために動員される。追求される目標は、できる限り意味と目的に適った国土利用がその帰結となるように、防御権限、利用権限、および作用排出権限において土地利用を規律することである」⁽⁵⁶⁾。

このヴェスターマンの叙述から、国土整備に対する機能を以下のように特徴付けることができよう。第一に、こ

の機能の根拠となっている九〇六条の目的が、そもそも公益を志向していることである。すなわち、イミッシオンをめぐる私人間の利益紛争の解決は、一見すれば私益間の事柄であるにもかかわらず、「できる限り意味と目的に適った国土利用」という公共の利益を達成する方向に向けられている。第二に、この機能の視野である。この機能が念頭に置くのは、相隣空間における土地間の紛争解決にとどまらず、さらに大きな規模としての国土利用にまで及んでいることが特徴的である。したがって、個々の土地における利用を規律することが究極的には国土利用にまで影響を及ぼすことになり、また反対に、国土利用に影響を及ぼすように個々の土地利用の規律が行われなければならぬ。第三に、この機能の発現形態である。九〇六条が土地所有権の内容に関する規定であることから、国土整備に対する機能は、土地所有者の権限を規律するという形で現れることになる。具体的には、ヴェスターマンの指摘する諸権限が場面に応じてそれぞれの土地所有者に認められあるいは認められなくなるという九〇六条の枠組みを介して、国土利用の制御が行われることになる。

(2) 「経済的に有意義な国土利用」

ところで、国土整備に対する機能の特徴として掲げた第一点、すなわち、九〇六条の目的が国土整備を志向しているという点に関して、シュルテの説明で若干の補足をおきたい。シュルテの説明は、ヴェスターマンと同じとは言い難い面もあるが、少なくともこの第一点に関する限りでは示唆に富んでいると思われる。

シュルテも、ヴェスターマンと同様、相隣法が土地利用の衝突を規律する規範であると理解している（自身では「必然的な衝突規制 *notwendige Kollisionsregelung*」と呼んでいる…上記一(1)参照)。このことを確認した上で、シュルテは、かかる相隣法によっていかなる公益が果たされるのかを検討し、相隣法（特に九〇六条）の基礎となつて

いるのは「経済的に有意義な国土利用の原則」であると結論付ける。⁽⁵⁷⁾それは、以下のようにして説明される。

九〇六条二項二文によれば、適法ではあるが過度の排出を行うことよって隣人の土地利用を重大に侵害している者は、この隣人に対して補償をしなければならぬ。このことは確かに「正義」⁽⁵⁸⁾に適ってはいさうである。というのも、被害者にとつて偶然の状態、すなわち、隣人が被害者とは異なる態様で土地を利用しており、しかもその利用から生じる影響が隣人の土地内にはとどまりえないほど過度であるという状態が、「正義」の根拠として認められそうだからである。

しかし、シュルテは、「このような状態がそもそもいかにして生じたのか」に注意しなければならないとする。すなわち、このような状況が生じたというのは、作用を排出している土地所有者に対して、その排出とそれに伴う隣人への侵害とが許容されたからにすぎない。「このことは正義なのかそれとも不正義なのか。おそらく、このことは正義には無関係であると言わなければならないであろう」。作用の排出によつて隣人を加害することが土地所有者に許されるのか否かは、正義の問題では説明できない。なぜなら、作用を全て許容することも禁止することも、相隣法の「必然的な衝突規制」としての性格ゆえに不可能だからである。⁽⁵⁹⁾また、個別の要件を見ても、侵害の要件たる場所的慣行性のメルクマールは正義とは無関係である。なぜなら、なぜ場所的慣行の侵害が場所的慣行でない侵害よりも正義に適っているのかは、洞察不可能だからである。被害者にとつては、侵害が場所的慣行であろうとなかろうとどうでも良いことである。加えて、場所的慣行の侵害であれば誰もが予見できるだろうという場所的慣行性概念の発想も、かかる侵害を許容するための正義の基準ではない。結局、場所的慣行のイミッシオンとそのほかのイミッシオンとを区別するための正義の根拠なるものも、見出すことができないのである。⁽⁶⁰⁾

以上のような考慮から、シュルテは、「正義の原則は相隣法の規制についての完全な説明を与えるものではない」とし、それに代わって「経済的に有意義な国土利用の原則が、相隣法における公益であり、それと共に、まさに具体的な解決を導く決定的な考え方である」と結論付けるのである。⁽⁶¹⁾

そして、「必然的な衝突規制」としての相隣法の性格と、「経済的に有意義な土地利用」という相隣法の公益とが結び付けられることになる。すなわち、「経済的に有意義な利用が必要とされるがゆえに、必然的な衝突規制が必要とされる。衝突規制がなければ、ある種の状況は有意義な国土利用を妨げるものとみなされてしまうであろうがゆえに、衝突規制が必然的なものとされた」と述べている。つまり、「必然的な衝突規制」たる相隣法は、国土を使用する行為の秩序付けを達成することを意図するものとされた上で、その秩序付けの目標が「経済的に有意義な利用」に設定されているのである。⁽⁶²⁾ ここで注意すべき点が二つある。一つは、「個々の土地」ではなく「国土全体」の経済的に有意義な利用が、相隣法の対象とされていることである。⁽⁶³⁾ したがって、相隣地所有者間の利益の調整という枠組みの中で、国土整備の視点も含まれているのである。もう一つは、シュルテの指摘するこの「経済的に有意義な国土利用」という目標は、「相隣法の必然的な副次的現象」として果たされるものではなく、九〇六条において直接に追求されるべきものと理解されていることである。⁽⁶⁴⁾

以上見てきたように、九〇六条の目標が国土整備に向けられているということ（ヴェスタマンによる特徴付けの第一点）は、シュルテによれば当然のことであるといえよう。国土の利用における衝突は法的・人為的な境界とは無関係に「事物の本質から」生ずるものであるところ、国土が個々の土地に分割されることによってかかる衝突は

法的なレベルの問題となる。したがって、法的なレベルでの衝突規制を通じて、隣人の諸利益に対する侵害がいかなる範囲で許容されるのか（その反面として禁止されるのか）が決定されなければならない。このような意味で相隣法は「必然的な衝突規制」なのであるが、この場面において何が許容され何が禁止されるのか、また、場所的慣行の侵害と場所的慣行でない侵害との区別も、正義という観念だけでは説明できないであらう。そこにはやはり、国土利用という視点からでないと根拠付けられない論理が働いているのである。

そこで、次の問題点は、この機能がいかなる根拠に基づいているのか、そして同時に、この機能が九〇六条のいかなる要素を通じて働いているのかを検討することである。この点については様々な説明がなされているが、筆者の見るところ、これらの説明は三つの着眼点に依拠している。すなわち、立法者の意図（下記3）、個別の要件・効果（下記4）、そして、九〇六条の適応力（下記5）である。それぞれについて詳しく見ていくことにしよう。

3 立法者の意図

(1) 序——学説の分析による立法者の意図

立法過程においては、国土整備に対する機能についての明示的な指摘は見られない。先にも述べたように、「有意義な利用」や「生活の要請」といった表現は確かに見られるが、それはどちらかといえば利益調整という側面を示すものであり（上記1-3(2)参照）、それ以上に「公共の福祉の促進のためにできる限り合目的な空間利用を達成する」といったような意味を含むものではなかった。それでは、かかる機能を立法者は意図していなかったのだろうか。

ところが、学説による分析によれば、立法者は九〇六条に「個別事例における紛争解決を超えた、公共の利益のために国土を整備する機能」をも与えようとしていたと評価されており、今日においてこのことは一般的に認められているところである。⁽⁶⁷⁾ この分析によれば、九〇六条の内容とその判断基準は、相隣法における実体に条件づけられた機能から生じてきたものであり、国土の状況および国土形成に対する公共の利益によって個別の事項が決定される、と評価されている。そして、相隣法のかかる実体関連性は、民法典施行以前の法状況を観察してみても明らかであるという。しかも、この時期は明確な法律規定がなかったため、判例は「事物の本質」や一般的な諸原則から紛争解決のための判断基準を展開せざるをえず、その点でもこの時期を概観することは極めて興味深いとされている。⁽⁶⁸⁾

そこで、この学説による分析の助けを借りることによって、立法者がどのような根拠に基づいてかかる機能を付与しようとしたのかを考察したい。

(2) 民法典施行以前のイミッシオン法の発展過程

国土整備に対する機能の萌芽を見る前に、まず、民法典施行以前のイミッシオン法の発展過程⁽⁶⁹⁾について概観しておこう。この概観の目的は、国土整備に対する機能がイミッシオン法のどのような発展過程の中で意識されてきたのかを確認することにある。

土地所有権には積極的権限と消極的権限が存在し、これらが根本的に二律背反の関係にあることは、先にも述べた（上記一（2）参照）。空間を介して土地は相互に関係し合っているため、この両権限が相互に並存するためには様々な形で権限を制限することが必要とされる。イミッシオン法は、このような土地所有権相互間における衝突

の問題として理解されてきた。⁽⁷⁰⁾

もつとも、民法典施行前、プロイセン法および普通法の適用下では、土地所有者の積極的な利用権限と消極的な防御権限とを調整する法律規定は存在していなかった。初期には、所有者の利用権限が発点とされ、そこから生じた作用を隣人は受忍しなければならないとされていた。⁽⁷¹⁾しかし、一九世紀後半以降、産業化の進展とイミッシォーンの増大と共に、所有権の実体を保障する機能 *substanzsichernde Funktion* が前面に出てくるようになり、防御権限にも一定の重点が置かれるようになった。その際には、他の所有者の有する同価値の利益との衝突において所有者の権限を限界付けるため、所有権概念の内容および煙の侵入に関する議論に依拠して判断要素が抽出されるようになった。⁽⁷³⁾

その中でも重要な一步を踏み出したと評価されるのが、ベルリン上級裁判所一八五二年六月七日判決⁽⁷⁴⁾である。土地所有権の権限に関する判示の部分を見てみよう。本判決によれば、「あらゆる他人の利用の排除」と「自己の無限定で任意の利用」との必然的な衝突を解決するための原則は、所有権概念に求められるという。「一方の所有者における利用権の排他性と恣意性は、他方の所有者にも同様に帰属する排他性と恣意性に、自らの必然的な限界を見出す。…まさにこのような最高原則が、いわゆる相隣法における実定諸規定の基礎となっている」。そして、このような「所有権の法的性格に由来する原則」からして、「隣人の土地へ有害な物質をもたらすことは許容されないことになる」。つまり、「土地およびその上空…は隣人の排他的な利用に属するから、この隣人は、たとえ他人の利用を通じて物質の侵入が起こっているとしても、隣地から侵入したその物質を自己の地所から排除することもできる」のである。なお、本判決の挙げる「物質」とは、物理的な形を持った客體、例えば瓦礫・石・埃などを指し

ているが、水や大気を媒介として侵入が起る場合であってもこの原則が適用されなければならないとしている。なぜなら、「イミッシオンはこのこと（水や大気を媒介とすること…筆者注）によって止揚されるわけではない」からであるといふ。⁽⁷⁵⁾

そして、その後の判例は、以上のイミッシオン禁止の原則に基づいた上で、その例外として、非本質的な侵害に対する受忍義務および加害地の通常の利用に起因する侵害に対する受忍義務を展開してきたのである。⁽⁷⁶⁾

(3) 「公共の利益のために空間を秩序付ける機能」への注目

ところで、以上述べてきた過程は基本的には、法律紛争に關与する隣人間の紛争状況を「純粹に両面的・私法的に觀察する」態度で理解したものである。しかし、この發展過程の中において、徐々にはあるが、「公共の利益のために国土整備的・環境保護的な機能を与えよう」という觀察・評価方法も現われ、「純粹に両面的・私法的に觀察する」態度を補充するようになってきたのである。早期にはイェーリングに見られ、その後、何人かの論者においてその傾向が強められた。また、ライヒ裁判所の判決もかかる機能に配慮していたとされている。⁽⁷⁷⁾ それぞれについて見ていくことにしよう。

(a) イェーリングの見解

イェーリングは、一八六三年——産業の發展とイミッシオンの増大により所有権の衝突を判断する必要性が高まった時期——の論文⁽⁷⁸⁾において、自己の見解を展開している。

最初に、イェーリングは、相隣法規定の必要性について言及する。土地所有権においては「自然的なつながりの關係 natürliche Verhältnis des Zusammenhangs」と「相互の依存性」が特徴的であり、「一つの土地をそれ自体と

して孤立して利用することはほとんど不可能である」とする。したがって、相互の助力 gegenseitige Aushilfe と受忍に関する一定の關係が定められることになる。もちろん、一定程度まではかかる關係（イエーリングはこれを「相隣關係」と呼んでいる）を隣人間の自由な取り決め（例えば地役權）に委ねることができ、しかし、「絶対的に必要不可欠とされる事柄は法律によつて常に保護されなければならない」。隣人による相隣關係の自由な形成は、有用・安樂・快適を個別的に上昇させるシステムであるのに対して、法律による規制は、「一般的に必要不可欠とされている事柄の保障」を目的とするものである。⁽⁷⁹⁾

相隣法規定の必要性をこのように確認した所で、イエーリングは、所有權に対する侵害が許容される場合と許容されない場合とを区別するための基準を考察している。

まず、イエーリングは、当該作用がどのような影響を及ぼしているかという側面を重視し、隣人は「自己にとつて何ら有害でなくあるいは負荷でない間接的な侵害」を受忍しなければならないとする。この有害あるいは負荷というものは、イエーリングによれば、その都度の所有者における偶然的諸事情ではなく、一般的な基準、すなわち「あらゆる所有者が通常・通例：有している利益」⁽⁸⁰⁾によつて判断される。したがって、土地に対する侵害が問題となる場合には、「土地の通例の利用」が基準となる。

さらに、イエーリングは、負荷という概念がどのように判断されるのかを詳論し、以下の判断基準を設定する。すなわち、「通例の生活がもたらすもの」は、たとえそれが隣人の所有權領域に対する干渉と結び付いているとしても、誰にとつても自由でなければならぬ。つまり、かかる侵害は負荷に該当せず、誰もが自由に行使できる（反面として隣人は受忍義務を負う）ことになる。これとは反対に、「特別な營業に属するもの」は、これが許容され

るためには地役権 Servitut の設定が必要である。したがって、誰もが自由に行使できるものではない。イエーリングの見解で興味深いのは、この判断基準を二つの側面から正当化していることである。一つは、（作用を排出する）所有者の立場からである。法というのは「通例の生存と一般の経営とを可能とすること」に向けられたものでなければならぬから、たとえ隣人への侵害をもたらしているとしても「通例の生活がもたらすもの」は許容されなければならない。もう一つは、（被害を受けた）隣人の立場である。「このような経営（所有者の立場の所で述べられた「一般の経営」…筆者注）の遂行に伴う、隣人の権利領域に対する諸作用」というのは、通常は「甘受しうる程度」を越えるものではない。隣人としては、かかる諸作用と自分自身の行使する諸作用とを清算しなければならず、かかる諸作用についての受忍義務には根拠がある。したがって、特別な職種や設備あるいは個人的な生活享受といった特有の要請については、隣人がかかる清算をすることができず、このような隣人に負担を課してまでこれらの要請に配慮する必要はないというのである⁽⁸¹⁾。

ここまで見てきたように、イエーリングは、負荷という極めて不特定の概念を二つの方向でより厳密に根拠付けたのである。すなわち、一つは、「土地の通例の利用」という客観的な基準であり、もう一つは、「通例の生活に属するものは許容され、それゆえ負荷とみなされない」という命題である。したがって、イエーリングによれば、負荷の問題というのは結局、「何が通例の生活において必要でありかつ慣行であるか」という問題になるといえる⁽⁸²⁾。

ここで、イエーリングは、「何が通例の生活において必要でありかつ慣行であるか」という観点がいくつかの困難な問題を解決するのに役立つという。

一つは、隣人の権利領域への作用をできる限り減少させるために所有者はいかなる設備を施さなければならぬのか、という問題に対してである。すなわち、上記観点に基づいてこの問題を処理することで、共同生活への配慮がなされ、また、一定の負荷行為の実行に関して慣行が形成されるという⁽⁸³⁾。

興味深いのは、もう一つの点である。隣人に負荷を与える一定の営業の許容性について、上記観点手がかりを与えてくれるという。イエーリングによれば、以下の通りである。一定の営業は人間の共同体に受け入れられているが、それは、誰もが自己の土地において隣人に無頓着にイミッシオンを発生できるからではない。その営業から生ずるイミッシオンが、特別な街路・街区や町の外側へこのイミッシオンを排除するほどに負荷となっており、また甘受し難いものでもない、と評価されたからである。もともと、かかる営業を甘受しなければならぬからといって、甘受し難い悪臭や過度の騒音を発生させて隣接する者の定住 *Aufenthalt* を不可能とさせてしまうような工場までもが受忍される必要はない。このような工場は、おそらく「人気のない場所 *Einsamkeit* へ」退くことになる。仮に町自体がこのような工場に従って移ってしまったとしても、その場合に工場側としては、不利益な作用を排除するための設備を施し、あるいは、隣接する土地所有者から地役権を調達した上でイミッシオンによる不利益について補償を行うか、最終的には工場の影響範囲の周辺地を購入するであろう⁽⁸⁴⁾。このように、「何が通例の生活において必要でありかつ慣行であるか」という観点に基づいて、イエーリングは、共同体（ないし町）への受け入れという側面で一定の営業の許容性を捉えているのである。

以上見てきたように、イエーリングの見解は、イミッシオンを伴う所有者の利用利益と侵害された所有者の防衛利益との衡量基準を示している。ヴェスターマンによれば、これらの基準は、①相隣的共同関係、②所有者の

個人的な特性とは無関係の「慣行」、③負荷を回避する可能性、④営業の種類、そして⑤「状況と国土形態」に焦点を合わせており、現代的な印象を与えているという。そして、このような「私法上の紛争を空間上適切に規律しよう」という願望から生じた諸基準」が、イミッシオンに関する規律に流れ込んでいると評価している。⁽⁸⁵⁾確かに、「何が通例の生活において必要でありかつ慣行であるか」という基準に関する叙述には、所有者間の利益の調整という視点を越えて、許容される営業と許容されない営業との振り分けを通じて共同体（具体的にはおそらく都市）における土地利用の規律を図るという視点が随所に見られる。

(b) その後の見解

その後、このような傾向、すなわち、公共の利益のために国土整備的機能を相隣法に与えるという思想が、さらに強くなってきた。

エッツィウスは、土地所有権制限の必要性との関連でかかる思想を述べている。⁽⁸⁶⁾

エッツィウスは、所有者の利用権 *Gebrauchsrecht* における積極的な要素を解明する際に、以下の命題を導く。すなわち、一方の所有者の利用というのは、原則として、他方の所有者の領域に物理的に侵入してはならない。つまり、他人の不利益で、所有権の外延ないし限界を越えてはならない。土地への煙・熱・蒸気・悪臭その他の有害物質の侵入から保護されるということも、このような原則に基づいて正当化されるのである。

以上の叙述を、彼はより広い視野から以下のように説明する。所有権の内容は不特定であり無限のものとして示されるとしても、所有者の利用権は決して無限定のものではなく諸々の限界が存在する。なぜなら、「人間は一人で生活しているわけではなく、他人と並存し、より大きな共同体の中で生活している」からである。したがって、

一方では、互いに並存して生活している人々の権利領域が接触し合い、他方では、「より高位でより全体的な利益が私的所有権の利益と衝突する」ことになる。したがって、「所有権に対する法律上の限界付け」が必要とされるのである。⁽⁸⁷⁾ もっとも、かかる限界付けは土地にのみ関係する。というのも、地表面の区分というのは理念的なものにすぎず、実際には大地と大気との自然のつながりが存在しており、それゆえに相互の影響を避けることはできないからである。つまり、このような特性によって引き起こされる衝突が、「法律による限界決定への要請」を引き起こすのである。⁽⁸⁸⁾

このように、エッツィウスは、どちらかといえば調整の必要性を力説している。しかし、その調整の枠組みにおいては、他人との共同生活ないし共同体という根拠を媒体として、隣人の利益と「より高位でより全体的な利益」とが同時に把握されているのである。したがって、所有権間の調整を単に私益間での事柄と理解しているわけではないことに、注意するべきであろう。⁽⁸⁹⁾

他方、エンデマンは、国土整備的機能を——基本的には産業優先の方向で——より明確に指摘している。⁽⁹⁰⁾

エンデマンは、所有権に対する一般的な法律上の制限は「相隣法の思想」に基づいて組み立てられるとする。「相隣法の思想」とは、エンデマンによれば以下の目的を有するとされる。すなわち、「近隣住民の有する公共の福祉への、場所的な諸事情に対応する社会的な配慮」を義務付けることによって、所有権の権限の濫用を防ぐことである。このような思想に基づく所有権の制限が当てはまるのは、第一次的には「隣地所有権の権利領域に対する直接の侵害」の場合である。この場合には、被害を受けた隣地所有者は妨害施設の除去を請求できる。⁽⁹¹⁾

しかしながら、所有者の設置した設備が自己の所有権の範囲内にとどまっている場合であっても、周囲の土地が

その所有者から「間接的に」有害な影響を受けることがありうる。エンデマンは、かかる場面における「相隣法の思想」を一層具体的に述べている。すなわち、「人間が居住地やさらには産業施設とますます密集すればするほど」、「両面的な利益状況の適切な調整を果たし、全ての者にとってできる限り有益に生活の諸条件を形成する」という要請が現われ重要になるというのである。その際、かかる要請においては「甘受しがたい負担や苦痛を産業の自由な発展に及ぼすことがない」ように、とエンデマンは付け加えている。⁽⁹²⁾

このように、エンデマンの説明からは、「公共の利益のために国土整備的機能を相隣法に与えるという思想」をより一層見て取ることができるといえる。すなわち、エンデマンは、「全ての者にとって有益に生活の諸条件を形成する」ことが「相隣法の思想」であるとしているからである。その際には、産業の自由な発展との均衡を保つ必要性も説かれている。以上のような意味で、エンデマンによる相隣法の理解は国土整備の特徴（上記1(3)参照）とも通ずるものがあると言えよう。

(c) ライヒ裁判所の判例

また、とりわけライヒ裁判所も、相隣法の枠内において国土整備的な機能に対する配慮を行っていた。主として、隣地への侵害が許容されるかどうかを判断するための基準をめぐって、かかる国土整備的な機能への手がかりが見出される。⁽⁹³⁾

① ライヒ裁判所一八八二年三月二十九日判決 (RGZ6, 217)⁽⁹⁴⁾

最初に、イミッシオンに関するリーディングケースとされるこの判決を見てみよう。この事件は被告印刷所からの騒音が争われた事案である。ライヒ裁判所は、本件騒音が許容されるかどうかについて概要以下のように述べ

た。

異常な影響を持った許容されない騒音が生じる場合には、原告隣人による訴権は適法とされるところ。その上で、被告が「自己の土地での許容される営業によってこの異常な騒音が生じている」ことを主張しても、この騒音自体の惹起が許容されるとは言えない。「私有地が隣接している結果として、それぞれの所有者が、それぞれの土地の利用において隣接地の利用可能性に配慮し、隣接地の利用可能性を妨げなければ実行できないような利用を差し控えることを頼りとしている」というのも、国家の法共同体の中では、一方の所有権は他方の所有権と同等の承認を求めているからである⁽⁹⁵⁾。

このように、隣接地の利用可能性に相互に配慮するという観点から、営業自体は許容されるものであったとしても、そこからの騒音が異常である場合には原告の請求が認められるとしたのである。もっとも、ライヒ裁判所は、以上の命題が修正されることもありうるとしている。すなわち、「一般的な要請のために必要とされる営業」の経営が、「いかなる場所でもいかなる方法でも」騒音を惹起せざるをえない場合である。しかし、本件ではそのような事情がないとされたため、これ以上の判断はなされなかった。

②ライヒ裁判所一八八四年九月二二日判決 (RGZ12, 173)

この判決では、被告の飼育する蜜蜂が原告の庭に多数侵入して土地利用を侵害しているとして、原告が侵害の禁止を被告に求めた。

ここでは、所有権概念の一貫性を修正するという形で相隣関係の特性への配慮がなされている。すなわち、所有権概念を一貫させるとすれば、蜜蜂が一匹でも原告の土地に侵入したということで既に原告の訴えの根拠が存在す

ることになる。しかし、このような命題は、「相隣関係に適切に配慮する法原則」を通じて限定される。その結果、原告の訴えを根拠付けるためには、蜜蜂の侵入が「異常に多数で」なされたことが要求されうる。なお、このような法原則を援用することは、「基準とされる観点の平等性」ゆえに正当化されるといえる。⁽⁹⁷⁾

この判決においては、「相隣関係に適切に配慮する法原則」における「基準とされる観点の平等性」が言及されていた。しかし、この判決では、これ以上のことは何ら述べられなかった。この点にも言及しつつ、許容されるイミッシオンの基準を明確に示したのが、次の判決である。

③ ライヒ裁判所一八八八年三月三日判決 (RG Gruchot32, 931)

この判決は、イミッシオンの要件として「慣行的な *gemeinschaftlich* 利用」という概念を示した注目すべき判決である。⁽⁹⁸⁾ この判決では、被告鍛冶屋からの煙の侵入が争いの対象となった。その中で、被告側は、都市において本件イミッシオンを隣人が受忍しなければ「一般的な要請のために必要とされる営業」を経営することができなくなる、と主張した。

これに対して、ライヒ裁判所は以下のように述べた。「間接的なイミッシオンにつき全ての所有者が隣人に対して直ちに受忍しなければならないものは、「相互に隣接する土地における、相互に並存し利用と価値において相互に依拠している所有権の平等性から決定される」。その帰結として、「日常生活の要請に照らして誰によっても通常行われるような、とりわけ都市内の土地における秩序ある利用に必然的に伴うものは、受忍されなければならない」。したがって、「全ての隣人は、共同生活の特性に照らして、このような限界内にとどまるものを受忍するよう他の隣人に対して請求できる」。

そして、被告鍛冶屋のような営業も場合によってはこのような通常の所有権の利用形態に含まれうる、とライヒ裁判所は述べている。具体的にどのような場合かといえば、「一定の地区（都市、都市の一部分、例えば工場地区）において支配的となっており、隣人に負荷を与える作用という点で本質的に同種の事業」が行われている場合である。そして、かかる場合には、「特別な場所的諸関係に照らして、この事業がその地区において慣行的な事業とみなされなければならない」とするのである。ただし、本事件における被告鍛冶屋の営業は、この種の慣行的な利用とは評価されなかった。被告が抗弁として出した「一般的な要請のために必要とされる営業」という事由も、また、都市における需要という事由も、慣行性判断の根拠とはならないとされたからである。

いずれにせよ、ライヒ裁判所によれば、隣接地における所有権の利用と価値の相互性を根拠として、「日常生活の要請に照らして誰によっても通常行われるような」「秩序ある利用」が基準とされることになる。しかし、ライヒ裁判所の判断はこれにとどまらない。さらに具体的に、慣行的な利用という基準を提示し、かかる利用から生じたイミッシオンは受忍されなければならないとされているのである。注目すべきは、この慣行的な利用がどのようにして決定されるかである。この判決によれば、一定の地区において支配的な事業であり、かつ隣人への負荷という点でほぼ同種の事業であれば、かかる慣行的な利用に該当する。つまり、隣接地の利用紛争を解決することが目的であるにもかかわらず、それを解決する基準たる慣行性の有無は、「一定の地区」というある程度の広がりを持った空間を観察することによって判断されているのである。この点には、慣行的な利用という基準の大きな特徴が見られる。

④ライヒ裁判所一八九〇年一月一五日判決 (RG Gruchot34, 476)

③判決における慣行的な利用という基準は、この判決にも継承されている。この判決は、被告桶屋からの騒音が原告教会での礼拝を侵害している事件である。

ライヒ裁判所は以下のように述べる。「人間の共同生活の諸要請と調和しえないような所有権の特別な利用形態を差し控えるべき義務というのは、隣接する所有権における慣行的な利用を受忍しかつ慣行的な程度を越える請求をしない義務と対置される」。したがって、「通例以上の、かつ、他人との共同生活に由来する慣行的な侵害を通じて各人に認められる以上の、より大きな静穏を必要とする者は、このような特別な要請の充足を自らで配慮しなければならぬ。そして、この者が、慣行的な利用を求める隣人の権利に制限が課されるべきことを請求することはできない」。本件では、原告教会が改築を行った際に被告桶屋に接近したために異常な騒音が惹起されたから、原告の請求は認められぬとされた。

本判決は、騒音被害を受けた原告側は慣行的な程度を越えるような保護を求めることはできないとしている点で、先の一八八八年判決とは事案が異なっている。しかし、慣行的な利用という基準がイミッシオンを受忍すべき根拠となることを示している点では、同様である。また、原告側の義務（隣接する所有権における慣行的な利用を受忍しかつ慣行的な程度を越える請求をしない義務）と対置される形で、作用発生地のある所有者側の義務にも言及されている。それによれば、慣行的な程度を越える利用は差し控えなければならぬとされている。

以上見てきたように、ライヒ裁判所の判決は、主として（現行の）場所的慣行性概念の生成過程の中で国土整備的機能にも配慮を行っているものと理解できる。まず、所有権の側面からの説明としては、所有権概念の絶対性を

修正するものとして、隣接する所有権の利用および価値における相互性が指摘されてきた。また、後の判決において顕著になってくるが、「日常生活の要請」あるいは「共同生活の特性」といった人間の生活における実際的な要素も、一定のイミッシオンについての受忍義務を判断する根拠として示されるようになってきた。

しかし、おそらく最も重要なのは、一八八八年判決(③判決)で慣行的な利用という基準が示されたことであろう。この基準においては、隣接する所有権の相互性および「日常生活の要請」といった要素を取り込みながら、さらに一定の地区における場所的な諸関係をも斟酌するという方法が採用されている。つまり、イミッシオンをめぐる隣接地間の利用の調整が目的とされていながらも、その判断は一定の地区における慣行的な利用を基準として行われるのである。このような点からすれば、イミッシオンに関する規律は、一定の地区における慣行的な利用という概念を通じて、一定の広がりを持った地域の土地利用をも視野に収めていることとなる。

(4) 九〇六条への受け入れ

(a) 立法過程の議論

このようにして、公共の利益のために国土整備的機能を相隣法に与えるという考え方が強められたのである。そして、以上見てきた学説および判例の展開は、最終的には九〇六条に受け入れられたと評価されている。⁽⁹⁹⁾

九〇六条の立法過程において国土整備的機能に関する明示の指摘はなかったと冒頭で述べたが、以上の学説による分析を考慮すると、九〇六条の立法過程の議論においてもかかる機能が意識されていたのではないかと評価できる余地も生まれてくる。ここでは、第一草案八五〇条における議論に注目してみたい。それによれば、イミッシオンの禁止が原則であれその自由が原則であれ、「過度のイミッシオン」が禁止されるといふ点では見解が一致

していた。しかし、いかなるイミッシオンが「過度のイミッシオン」に該当するのかについて具体的な基準が設定されねばならず、この点をめぐって議論がなされている。その際に、国土整備という視点をも意識した説明が見られるのである⁽¹⁰⁾。

第一に、土地所有権の権限の範囲を決定するために場所的慣行性という概念を用いたことに関して、「従来通常に行われていることが、今後行われるべきことについての原則を抽象化するための実際上の根拠とされる」と述べられている⁽¹⁰⁾。この指摘を見る限りでは、九〇六条は、現状を基準としつつ将来の発展をも規律していこうと意図していることが分かるであろう。また、将来の発展を規律するという点では、「過度のイミッシオン」に該当するかどうかを判断するための基準は変動するものでなければならぬと述べられていることも注目される。すなわち、過度のイミッシオンは禁止されなくても、それに至らない程度のイミッシオンは許容される必要性があり、その区別については、「時間的にも不変ではないこと、とりわけ産業の発展と共に変化することを考慮しなければならぬ。…過度のイミッシオンの限界というのは、相違や変更に適合するようにある程度柔軟に決定されるべきである⁽¹⁰⁾」と説明されている。

第二に、最新の産業部門が導入された場合、あるいは、建造施設・事業施設が未だ存在していない地区に当該施設が初めて建設される場合への対処に関して、興味深い説明がなされている。第一草案八五〇条の基本的な立場では、イミッシオンが「場所的慣行に基づき甘受されるのが常」であれば当該イミッシオンは許容されるとされていた。ところが、上記のような場面においては、この場所的慣行のイミッシオンという基準はこれらの産業部門や事業施設に対して阻害的に働くことになる。というのも、最新の産業部門や事業施設から生ずるイミッシオー

ンは、当該地区において場所的に伝統的なものとされていなかったために違法と評価されてしまうからである。そこで、同草案の理由書は、「このような欠陥によって将来の経済発展が阻害されるはならないという要請が存在している」と述べて、さらにもう一つの要件を付加した。すなわち、被害地の通常の土地利用を「しかも著しく侵害する」ようなイミッシオンが、「過度のイミッシオン」に該当するとしたのである。⁽¹⁰⁾したがって、これらの産業部門や施設から生ずるイミッシオンが場所的慣行とされなくても、それが被害地の通常の利用に対する著しい侵害となっていなければ、これらの産業部門や施設の建設が容認されることになる。⁽¹¹⁾

以上のように見てくると、九〇六条の立法過程において既に国土整備的な機能が意識されていたと見ることできるのである。

(b) 立法者の意図における国土整備に対する機能の特徴

しかし、このようにして国土整備に対する機能が意識されていたことが確認できるとしても、この機能の内容については若干注意する必要があるように思われる。

確かに、将来の発展を規律するという側面では国土整備との接点が見出されるが、しかし、その内容について見てみると、そこには経済発展の要請が強力に考慮されている。つまり、上記第一点に関しては、産業の発展と共にイミッシオンの許容される度合いが高まること（その反面として受忍すべきイミッシオンが増加すること）が意図されており、また上記第二点に関しては、より直接的な表現で、経済発展を阻害しないようイミッシオン法が構築されるべきことを指摘しているのである。したがって、立法者の意図する国土整備の目的は、産業の促進という方向に置かれていたことは疑いない。⁽¹²⁾しかも、イミッシオン法が産業の促進を阻害することのないように、とい

った要請にとどまらず、さらに、産業の促進をバックアップするように設計されなければならないとまで考えられていたとも理解できる余地がある。したがって、例えば都市住民の快適な居住を保障するといった意味での国土整備的・環境保護的な機能は、少なくとも立法者の主要な関心事ではなかったのである。

そして、このような傾向は、その後の九〇六条の解釈にも大きな影響力を及ぼすこととなったのである。この点については、九〇六条の適応力との関係で言及することにした（下記5(3)(a)参照）。

もっとも、このような産業促進の傾向を一方的に批判することはできないように思われる。というのも、場所的慣行性概念における立法者のモデル観念として後に見るように、相隣空間がほぼ統一的に利用されることによつて、そこから生ずる侵害も隣人間で相互に受忍を期待することが可能であろうとの考えが前提とされていたからである。つまり、工業と農業・居住との争いの場合には、工業による生産性の向上が農業地や居住地の価値にも有利な影響を及ぼし、そのことを通じて利益と不利益とが調整されると考えられていたのである。その意味では、工業と農業・居住との「共存共栄的な調和」を⁽¹⁰⁶⁾図ろうとしていたとも言えよう。したがって、かかるモデル観念は、その説明自体としては妥当であり、おそらく、工業のそれほど発展していない社会であれば通用するのかもしれない。しかし、実際には、現実に鑑みて果たして妥当な結論を導くことができるのかどうか争われることとなったのである（詳しくは下記5(3)(c)参照）。

4 個別の要件・効果の分析

続いて、個別の要件・効果に基づく分析を見よう。この分析の基本的なスタンスは、九〇六条に定められている

要件および効果それぞれの基本的な思想や当事者への影響力を考察することを通じて、国土整備に対する機能との接点を説明しようとするものである。本稿では、先にも取り上げたヴェスターマンの分析枠組みに沿って叙述を進めていくこととしたい。ヴェスターマンの分析は、⁽¹⁰⁾ 相隣法の機能の考察という明確な問題意識に裏打ちされていること、個別の要件・効果について包括的な説明をしていること、また、今日の文献においても頻繁に引用されていることが、その理由である。

ヴェスターマンは、大きく分けて二つの点において九〇六条の判断基準も公共の利益を促進するべく機能していると⁽¹⁰⁾する。

第一は、被害地所有者に課される受忍義務についてである。この受忍義務に関してはさらに二つに分かれる。一つは、非本質的な侵害が受忍されなければならないのはなぜか、もう一つは、本質的な侵害であっても場所的慣行の土地利用から生じている場合にはこれが受忍されなければならないのはなぜか、という点である。

第二は、九〇六条が適用された結果として当事者に生じる権利・義務についてである。ヴェスターマンが具体的に検討するのは、一つは、九〇六条二項一文に規定された防止措置義務（防止措置請求権）、⁽¹⁰⁾ もう一つは、九〇六条二項二文に規定された補償義務（補償請求権）である。

そこで、それぞれについてヴェスターマンの分析を中心として紹介し、さらにプファイファーおよびシユルテラの説明で適宜補充していくことにしよう。

(1) 被害地所有者の負う受忍義務

まず、被害地所有者に課される受忍義務の要件が、国土整備に対する機能といかなる接点を持っているのかを見

ていこう。

(a) 非本質的な侵害に対する受忍義務

九〇六条一項によれば、所有者は隣地からの非本質的な侵害についてはこれを禁止できない（しかも補償すら受けられない）とされている。つまり、非本質的な侵害は受忍されなければならないとされているが、これはいかなる理由からだろうか。

ヴェスターマンは、かかる受忍義務が作用発生者の私益に奉仕しているとする。所有者が隣地からの非本質的な侵害を受忍しなければならないとされることによって、その侵害作用を発生させている者（作用発生者）としては自己の利益が保護されることになるからである。しかし、ヴェスターマンは、ここにそれ以上の意味を見出している。すなわち、非本質的な侵害に対して受忍義務が課されることは、かかる私益のためだけではなく、さらに「他方の土地利用を非本質的に侵害しているとの理由だけで、一方の土地における、事情によっては生産的な利用が否定されるべきではない」ということも保障しているのであると述べるのである。⁽¹⁰⁾

ヴェスターマンのこの指摘は自明のことであろう。仮に非本質的な侵害について受忍義務が課されずに防御請求権を行使できるとするならば、土地の有意義な利用が阻害されることとなる⁽¹¹⁾。ある土地における生産的な利用が、非本質的な侵害を引き起こしているというだけで中止されてはならない。また、最小限の侵害すら禁止されるといった規定はそもそも実践不可能であろう。それゆえ、ヴェスターマンの指摘は、九〇六条における調整の必要性について先に述べたこと（上記一参照）を単に繰り返しているにすぎないと思われるかもしれない。

しかし、ヴェスターマンの上記指摘には、それ以上に国土整備的機能との接点を見出すことができる。プファイ

フアーによれば、前述（1③参照）の通り、国土整備の典型的な特徴というのは、利用を最大化するという目標、および、経済的・社会的・文化的な要請と自然の所与の状態への方向性とみなされている。したがって、非本質的な侵害について受忍義務が課されることで生産的な利用が確保されるというヴェスターマンの説明は、このような国土整備の特徴のうち、利用の最大化と経済的・社会的な利益の考慮とを反映しているものと理解できる。⁽¹³⁾ このような意味で、ヴェスターマンの説明は国土整備の特徴とも合致しており、国土整備に対する機能との接点を見出すことができよう。

(b) 場所的慣行の土地利用から生じた侵害に対する受忍義務

九〇六条二項一文によれば、本質的な侵害であってもそれが場所的慣行の土地利用から生じている場合（かつ期待可能な措置によって防止できない場合）には、被害地の所有者には受忍義務が課されることになっている。そして、「基準とされる比較地区における土地の多数が、種類と程度につき他の作用発生地とほぼ同一の方法で周囲への侵害をもたらしつつ利用されている場合」には、作用発生地の利用は場所的慣行とされる。⁽¹⁴⁾ かかる場所的慣行性要件において、国土整備との接点がどのように見つけ出されるのであろうか。

① 根本思想からの説明

(ア) ヴェスターマンによれば、場所的慣行の土地利用から生じた侵害について被害地所有者に受忍を求めることによって、相隣空間の統一的な利用可能性という公益が考慮され⁽¹⁵⁾ているとする。かかる考慮は、隣接した土地がおよそ統一的に利用されるという考え、したがって、個々の土地を害する侵害については（近隣もほぼ同一の態様で利用されていることから）隣人に受忍を期待することが可能であるという考えに基づ⁽¹⁶⁾いている。例えば、ある工業用

途として利用されているのが通常の地区においては、その近隣もその工業用途として統一的に利用されていることから、それに対応する程度のイミッシオンは通常のものとして隣人にも受忍を期待することができるのである。ヴェスターマンによれば、かかる場所的慣行の土地利用という要件が設定されることによって、一方では、空間に適合した土地利用が促進されることとなり、他方では、場所的慣行の土地利用から生じた侵害であれば、それがたとえ本質的なものであつたとしても、その土地の存する空間の特性に合致していると評価されることになる。そして、空間の性格に適合した利用のみが可能とされるのである。⁽¹⁸⁾

ここで、九〇六条二項一文の文言上、なぜ作用発生地における場所的慣行の土地利用のみが基準とされているのが問題とされる。しかし、ヴェスターマンは、相隣空間の統一的な利用可能性という考えでこの点も説明する。すなわち、相隣空間は統一的に（例えば農業地域・産業地域・工業地域・住居地域として）利用されているから、たとえ作用発生地の利用の場所的慣行だけが基準となつていても、その背後では、「両土地の存する空間から明らかとされる基準に基づいて、作用権限および防御権限を確定する」（傍点筆者）ことになるのである。また、イミッシオン排出事業が存在していたり工業や営業の地域が住居地域と隣接しているような空間であつても、他の土地を著しく侵害するほどのイミッシオン排出事業の集積は起こつておらず、その程度の侵害は当該相隣空間において受忍を期待することができるからである。したがつて、イミッシオンの受忍義務を負わせたとしても、被害地において空間上適切な利用を行うことは十分可能なのである。⁽¹⁹⁾

このような認識を示した上で、ヴェスターマンは、かかる受忍義務と国土整備との接点に踏み込む。すなわち、かかる受忍義務によって相隣空間の統一的な利用可能性が確保されることを通じて、国土整備の側面では集中傾向

Ballungstendenzenが促進されることになる⁽¹⁹⁾。ヴェスターマンは以下の例を挙げる。強度に工業利用のなされている地域においては、それに対応してイミッシオンがさらに許容され、工業利用が集中することになる。他方、工業利用のそれほどなされていない空間（例えば住居地域）へこのような排出施設が移転することは許されないことになろう。こうして、相隣法は「決定的に静的な規制」として作用することとなり、したがって発展の余地をほとんど与えない、とヴェスターマンは評価するのである⁽²⁰⁾。

ヴェスターマンの分析において基礎となっているのは、冒頭に述べたように、相隣空間の統一的な利用可能性とそれに基づく相互の受忍の期待可能性という考えである。この考えは、判例においてしばしば指摘され、文献では「立法者のモデル観念」と呼ばれることもある（これが批判されていることについては下記5(3)参照）が、いずれにせよ場所的慣行性要件の根拠とされる考えである。そして、この場所的慣行性要件の根本思想自体から既に国土整備との接点が見出されることが重要である。

(イ) 場所的慣行性要件における国土整備との接点に関わる部分については、プファイファーの説明を併せて考慮することによって一層鮮明になる。

プファイファーは、非本質的な侵害における受忍義務の場合と同様に、以上のヴェスターマンの指摘も国土整備の特徴と比較することができるという。

まず、場所的慣行の土地利用を理由として受忍義務が生ずるといふのは、それぞれの土地が国土の所与の状態に適応しなければならぬということを意味する。場所的慣行性要件の解釈は当該地区の現実の状態に基づいて行われるとされており（下記5(2)も参照）、これは自然の所与の状態を考慮するという上述の国土整備の特徴にも通じて

いる。⁽¹²⁾

他方、本質的な侵害が許容されるといっても、それが無限定に許容されるわけではなく場所的慣行性の範囲内にとどめられたということは、ヴェスターマンの指摘にもあるように集中傾向を促進することになる。社会的・経済的な諸観点がここで考慮されていることは理解されるが、それに加えて重要なのは、イミッシオーンの負担を受けていない地域の現状が保全されるという意味も含まれていることである。⁽¹³⁾

集中傾向の促進という点は、場所的慣行性の有無を判断するための基準（基準とされる比較地区における土地の多数が、種類と程度につき他の作用発生地とほぼ同一の方法で周囲への侵害をもたらしつつ利用されている）かどうかからも既に明らかである。すなわち、このような判断基準を介することで、イミッシオーンによる負担は、当該イミッシオーンが場所的慣行であると評価される場所に集められ、その地域では許容されることになる。これは作用発生者の事業を保護することになる。他方では、これまでイミッシオーンの負担を受けていない地区においては、当該イミッシオーンは場所的慣行ではないため、イミッシオーンによる負担から免れた状態が今後も続くことになり、侵害作用をそれほど伴わないイミッシオーンだけが許されるであろう。⁽¹⁴⁾

(c) ここで若干注意しておくべきことは、「相隣法の規制は：発展の余地をほとんど与えない」というヴェスターマンの評価である。

ヴェスターマンおよびブファイアアの指摘から窺われるように、九〇六条における場所的慣行性のメルクマルは、現状の一定の利用形態によって当該土地が支配されているということを示している。そして、かかる利用形態（例えば居住用途）は、それと適合しない利用形態（例えば工業用途）を選択した土地所有者によって妨げること

はできない。このようにして空間利用の変更が防止されることになるのである。確かに、ヴェスターマンも既に指摘しているように、空間利用の変更が防止されるということは発展傾向を抑止することにもなりかねず、発展計画として位置付けられた都市計画との関係では限界を認めざるをえないことも事実であろう(詳しくは下記三参照)。
しかし、プファイファーが指摘しているように、イミツシオンの負担を受けていない地域が場所的慣行性という基準を通じてその状態を保全される、という点が注意されるべきである。例えば住居地域を想定するならば、イミツシオンの負担をもたらすような事業は住居地域へと移転することが難しくなり、そのことを通じて住居地域としてのその地域の所与の状態が確保され続けることになろう。この点については、シュルテも「…空間利用の変更が防止されるが、このことは損害を引き起こすというよりもむしろ利益をもたらすのが通常であろう」と評価していることが注目される^(註)。

②作用発生者への特権付与という説明

(ア) シュルテも、場所的慣行の土地利用から生じた侵害を被害者が受忍しなければならぬ根拠について述べている。もつとも、彼は、被害者の負う受忍義務の反面として作用発生者側に生じる特権 *Vorrecht* に着目して、叙述を展開している。

場所的慣行の利用から作用を排出している場合、すなわち、作用の排出に関して相隣空間に適合している場合には、作用発生者は特権を享受することができる。つまり、隣人に対する侵害権 *Ingrißrecht* が作用発生者に与えられる。他方、場所的慣行でない利用によって排出を行う者には、かかる特権は与えられない。したがって、環境への適合を行って通常の枠内で活動する者は、これを行わなかった者よりも多くの保護を受けることになるので

(126) ある。ここで重要なのは、シュルテによれば、作用発生者の特権という作用発生者の私益が前面に出されてはいるが、その私益を獲得する過程（すなわち空間への適合）を通じて国土整備的な機能が働くと考えられていることである。

このようにして国土整備に対する機能が働くことは説明されるのだが、それでは、そもそもかかる特権が与えられるのはどうしてであろうか。ここでシュルテは、ヴェスターマンと同様に、場所的慣行の土地利用から生じる侵害が当該相隣空間において他人にも受忍を期待することが可能であるということを述べている。(127) したがって、シュルテは作用発生者側の特権に着目して国土整備的機能との接点を説明したが、その根拠となっているのは、相隣空間の統一的な利用可能性という理解である。

(1) また、クラインディーンストも、作用発生者の特権という観点から国土整備に対する機能に言及している。クラインディーンストは、九〇六条によって各土地所有者に配分されるのは「本質的な侵害を受けず、かつ本質的な侵害を加えない、任意の利用可能性」(128) であると述べて、これを「原則として配分された所有権内容」と呼ぶ。このような原則からすれば、非本質的な侵害に対する受忍義務だけが根拠付けられることになる。

ところが、九〇六条二項一文によれば、本質的な侵害であっても場所的慣行の土地利用から生じたものであれば（かつ経済的に期待可能な措置によって防止可能でなければ）被害地所有者が受忍しなければならないとされており、作用発生地の所有者はその分だけ優遇されていることになる。つまり、他人を侵害することを許された所有者は一方的に他人の費用で利益を得ることとなるが、クラインディーンストによれば、このような特権の根拠は「場所的慣行 Ortsübung」によって喚起された、一定種類の土地利用の存続に対する信頼」(129) であるという。この信頼という

のは、「経済全体として促進に値する重要な投資に配慮して」保護されなければならない。つまり、「空間全体のできる限り生産的な利用のために、したがって同時に公共の福祉の上位観点に基づいて」、隣人間の所有権の限界付けすなわち「原則として配分された所有権内容」が動かされることになるというのである。⁽¹³⁰⁾

クラインディーンストも、シュルテの場合と同様に、第一次的には投資の保護という作用発生者の私益が保護されることを意図しているが、それが「空間全体のできる限り生産的な利用」にも資することによって、国土整備の機能との接点があつても認められるのである。もつとも、クラインディーンストは、場所的慣行となつた一定の利用形態が存続するとの信頼にその根拠を求めており、シュルテらの依拠した相隣空間の統一的な利用可能性という根拠とは異なっているようにも見える。しかし、この両者は同一線上に位置する。すなわち、相隣空間の統一的な利用可能性というのは、場所的慣行要件の根本的な思想と位置付けられる⁽¹³¹⁾。これに対して、場所的慣行の利用形態への信頼というのは、相隣空間の統一的な利用可能性という思想から導かれる場所的慣行性判断の基準、すなわち、地域の現実の諸事情に依拠するという基準⁽¹³²⁾から生ずるものである。それゆえ、場所的慣行たる利用形態への信頼という説明は、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想の中で理解することができよう。

(c) まとめ——「場所的慣行の利用」概念の意義を中心として

国土整備との関係でどのような接点が見られるかという観点から、受忍義務に関する両要件について述べられたことをまとめておこう。ここでは、主として二つの側面で国土整備との接点が見られるように思われる。

第一に、場所的慣行要件に関して、作用発生者への特権の付与という形で現れた接点である。作用発生者の特権、すなわち、イミッシオン禁止請求権を受けないという私益を通じて、空間への適合がもたらされ、そのこと

により（ある程度間接的ではあるが）国土整備へのつながりが示されていた。土地所有者を国土整備の目標へと促す刺激と言えようが、実際のところ、かかる側面をより鮮明に示すのはむしろ後述の防止措置義務および補償義務である。そこで、この点に関しては後述することとしたい（下記(2)参照）。

第二に、この両要件に関してより重要と思われるのが、これまでにも何度か指摘したように、これらの要件における基本的な思想が国土整備の特徴たるものと合致していることである。すなわち、非本質的な侵害に対する受忍義務は、利用の最大化という点で国土整備の特性とも一致する。また、場所的慣行の土地利用から生ずる侵害に対する受忍義務についても、同様に経済性の考慮（投資の保護）から説明がなされる場合もあった。

しかし、筆者が一層着目したいのは、場所的慣行性概念に特有の意義、すなわち、相隣空間の統一的な利用可能性とそれに基づく侵害の相互的な期待可能性という場所的慣行性概念の根本思想である。なぜこの点に着目するのかといえば、この根本思想およびそれに基づく規律の効果には、国土整備との関係で重要な内容が含まれており、また、後述する九〇六条の限界および都市計画との接点を考察する際にも議論の対象となることが多いからである。そこで、この根本思想およびそこから生ずる実際上の影響力がこのように重要であることに鑑みて、上で述べてきたことを——別の観点にも照らしつつ——整理しておきたい。

①現状の保全と利用の振り分け

まず、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想を根拠として、場所的慣行性という判断基準は土地利用形態の集中傾向を生じさせるものと理解された。その際、二つの異なる評価が付されていることは、本稿の観点から注目される。すなわち、かかる集中傾向を通じて、その地域の発展を阻害するという効果とイミッシオーンの負担

を受けていない地域のその現状を保全するという効果が指摘され、前者の効果は消極的に、後者の効果はより積極的に評価されていたのである。

前者、すなわち、地域の発展との関係は、国土整備における九〇六条の限界を考える上で極めて重要な手がかりとなりうるので、後に改めて取り上げる（詳しくは下記三および第三節参照）。

後者、すなわち、現状保全によるイミッシオンの防止については、これまであまり積極的な評価がなされてこなかったように思われる。というのも、従来は、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想が工業の発展を保障するものと理解されていたからである。すなわち、本質的な侵害を隣人にもたらしていても、それが場所的慣行の土地利用から生じたものであれば作用発生者は何ら責任を負わされないという点のみが注目され、それを支える根拠として、相隣空間の統一的な利用可能性という考え、および、かかる統一的な利用から生じた侵害は相互に受忍し合わなければならないということが強調されてきた。また、工業地帯の場合を例に挙げて、「住民の多くが工場の被用者であることなどの理由で、工業による直接間接の利益を得ているものが多い」から、不利益と利益とが自ずから調整されると説明されていたのである。¹³³

しかし、ヴェスターマンおよびプファイファーの指摘を踏まえるならば、このような評価は一面的であるように思われる。相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想がそのような意味で説明されていることは確かに事実であり、例えば工業地域の中に居住している者は、このような説明によれば一方的に不利益を被り、その反面として工業の発展が保障されることになるであろう。しかし、この根本思想、そしてそれに基づく場所的慣行要件の意味は、それだけではない。すなわち、イミッシオン負担の少ない地域を想定するならば、このような地域の現状

を保全する方向でこの思想および要件が作用することは前述の通りである。

また、より広い視点で見ると、集中傾向を通じて産業系の利用と住居系の利用との振り分けが進むことによつて、国土整備にとつて有意義な状態が創造されることにもなる。この点で興味深いのが、都市計画における以下の指摘である。「住居地区と工業地区との並立状態」は、原理的に紛争を抑制することができない点で、営業法ないしイミッシオン防止法において制御されるべき現象ではなく、「計画法において回避されるべき現象である」。したがつて、「住居地区と、その本質に照らして周囲に負荷を及ぼす工業地区とは、できる限り並立するべきではない」と。⁽¹³⁾ また、このような産業と居住との振り分けは、連邦イミッシオン防止法五〇条⁽¹⁴⁾においても確認されている。このように、両者の利用形態を区分することは都市計画（およびその上位概念である国土整備）にとつて重要な原則と位置付けられており、それゆえ、九〇六条が場所的慣行要件を通じてかかる区分に寄与できるということは、国土整備との密接な関係を示していると言えよう。⁽¹⁵⁾

いずれにせよ、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想、およびそれを具体化した場所的慣行要件には、国土整備との接点が見出される。現状保全的に作用するという点で、工業を促進する方向でも居住を保護する方向でも働く可能性がある。もつとも、これまでは焦点が当てられることはなかったが、後者の方向、すなわち、イミッシオンの負担を受けていない地域をそのままの状態に保ち続けるという効果も評価しなければならぬと思われる。また、より広い視野で観察するならば、場所的慣行要件は産業地区と住居地区の区分という役割も果たしうることが分かった。都市建設上の発展秩序を確立するという都市計画のような目的設定とは異なっているものの、少なくともイミッシオンをめぐる紛争の場面を通じて、九〇六条には都市計画に類する機能を果たす可能

性が見られる。⁽¹³⁷⁾

② 自然の要請への志向

次に、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想に基づく場所的慣行性要件は、当該空間の所与の状態にそれぞれが適合することを目的としており、これは国土整備における自然の所与の状態を考慮したものとして注目される。

上記の学説による分析では、国土整備における経済的な要請への志向が多く見られてきた。すなわち、非本質的な侵害に対する受忍義務については「生産的な利用」の確保による利用の最大化という目的が、また、場所的慣行性要件に関しても社会的・経済的観点に基づく有意義な集中傾向が、それぞれ指摘されてきた。しかし、国土整備との接点はかかる経済的な考慮に尽きるものではない。空間の所与の状態に適合しなければならないという場所的慣行性要件の考え方は自然の要請への志向を示すものであり、前述の通りここにも国土整備との接点が見られるのである。そして、先に述べた現状保全的な作用は、かかる自然の要請の考慮としても理解することができるであろう。

③ 相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想

さて、場所的慣行の土地利用から生じた侵害の受忍義務の根本思想として、相隣空間の統一的な利用可能性という考えがこれまでたびたび引用されてきた。すなわち、相隣空間はおよそ統一的に利用されるべきものであり、それゆえに隣地に及ぶ侵害は隣人にとつて相互に期待されうる、という思想であり、判例もこのような思想を基礎としている。⁽¹³⁸⁾

ところで、相隣空間の統一的な利用可能性という根本思想は、いわゆる「立法者のモデル観念」に基づくとされている⁽¹³⁹⁾。九〇六条を制定する際に、立法者は、経済発展の促進を意図しながら（上記3(4)(b)参照）、場所的慣行性を根拠とする受忍義務について一つの考え方を出発点としていた。これが今日では「立法者のモデル観念」と呼ばれているものである。それによれば⁽¹⁴⁰⁾、場所的慣行の土地利用から生ずるイミッシオンについては、それによって被害地所有者に及ぼされる不利益と利益とが「自ずから調整される」ことになるから、被害地所有者はこのイミッシオンを受忍しなければならない、とされる。ここで「自ずから調整される」とは以下のような意味である。すなわち、例えば小事業の場合には、被害地所有者としては、作用発生地の所有者と同種の小事業を行うことによつて自らも同等のイミッシオンを発生させることができるから、このことによつて調整がなされている。また、例えば大規模な産業が入植してきた場合には、生産性の向上によつて被害地の価値にも同時に好影響が及ぼされるから、⁽¹⁴¹⁾ここで調整がなされている。このように利益と不利益との自動的な調整を理由として、場所的慣行のイミッシオンに対する受忍義務が根拠付けられることになるのである。

だが、かかる根本思想ないしモデル観念は、学説によつて批判を受けている⁽¹⁴²⁾（詳細は下記5(3)(c)のロートおよびミッテンツヴァイの見解を参照）。これらの批判に一定の説得力があることは後述の通りであるが、しかし、これらの批判はこの根本思想ないしモデル観念を放棄しようとするのではなく、むしろこれらの思想ないし観念の欠点を認識した上でそれを修正することを意図したものである⁽¹⁴³⁾。したがつて、このような修正を踏まえることは当然であるとしても、その思想ないし観念は基本的な考え方としては、今日においても依然として妥当しているものと評価できるであろう⁽¹⁴⁴⁾。それゆえ、これらの思想ないし観念に依拠して展開されたヴェスターマンらの説明、すなわち、場所

的慣行の土地利用から生じた侵害に対する受忍義務と国土整備的機能との接点も、今日において依然として通用しているものと認められる。

(2) 防止措置および補償

九〇六条が適用される結果、当事者にはいくつかの権利・義務が発生する。ヴェスターマンはその中でも、作用発生地の所有者が負うべき防止措置義務（九〇六条二項一文）および補償義務（九〇六条二項二文）について言及している。作用発生地の所有者は、これらの義務を通じて、イミッシオンをできる限りの限界内にとどめておくべき義務を負っているわけだが、ヴェスターマンによれば、発生地の所有者に課されるかかる義務が「類型的に国土を整備する性格」を有していると理解されるのである。それでは、これらの義務はいかなる意味において国土整備的機能を果たしているのだろうか。

(a) 防止措置義務

九〇六条二項一文によれば、侵害が本質的であっても、それが場所的慣行の利用から生じており、かつ「この種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によっても防止されえない」場合には、妨害排除請求権・不作为請求権が行使できないとされている。つまり、「この種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によって」防止できる場合には、侵害を被った隣人は、請求を行うことによって、排出施設へ相応の防止措置を組み込むことを強制できるとされている。⁽¹⁶⁾つまり、部分的にはあるが排出の阻止を強制できることになる。それゆえに、ヴェスターマンは、防止設備の設置という「私的な請求権」（発生者側から見れば私的義務）が排出を少なくするための「公益の媒体」となっている、と評価するのである。⁽¹⁶⁾

もつとも、ヴェスターマンは、かかる「公益の媒体」を一方的に作用発生者の負担で機能させようとしているわけではないようである。というのも、ヴェスターマンは、九〇六条二項一文で「主観と客観の混合した基準」が採用されていることに注意を促しているからである。すなわち、防止措置を期待できるかどうかは、「この種の土地利用者」という表現に見られるように「平均的な土地利用者の経済的な負担能力」を基準としているが、さらに、作用発生者の具体的な諸事情も考慮されるものと理解されている。⁽¹⁰⁾このような判断基準が採用されていることを踏まえて、ヴェスターマンは、防止措置義務を通して「様々な諸利益間の正当な統合」が達成されるとしているのである。

プファイファーにも類似の指摘が見られる。彼は、一〇〇四条および九〇六条がイミッシオン除去という役割を越えて事前配慮的に作用できるかどうかを検討している。その際に、主としてイミッシオン発生者の視点から以下のように述べている。単に事前配慮という理由だけで一〇〇四条および九〇六条から請求権が発生するわけではないが、しかし、「一〇〇四条および九〇六条は——間接的ながら——事前配慮的・排出制限的な効果を持っている」というのである。プファイファーによれば、その理由は以下のように説明される。イミッシオン発生者に差止の判決が言い渡された場合において、発生者がどのような方法でこの判決に従うのかは原則として発生者に委ねられている。そこで、発生者としては、フィルター設備を取り付けたり作用排出活動を制限したりすることによって、一般的な排出レベルを削減させるという方法を採用することができる。また、このような方法が実際にもしばしば行われるであろう。このような点からすれば、「イミッシオン防御請求権の行使は発生者における排出の削減にも至る」のである。したがって、このような形で排出の削減が行われることは、事前配慮的效果の手がかりとな

りうるというのである。⁽¹⁸⁾

プファイファーの指摘は差止が命じられる場合についてであるから、ヴェスターマンの想定する防止措置義務の場面とは異なっている。しかし、プファイファーが指摘しているように、判決において不作為命令が下されてもその具体的な方法は原則として作用発生者に委ねられており、したがって、事業の停止ではなく防止設備や操業時間の短縮が選択されても構わないとされている。⁽¹⁹⁾ 実際上も防止措置が行われるであろうとの指摘をも考慮すれば、プファイファーの指摘は実質的には防止措置にも共通する内容を含んでいると理解することができよう。

いずれにせよ、ヴェスターマンおよびプファイファーの指摘からは、防止措置義務が国土整備に寄与していることが理解されうる。すなわち、作用発生者の行動に影響を及ぼして、作用を削減する方向へと誘導することになるのである。プファイファーが指摘しているように、このような作用削減は事前配慮的に行われることになるがゆえに、環境保護における事前の対応が重要であること（上記①(2)参照）に鑑みれば、このような防止措置の機能は——限界があるとしても——無視されるべきではなからう。また、ヴェスターマンが指摘するように、作用発生者の主観的事情をも顧慮した「平均的な利用者」が基準とされることによって、作用発生者の利益と被害地所有者の利益との適切な調整が期待されうるであろう。

(b) 補償義務

九〇六条二項二文によれば、侵害が本質的ではあるが、それが場所的慣行の土地利用から生じておりかつ経済的に期待可能な措置によって防止できない場合において、その侵害が被害地における「場所的慣行の利用もしくは収益を期待可能な程度を越えて侵害している」場合には、被害地所有者に補償請求権（したがって作用発生地の所有者

に補償義務）が認められる。

ヴェスターマンによれば、この補償請求権ないし補償義務は二つの意味で当事者に影響を及ぼし、国土整備的な機能をも果たしているという⁽¹³⁰⁾。すなわち、一つは補償請求権の要件を通じてであり、もう一つは補償請求権の存在自体を通じてである。それぞれについて見ていくことにしよう。

①補償請求権の要件

(ア) ヴェスターマンが注目するのは、本質的な侵害が作用発生地「場所的慣行の利用」によって生じているという点、すなわち、作用発生地「場所的慣行性要件」である。ヴェスターマンによれば、この場所的慣行性要件は、「当該空間に適合した利用種を選択するように、したがって、現存の空間秩序もしくは計画された空間秩序に適合するように、所有者を促す」という⁽¹³¹⁾。ヴェスターマンはこれ以上詳しく述べていないが、確かに、もし当該作用が場所的慣行の土地利用から生じたものでないとされたならば、補償請求権の要件を満たしていないため、作用発生者は妨害排除請求権および不作為請求権の行使を（これらの請求権の要件が満たされている限りで）⁽¹³²⁾ 受けることになる。かかる場合には事業の停止に至る可能性もあり、作用発生者としては自己の利用を場所的慣行性に適応させ、せめて補償を負担するだけにとどめるよう誘導されることになる⁽¹³³⁾。

(イ) ヴェスターマンが分析するのは作用発生地「場所的慣行性要件」のみである。ところが、シュルテはさらに、被害地における「場所的慣行の利用もしくは収益を期待可能な程度を越えて侵害している」という要件の中の「場所的慣行の利用もしくは収益」についても言及している。

シュルテは、被害地における「場所的慣行の利用もしくは収益」、すなわち、被害地の場所的慣行性要件の意味

について、以下のように述べる。すなわち、場所的慣行性要件を満たす場合と満たさない場合とを比較してみると、被害地の利用が場所的慣行性要件を満たしていれば、期待不可能な侵害について被害地所有者は補償請求権による保護を受けられる。他方、被害地所有者が場所的慣行でない利用をしている場合には、期待不可能な侵害についても補償を受けることなく受忍しなければならない。したがって、後者の場合には被害地所有者は不利益な扱いを受けることになるが、シュルテによれば、このような扱いは「かかる場所的慣行でない利用をもたらすような立地判断が誤っていること、すなわち、かかる利用がもはや経済的に有意義な国土利用を意味していないこと」から正当化されるといっているのである。したがって、「自己の土地を場所的慣行に利用している者は、補償なくして期待不可能に侵害されることはなく、反対に「場所的慣行でない利用をしている土地所有者にのみ、このような運命（補償なくして期待不可能に侵害されること…筆者注）を与えることが許される」が、これは「経済的に有意義な国土利用のため」である。⁽⁴⁾

シュルテの以上の指摘は、作用発生地の場所的慣行性要件についての説明、すなわち、場所的慣行の土地利用をしている作用発生者に付与される特権についての説明（上記(1)(b)参照）と同一の影響力を述べるものである。すなわち、場所的慣行性要件を満たすことによって、イミッシオンの伴う土地利用を禁止されないという特権が作用発生地の所有者に、補償請求権による保護が被害地の所有者に、それぞれ与えられることになるのである。そして、このような特権および保護という形で、それぞれの所有者を「経済的に有意義な国土利用」へと導く刺激が生み出されている。

②補償請求権の存在

次に、補償請求権の存在が当事者に影響を及ぼすことによって、国土整備的機能への手がかりが見出される。

(7) ヴェスターマンは、「補償請求権の存在は、イミッシオンを排出している事業主に対して、補償請求権を回避もしくは軽減するために財政的な支出をしてまでもイミッシオンを減少させるよう促す」と述べる⁽¹⁵⁾。

(4) シュルテは、補償義務の論拠として正義や平等原則の要請が示されることについてはほとんど反論しえないとしても、より厳密に観察すると、補償義務に特別な機能があることにも注目しなければならぬとしている。すなわち、補償義務（ないし補償請求権）を通じて、経済的に有意義な利用という目標が相隣法において「官庁の矯正 Korrektur」を受けることなく自ずから「自動的に」実現される⁽¹⁶⁾というのである。

この実現過程を、シュルテは以下のように描いている⁽¹⁷⁾。作用発生者としては、隣人への補償の支払いを調達できないほどに隣人に対する侵害が重大でありかつそこから生ずる補償請求権が高額になってしまう場合には、自己の行為を停止するであろうし、あるいはそもそもその行為を始めないであろう。かかる場合の作用発生者の行為は、「経済的に有意義な国土利用」とは言えない。なぜなら、作用発生者は、自己の侵害行為が生み出す価値以上の損害を引き起こしているからである。したがって、引き起こされる損害よりも利益の方が極端に大きい場合、すなわち、作用発生者の意図する事業が補償を調達できる場合にのみ、隣人の権利に対する侵害であってもそれは有意義なものと同様に評価され、また、作用発生者も補償を負担しつつ自己の利用を継続することになる。反面として、隣人としてはこのようにより価値のある財産利用に譲歩しなければならない。

さらに、近時の論文において、シュルテはこのようなメカニズムが立地判断に影響を及ぼすことを指摘する。すなわち、九〇六条二項二文に基づいて隣人に対して補償をしなければならない者は、費用便益分析を行って、何が

自分により多くをもたらすのかを問うであろう。「高額の補償義務を伴う立地の利益か、それとも、おそらく取引上はそれほど有利ではないが、その代わりにより少額な補償の負担しか見込まれない別の立地か」。理念からすれば、国土を利用する者は誰でも、かかる問いに答えることによって自己にとって最適の立地を見つけているであろう。このことによって同時に「経済全体として最適な空間構造が達成されるであろう」としている⁽¹⁵⁸⁾。

そして、このようなメカニズムにも弱点があることは認めつつも、補償請求権ないし補償義務は、経済的に有意義な国土利用という立法目的の達成における「典型的に私法上の自動性を可能とする推進力」である、とシユルテは評価する⁽¹⁵⁹⁾。つまり、「経済的に有意義な国土利用に関する効力を相隣法体系にとりわけ強調して付与しているのが、まさにこの補償請求権である」と結論付けるのである⁽¹⁶⁰⁾。

(ウ) ヴェスターマンの指摘、そしてシユルテの指摘からより鮮明であるように、作用発生者としては補償の負担と作用排出による利益との比較によって行動を決することとなる。そして、その行動は「経済的に有意義な土地利用」と結び付くことになるのである。すなわち、補償を調達できないほどに隣人への侵害が重大なことがある比較によって判明した場合には、作用発生者は利用をやめるであろう。この場合の作用発生者の利用は、利益よりも損失を多く生じさせているという意味で経済的に有意義でない国土利用と評価されているところ、かかる利用が控えられることによってこの経済的に有意義でない国土利用が解消される。反対に、利益の方が大きい場合には作用発生者は補償を調達できるから、作用発生者の利用が控えられることはない。この場合には、作用発生者におけるより価値のある利用が継続され、結果として経済的に有意義な国土利用が確保されるであろう。

したがって、補償義務は作用発生者の土地利用に大きな影響力を及ぼし、その過程を通じて国土整備に対する機

能をも果たしうるのである。

(3) 整理——国土整備との接点の再確認

以上の個別の分析を通じて、国土整備的機能に関する様々な接点や根拠が指摘されてきた。個別の項目で若干の整理もしてきたが、ここでは個別の要件・効果について全ての項目が出揃ったことを踏まえて、国土整備に対する機能との接点がどのような形で示されているのか、および、国土整備に対する機能としていかなる内容が意図されているのか、といった点から叙述を整理することとしたい。

(a) 国土整備の特徴との一致

第一に、九〇六条に定められた要件および効果のいくつかは、国土整備の特徴と比較することが可能である。この点は、被害地所有者が非本質的な侵害に対してなぜ受忍義務を負うのか、また、場所的慣行の土地利用から生じた侵害に対してなぜ受忍義務を負うのかという問題との関連で分析された。

前者、すなわち、非本質的な侵害に対する受忍義務においては、ヴェスターマンは「生産的な利用」の確保を根拠としてこれを説明した。これは、利用の最大化、そして、経済的・社会的な利用の考慮という国土整備の特徴と一致するのである。

後者、すなわち、場所的慣行性要件から生じる侵害に対する受忍義務においては、ヴェスターマンは「相隣空間の統一的な利用可能性」にその根拠を見出した。前述のように、プファイファーはこの根拠を二つの意味で国土整備の特徴と対比させた。

一つは、相隣空間の統一的な利用の要請を受けて、個々の土地は当該空間の所与の状態に適応しなければならな

いことになる。このような適応は、自然の所与の状態を考慮するという国土整備の特徴に対応する。

もう一つのより重要な指摘は、相隣空間の統一的な利用の要請を通じて、経済的・社会的観点に基づき有意義な土地利用形態の集中傾向が生じることになる。このような集中傾向は、国土の発展という意味では消極的な評価を受けざるをえないが、地域の保全という意味では積極的に評価されるべき内容も含んでいる。また、この集中傾向をより広い視野で見ると、産業系の利用形態と住居系の利用形態とがそれぞれ別個の地域に集められ分離されるため、住居地域はその現状を保全され、産業系の利用形態からのイミッシオンから保護されることになる。反対に、産業利用は、場所的慣行に沿って事業を行う限りでは、今後もイミッシオンを排出することが許されることになる。

もっとも、九〇六条の適応力として示されるところではあるが、「本質的な侵害」要件も「場所的慣行の利用」要件も固定された要件ではないことに注意を要する。例えば、ある産業がひとたび場所的慣行と評価されたからといって、その評価が将来に渡って固定されるわけではなく、技術や交通の発展あるいは関係住民の考え方などに応じてその場所的慣行性の評価は変遷しうるとされている（詳しくは下記5参照）。したがって、ここで指摘したこれらの要件と国土整備の特徴との合致というのは、これらの要件における根本思想において認められることである。

(b) 国土整備への私法上の刺激

第二に、九〇六条に定められた要件および効果が当事者に国土整備への刺激を与えていることが挙げられる。刺激という表現からすると、国土整備への寄与は九〇六条の副次的な現象にすぎないとの印象を受けるかもしれない。しかし、上記論者の意図するところはそのような意味ではなく、九〇六条の「支配的な動機」そのものである

と理解している点に注意を要する。

上記論者によれば、作用発生地の所有者への影響力が主として語られており、この者に対する国土整備への刺激効果が相当に重要であることが窺われる。もっとも、被害地所有者への影響力が指摘されている部分もあつた。そこで、作用発生地の所有者への影響と被害地所有者への影響とに分けて見ていくことにしよう。

最初に、作用発生地の所有者について見てみよう。

九〇六条の要件面から見れば、作用発生地の所有者は、自己の土地利用を場所的慣行に合致させようとするであろう。というのも、被害者からの妨害排除請求権および不作為請求権を受けないという特権が、このような適合を果たすことによつて付与されるからである。つまり、場所的慣行性要件による特権の付与は、作用発生地の所有者を場所的慣行への適合に、したがつて相隣空間の統一的な利用に誘導することになるのである。その結果、事業の停止を行う必要はなくなり、場合によっては補償の負担を受けるだけで良いことになる。

九〇六条の効果面、すなわち、作用発生地の所有者に課される義務に関しては、防止装置義務と補償義務において国土整備への刺激が認められる。

防止措置義務については、九〇六条において許容されるレベルまで作用の排出を削減するという形で、かかる影響力が当然に認められている。もっとも、防止措置義務の有無および範囲については「平均的な利用者」が基準とされつつも、作用発生地の具体的な所有者の諸事情も考慮され、そのような意味で「諸利益の正当な統合」が行われること、前述の通りである。

補償義務については、作用発生地の所有者における利益と補償負担との比較を通じて、国土整備（経済的に有意

義な国土利用」が達成されることになる。すなわち、補償負担の方が大きい場合には作用発生地の所有者が利用を控えるため、より損失の大きい利用が実行されにくくなる。反対に、利益の方が大きい場合には補償を負担してでもその利用が継続されることになるが、それは利益が損失を上回っているという意味で「経済的に有意義な国土利用」と評価される。つまり、このような比較を通じて、「経済的に有意義な国土利用」への刺激が生み出されることになるのである。また、より一般的に言えば、作用発生者としては、補償の負担を抑えるために自己の排出を削減するよう促され、最終的には、九〇六条二項二文で補償の負担を負わないレベル（すなわち被害地所有者にとって期待可能な程度）にまで排出を削減するに至るであろう。

次に、被害地所有者に対してはどうであろうか。

学説による分析は、被害地所有者への影響力をも指摘していた。補償請求権の要件における、被害地の「場所的慣行の利用」に関してである。つまり、被害地所有者が場所的慣行の利用をしているかどうかで補償請求権による保護の有無が決められることになり、それゆえに、被害地所有者をして場所的慣行の利用への適合を促すことになる。したがって、このことを通じて、国土整備が促進される。

その形態こそ様々ではあるが、作用発生地の所有者に対しては被害地所有者に対しても国土整備への刺激が働くことが以上から確認できよう。⁽¹⁰⁾そして、しばしば指摘されてきたように、最終的には当事者（すなわち作用発生地の所有者と被害地の所有者）における利用立地の判断への影響力を通じて、このような国土整備への刺激が作用することになるものと考えられている。

5 B G B 九〇六条の適応力に基づく分析

環境保護の達成のために相隣法がいかなる機能を果たしうるかという、ヴェスターマンらと同様の問題意識を出発点としつつも、九〇六条の異なる側面に焦点を当てて九〇六条の機能を検討する分析が見られる。この分析は、九〇六条に定められた不特定な概念の解釈が柔軟に行われうることに鑑みて、この点に「九〇六条の適応力」⁽¹⁰⁾を見出し、それを環境保護のための提言につなげようとするものである。

以下では、九〇六条の適応力に依拠して国土整備的機能を分析する。まず、九〇六条の適応力の根拠としていかなる点が注目されているのかを述べ(1)、続いて、この適応力をどのように活用して環境保護につなげているのかを具体的にみていくことにする(2)以下。

(1) 適応力の根拠

学説による分析において、九〇六条の適応力はいかなる根拠に基づいて主張されているのであろうか。この問いに対する手がかりを得るために、本稿ではミッテンツヴァイとデーリクセンの説明に依拠することとしたい。

(a) ミッテンツヴァイ

ミッテンツヴァイは、前述した環境問題を背景として、民法上の防御請求権・損害賠償請求権に関心を抱く。そして、これらの民法上の保護手段によっても人間にふさわしい健全な環境に対する公益が達成されるが、そのためには、一方では、実体的権限を有しかつ訴訟遂行権限をも有する者の範囲が拡大されなければならない、他方では、この公益が民事訴訟自体で考慮されなければならない、とする⁽¹¹⁾。ミッテンツヴァイは、この後者の問題提起に対する手がかりを相隣法において得ようとする。

ミッテンツヴァイが九〇六条の適応力を主張する際に根拠としているのは、主として以下の二つの点である。すなわち、第一に、九〇六条が所有権の配分規範であるということ、第二に、動的な基準が九〇六条に用いられていること、である。

第一点について見てみよう。ミッテンツヴァイは、おおむねクラインディーンストの所説(上記一・二参照)と民法典施行前の法状況(上記三参照)に依拠することによって、「九〇六条は：所有権の内容を定めることによって、所有権自体をそもそも配分している」という理解に達している。⁽¹⁶⁵⁾ 相隣法をこのように特徴付けた上で、ミッテンツヴァイは九〇六条の解釈上の指針を二つ示す。一つは、この規定を解釈する際にはかなり広範な自由が存在すること、もう一つは、この規定において常に必要とされる利益評価はその都度の実際の諸事情にかなり強力に依存していること、である。⁽¹⁶⁶⁾

第二点について、ミッテンツヴァイは「硬直した判断基準が相隣法においては動的な基準によって置き換えられている」と述べる。ミッテンツヴァイは、ここでも相隣法の歴史的展開からこの叙述を導く。すなわち、民法典施行後、急激な技術・交通・産業の発展が起り、従来認識されていた程度をはるかに越えるような作用が増加した。そのため、民法典の相隣法規定およびそれに対応する営業法の規定を、変化した状況に適合させることが再度必要となったのである。その中で注目されるのは、補償請求権が明文化されていなかった一九五九年改正前において、判例⁽¹⁶⁷⁾によって補償が認められたことである。当時の九〇六条によれば、作用発生地の利用が場所的慣行である場合には被害地所有者は当該作用を受忍しなければならない(しかも補償なしで)とされていた。それにもかかわらず、場所的慣行に利用されている被害地のために補償請求権が認められた。⁽¹⁶⁸⁾ そして、この判例によって設定され

た基準が一九五九年改正によって九〇六条に取り込まれたのである⁽¹⁰⁾。ミッテンツヴァイはこの点を捉えて、「国土とその形成手段の継続的な変化が個別の相隣法関係を動的にしている⁽¹¹⁾」と評している。

このような歴史的展開を踏まえて、ミッテンツヴァイは九〇六条に以下の動的な基準を見出している。すなわち、被害地に対する「本質的な侵害」、作用発生地の「場所的慣行の利用」という当初から存在する動的で状況に依存した概念に加えて、一九五九年改正後には、防止措置の「経済的な期待可能性」、「期待可能な程度を越える」侵害、「適切な補償」というメルクマールも九〇六条に含まれるに至っている。これらの動的な概念によって土地所有権の内容は決定されるのであって、「経験上審査可能な国土の諸事情と無関係に、いわば規範的・一般的に土地所有権の概念（積極的な核および消極的な核）が定められることは決してなかった⁽¹²⁾」のである。

以上見てきたように、ミッテンツヴァイは、土地所有権の内容配分規範であるがゆえの解釈の柔軟性（第一点）、および、変化する状況に対応するための動的概念の採用（第二点）という点に、九〇六条における適応力の根拠を見出しているのである。したがって、九〇六条に採用された動的概念を通じて柔軟な解釈が行われるということが、九〇六条の適応力の根拠として重要なところである。ところで、ミッテンツヴァイは、相隣法における決定的な判断要素を、「公共の福祉を促進するためにできる限り合目的な空間利用を設定するという目標を伴った、相接する土地の相互適合」に置いている⁽¹³⁾。そこで、ミッテンツヴァイは、上記二点に示された九〇六条の適応力を活用して、かかる判断要素をさらに実践的提言のために再構成していくのである（この点については下記(3)(c)参照）。

(b) デイデーリックセン

デイデーリックセンも、ミッテンツヴァイと同様の指摘をしている。彼は、環境のために民事責任法がいかなる能

力を持ちうるかという問題意識から、環境保護における民法上の諸問題を論じている⁽¹³⁾。その際、九〇六条に関して興味深いことを述べている。彼はミッテンツヴァイと同様に、九〇六条に含まれる動的基準（とりわけ「本質的な侵害」と「場所的慣行の利用」）に着目する。そして、これらの概念は価値の補充を必要とする不特定概念であるところ、これらの概念の判断は「社会もしくは技術の進歩やそれどころか関係国民層の思考様式にも結び付くような、考え方の時代的变化にも支配されている」というのである⁽¹⁴⁾。したがって、デイーデリクセンは、「九〇六条は硬直した規範ではなく、むしろ生活関係を規律する意義の点で変化しうるものである」と結論付けているのである⁽¹⁵⁾。

(c) 国土整備に対する機能との関係

さて、ミッテンツヴァイの説明にせよデイーデリクセンの説明にせよ、九〇六条が適応力を有することは明確に示されているが、それが九〇六条における国土整備に対する機能といかなる関係にあるのかは多少不明確である。すなわち、九〇六条の適応力が国土整備に対する機能の根拠となるのかどうか、換言すれば、九〇六条にかかる適応力があるからこそ国土整備に対する機能が果たされると言えるのかは、彼らの説明には鮮明には現れてこなかった。むしろ、彼らの意図は、国土整備に対する機能を所与のものとして、九〇六条の適応力を手がかりにこの機能を環境保護に役立てるところにあるものと思われる⁽¹⁶⁾。

しかし、彼らの分析においても、九〇六条の適応力に基づいて国土整備に対する機能が根拠付けられていると考えて良いであろう。この点についてはハーゲンが明確に述べている。「九〇六条は硬直した規範ではなく、（とりわけ「本質的な侵害」や「場所的慣行の利用」という概念の）解釈によって、一方では現存の諸事情に、他方では一定の

発展（技術や交通の発展、環境保護に関する価値観の変化など）に適應する能力を有している。…このことによつて、九〇六条の規定は同時に国土發展のための操縦道具を意味している⁽¹⁷⁾。ミッテンツヴァイやデーデリクセンの上記説明も、このハーゲンの説明と同様に理解できるのである。つまり、土地所有権の内容は、九〇六条における動的な基準、とりわけ「本質的な侵害」と「場所的慣行の利用」の概念を通じて柔軟に決定されるものであり、かかる柔軟性を媒介として、九〇六条は現実の諸事情や将来の發展に關与していくことになる。

したがって、上記論者によれば、九〇六条における国土整備に対する機能の根拠は、九〇六条の動的な基準による所有権の柔軟な内容形成を通じての、現状および發展への九〇六条の適應力に見出されるのである。

(2) 「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念の解釈——概観

さて、上記論者の説明の中にも出てきたように、九〇六条の適應力を考察する上では、そこに定められた補充を必要とする概念が重要な役割を果たしている。むしろ、かかる概念とその柔軟な解釈があるからこそ、九〇六条に適應力があると評価されると言えよう。そして、このような柔軟な解釈を通じて、環境保護への有効な手がかりが作り出されているのである。そこで、これらの概念の解釈について簡単な概観しておこう。

なお、九〇六条にはかかる概念がいくつが存在するが、九〇六条の規律内容として重要なものは、被害地に対する「本質的な侵害」概念および作用発生地における「場所的慣行の利用」概念である。というのも、九〇六条の規定は土地所有権の利用機能と排除機能とを相隣地との関係で適切に調整することを目的としている（上記一参照）ところ、この両概念は排除権限と利用権限の限界を設定しているからである。すなわち、土地所有者は、他の土地から生じた作用が自己の土地利用を侵害していないかもしくは非本質的にしか侵害していない場合には、この作用を

受忍しなければならないとされている（九〇六条一項一文）。したがって、この「本質的な侵害」概念は、民法上隣人が保護されるための最低限の要件を示している。すなわち、土地所有者の排除権限の下限を明らかにしていることになる。他方、「場所的慣行の利用」概念を見てみよう。本質的な侵害であっても、それが作用発生地の場所的慣行の利用から生じておりかつ経済的に期待可能な措置によって防止できない場合には、その侵害は受忍されなければならぬとされている（九〇六条一項一文）。したがって、本質的だが場所的慣行の作用に対して被害地所有者が防御請求権を行使する場合には、その請求は依然として、防止措置の経済的な期待可能性という留保に服している。しかし、場所的慣行でない本質的な作用を生じさせている場合には、無条件に防御請求権の行使を受ける。したがって、場所的慣行性という概念は、土地所有者の利用権限の上限を明らかにしているのである。⁽¹⁷⁸⁾

このような理由から、ここでは、被害地に対する「本質的な侵害」および作用発生地における「場所的慣行の利用」というそれぞれの概念の解釈について言及することとしたい。なお、それぞれの概念の解釈全般については既に詳細な紹介がなされているので、本稿では、九〇六条の適応力を考察する上で重要と思われる事項のみを取り上げるにとどめる。⁽¹⁷⁹⁾

(a) 被害地に対する「本質的な侵害」

ある作用が本質的な侵害に該当するかどうかは、当該作用により被害を受けている地区における平均的な居住者の（推定上の）感覚に基づいて行われる。その際には、被害地の実際の性質や用途も考慮される（いわゆる「分化された客観的な基準 differenziert-objektiver Maßstab」）。⁽¹⁸⁰⁾ この基準は以下の二つの点で「柔軟な処理」を可能にしている。

第一に、被害地の性質と用途を考慮して侵害の程度を判断するためには、その被害地の含まれる地域がいかなる特徴を有しているのかを決定しなければならない。例えば、既に産業や交通に関して広く開発のなされた地区に居住する者には、イミッシオンに対する包括的な受忍義務が課されるであろう。⁽¹⁸⁾ つまり、近隣周辺の具体的な状況に依存する形で、本質的な侵害に該当するかどうか判断されるのである。⁽¹⁹⁾

第二に、特に近時の判例において、本質性概念は、一般的な環境事情や住民の考え方の変化に応じて継続的に変遷しうるものとされている。⁽²⁰⁾

したがって、本質性概念というのは、一方では被害地近隣の現実の状況に対応して、他方では一般的な考え方の変化に合わせて、動的に捉えられているのである。

(b) 作用発生地における「場所的慣行の利用」

この要件は立法過程において既に「ある程度動的な調整器⁽²¹⁾」と呼ばれていたように、絶えず変動する概念として理解されている。

第一に、場所的慣行性要件の一般的な判断基準に、既にこのことは示されている。場所的慣行性要件は、比較対象とされる地区の現実の状態を観察することによって明らかとなる。⁽²²⁾ すなわち、「基準とされる比較地区における土地の多数が、種類と程度につき他の作用発生地とほぼ同一の方法で周囲への侵害をもたらしつつ利用されている場合」には、その利用は場所的慣行とされる。⁽²³⁾ このような判断基準自体は、土地所有者の利用利益と保全利益との間での相隣法上の調整は多数の意思に従って行われるべきである、との立法者の考慮に基づいていとされている。⁽²⁴⁾ もっとも、この意思は具体的に存在するものではなく、上の判断基準が示しているように、「当該地区にお

ける現実の諸事情に基づいて」推定される。したがって、現実の状況が変動することによって、多数の意思すなわち場所的慣行性も変動するのである。⁽¹⁸⁾

第二に、この「場所的慣行の利用」から生じる作用は、上で述べたように比較地区における現状を基準として判断されることになるが、その際には、経済的および技術的な発展の要請⁽¹⁹⁾、および、関係住民層の考え方⁽²⁰⁾も考慮され、一般的な判断基準を修正するとされている。したがって、場所的慣行性の概念（およびそれに基づく九〇六条の規定）は、現状に方向付けられているとはいえ、現状を変化しえないものとして固定するという意味ではない。発展や近代化の枠内で、その都度適合的に用いられ評価されることになる。⁽²¹⁾

(c) 動的性格

このように、「本質的な侵害」概念も「場所的慣行の利用」概念も、固定された概念ではない。これらの概念は、現状の土地利用、すなわち、「それぞれの地区において多数に行使されている土地利用」によって決定される。そして、「かかる土地利用と共に」これらの概念も変動するのである。このことは、現実に存在する状況が判断基準とされていることの帰結である。

しかし、これらの概念は現実の状況のみを基準とするわけではない。さらに、経済的および技術的な発展の要請、住民の考えなども配慮されなければならないとされている。したがって、このような意味においても、これらの概念は動的な概念である。その際、従来は、どちらかといえば経済発展の要請が強く打ち出され、これらの概念の解釈もそれに対応して行われる（したがって、被害地所有者の受忍義務が高められる）傾向が見られたが、近時は、環境意識の変化などを解釈に組み込むことによって従来とは異なる傾向が見られる。したがって、動的な概念の解

釈というのは極めて柔軟な性格を有しており、その都度の要請に応じて場合によっては正反対の方向に解釈される可能性を持っていると言えよう。この点については、以下(3)で詳しく述べよう。

(3) 評価的な観点の導入——環境保護のための国土整備的機能の発動

これまでの分析で、国土整備に対する機能が九〇六条の適応力によって根拠付けられること、また、「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念がその適応力を担う重要な役割を果たしていることが、それぞれ示された。

もつとも、九〇六条の適応力に基づく分析は以上のことにとどまるものではない。この分析において一層強調されているのは、この適応力の活用を通じて環境保護のために国土整備的機能を発動させようとの実践的な提言である。したがって、九〇六条がその適応力を媒介として具体的ないかなる形で国土整備的・環境保護的に機能しているのが、ここでの分析の重要な鍵を握っている。

これに対する回答は様々な形で可能であろうが、本稿では、評価的な観点の導入という視点から整理することとしたい。というのも、九〇六条に含まれる「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念が不特定の概念であり補充を要するとの認識から、評価的な観点をこれらの概念に導入することによって実効的な環境保護（および環境保護のための国土整備）を達成しようとする流れが、以下の解釈論および論者の主張に共通しているからである。⁽¹⁹³⁾もつとも、これらには、解釈論として行われているものから概念の再構成を図るまで多様な段階が見られる。そこで、評価的な観点の導入という視点を軸に、おおよそ時系列に沿ってこれらの段階を見ていくことにする。

(a) 産業や交通の発展の促進

「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念は動的な性格を有しているが、従来は、産業や交通の発展を保障する形でこれらの概念が作用してきたことが指摘されている⁽¹⁹⁾。

第一に、先にこれらの概念の解釈に関して触れたように（上記②参照）、これらの概念は地域の現実の状態に基づいて判断される。そのため、例えば産業や交通に関して広く開発された地区に居住している者は、一般的にイミッシオンに対する包括的な受忍義務を負うことになる。つまり、産業集中地域に居住している者の負担によって本質性概念あるいは場所的慣行性概念が——この者に不利な形で——解釈されることになるのであり、有効な環境保護という視点からはこのような考察方法に対して疑念が生じえよう⁽²⁰⁾。

第二に、これらの概念は、経済や技術の発展の要請を考慮すべきとされたことによって、従来はイミッシオンの負荷を増加させる方向に作用してきた。この点は、とりわけ「場所的慣行の利用」概念に関して指摘されることである。すなわち、環境への負荷が増大すると共に、「場所的慣行性の許容限界も動的に描き続けられることになる⁽¹⁹⁾」のである。このような方向性を示す典型的な判決として、ライヒ裁判所一九三九年一月九日判決（RGZ159, 129）⁽²¹⁾がある。古い事件ではあるが、いまだにしばしば批判の対象とされるほど影響力を持った判決である。

事案は以下の通りである。ライヒアウトバーンからの騒音や振動などにより損害（賃借人の転居や賃料の値下げ）を被ったとして、アウトバーン沿いに家屋を所有する原告がアウトバーン事業者たる被告に損害賠償を請求した。ライヒ裁判所の判示事項はいくつかに分かれるが、本稿で問題となる場所的慣行性概念に関しては以下のように述べた。

「その地方の状況に基づいて一般的とされる交通による、都市道路あるいは遠距離道路の利用が、かかる状況の土地における場所的諸関係に照らして通常の利用であることは、疑いなくであろう。たとえ交通が著しく増加し騒音を増すとしても、そうであろう。道路沿いの住人は、この種のことを甘受しなければならぬ。：ライヒアウトバーン施設は、確かにこれまでの種類の道路と比べて新しい発想に基づいているけれども、ますます増加する自動車交通に鑑みて必要不可欠な道路網の形成を意味している。：この新しい道路は、その路線区間と形態における最大限の合目的性という点で、自動車交通の現状の要請と将来見込まれうる要請とに適合している。したがって、交通の増加によって必要となった、従来の道路制度の発展が問題なのである。：必要とされる交通施設のための土地利用が、さらには、こうして作られた道路における自動車やオートバイの規則通りの通行による利用が、とりわけ著しい交通の発展を伴う地域において場所的慣行とされることは、疑われえない。：このことは単純に、人間の共同生活の帰結であり、また、交通手段の技術における進歩の帰結である⁽⁹⁸⁾」。結果として、原告の損害賠償は認められなかった。

この判決からも明らかとなっているように、イミッシオン発生施設からの作用が従来と比べて増加する場合であっても、技術や交通の発展などの諸理由から当該施設の拡張が必要不可欠とされる場合には、その増大した作用についても場所的慣行性が認められる場合がありうることになる。このことは特に交通関係の施設の場合に顕著であり、その後の連邦通常裁判所の判決も、基本的にはライヒ裁判所の判決の延長線上にある。もっとも、その後の連邦通常裁判所一九七五年三月二〇日判決でこのような態度は修正されるに至った（この判決についてはハーゲンの見解で紹介する。：下記(d)②参照）。

いずれにせよ、場所的慣行性概念の解釈として技術や交通の発展が考慮されるということは、これらの発展を最大限優先させる方向で、したがってイミッシオーンの負担を一方的に増加させる方向で働いていたのである。概念が動的であるということは、近時の判決に見られるように環境保護のために有効に作用する可能性がある（下記(e)）が、その反面として、環境への負荷の増大を正当化するためにも用いられるおそれもある。そして、かつての判例の態度はまさに後者であり、環境保護という観点は何ら役割を果たしていなかった。したがって、環境問題への有効な対処を求める学説は、かかる場所的慣行性概念の解釈を激しく批判することとなった。

(b) 計画的な事前配慮のための国土整備プログラム

しかし、上述(a)とは異なる側面において、場所的慣行性概念の解釈は連邦通常裁判所の初期の判決によって修正されていた。この点にはあまり注目されることがないが、環境保護のための国土整備という点からこの判決を眺めるとき、そこには興味深い内容を見て取ることができる。ここで取り上げるのは、連邦通常裁判所一九五九年四月一五日判決(BGHZ30, 273)⁽²⁰⁾とそれに対するプファイファーの評価である。評価的な観点の導入という流れからは若干外れるが、ここで紹介しておこう。なお、同判決は、被告鉱山における焙焼設備からの煙・排ガスおよび荷積み場からの塵によって侵害を受けたとして、商店を開きかつ居住している原告（被告とは道路の向かい側）が損害賠償を求めた事案である。

同判決によれば、作用発生地の場合的慣行性が認められるためには、原則として「比較のために考察されるべき地域における土地の多数が、おおよそ同一の方法で、すなわち、種類と程度につきある程度同一の、他の土地に対する侵害作用を伴って利用されていること」で十分であるとす。かかる解釈は場所的慣行性概念の解釈における

原則を示すものであり、一般的に承認されているところである。

しかし、同判決はさらにこう付け加える。「問題となっている作用（本件では煙、排ガス、塵による作用）がそれ自体は通常のものともみなされうる場合であっても、特別に加害を与えるような利用方法は通常でないものとなりうる」と。そして、このような観点に基づけば、ある土地に特別に集中している作用が、別の場所では類似の方法では見られず、他方で、その事業から生じる作用が同一住宅団地内の遠隔地に対しては依然として九〇六条の意味で通常であると評価される場合には、かかる作用は通常でないものとなりうるとしたのである。⁽²⁰⁾ 本判決が原則論を述べつつもこのような例外（特別に加害を与えるような利用方法）を設けたのは、「建物の建っていない土地に主として損害を与えるイミッシオンと、人間の住宅地を侵害するイミッシオンとの間には、本質的な相違が存在する」からである。法律は「このような状況の土地における」⁽²⁰⁾「通常の利用を問題としているのであるから、「居住目的であれ職業上の目的であれ、継続的な居所における人間の保護に与えられる意味」に関しては、以下の事情が「場所的諸関係を判断する際の重要な状況」として評価されなければならない。すなわち、作用を排出している工場がそれとは無関係の住宅団地を本質的な侵害にさらすほどに距離的に接近しているかどうか、という事情が考慮されなければならないというのである。⁽²⁰⁾

以上見てきたように、本判決は、場所的慣行性概念の解釈に関する原則論を述べつつも、イミッシオン発生源と被害地との距離にも注意を促している。つまり、あまりにも距離が近い場合には、作用発生地の利用が抽象的には（すなわち比較対象とされる地区における利用の比較では）場所的慣行とされるときも、当該の具体的な利用の加害性を理由として場所的慣行性が否定される場合もありうる。その際、人間の居所に配慮しているという点では、

そこに評価的な観点も見ることができ、いずれにせよ、本判決の基準によれば、個別具体的な場面に応じて作用発生地の利用が場所的慣行でない⁽²⁰⁾と評価されやすくなるであろう。このようにして、場所的慣行性概念がそれぞれの個別事情に応じて弾力的に解釈されることになるのである。

そして、プファイファーはこの点を捉えて、この判決が九〇六条から「国土整備的な目標設定」を導いているとする。すなわち、イミッシオンを生じさせた土地利用自体には場所的慣行性が認められるにもかかわらず、「イミッシオンが」一定の最高限度を越えることを防止しようとしている」からである。したがって、場所的慣行性概念の解釈が土地利用の振り分けをもたらすこと（上記4(1)(c)参照）も併せ考えると、連邦通常裁判所は場所的慣行性概念を起点として「国土整備的な全体プログラム」を展開している。そして、このことによって、九〇六条も計画的な事前配慮のために機能している。以上のようにプファイファーは評価するのである。⁽²⁰⁾

この一九五九年判決によれば、場所的慣行性概念の解釈も環境保護のための国土整備に奉仕しうることが示されている。この点のみを捉えるならば、場所的慣行性概念の解釈にも肯定的な評価を与えることができそうである。しかし、産業や交通の発展を優先させる解釈（上記(a)）は基本的に変更されておらず、その後の連邦通常裁判所の判決では、上述ライヒ裁判所一九三九年判決と同様にイミッシオンの増加を許容する方向で場所的慣行性を解釈する態度が表明されていた。⁽²⁰⁾そのためもあってか、一九五九年判決の「国土整備的な全体プログラム」という側面に焦点が合わせられることはなかった。むしろ、産業や交通の発展を確保するために場所的慣行性概念を拡大するという側面に関心が集まり、そしてこれに対する批判が次第に高まってきた。

(c) 場所的慣行性概念への批判とその再構成

環境問題への有効な対処を問題意識として九〇六条の役割を探求しようとする論者は、場所的慣行性概念におけるこのような産業優先的な解釈に対して厳しい批判を加えた。そして、以下で紹介する見解は、九〇六条の不特定な概念（ここでは場所的慣行性概念）の解釈に評価的な観点を導入することによって、これを解決しようと試みる。もっとも、以上のことを徹底して推し進めて概念の再構成にまで至ろうとする点が、その他の見解と比べて特徴的である。

① ロート

① ⁽²⁸⁾ロートは、環境保護の領域では国家のイニシアチブが主であり私法による環境保護はその補充に限定されているとしつつも、九〇六条には依然として広い妥当領域が残されているとする。そのような認識から、民法上の防御システムにおける有用な基準を検討している。その際、裁判官が個々の事例において期待可能性の概念を判断することが重要であるとしている。それは、以下の二つの点に現れる。

一つは、作用発生地の所有者側の期待可能性である。ここでは、九〇六条二項一文に基づく防止措置請求が取り上げられる。作用発生地の所有者には経済的に期待可能な防止措置が課されることになるが、この「経済的な期待可能性」という基準の裁判所による解釈が重要であるとロートは述べる。すなわち、期待可能な措置は衡量によって決定されるところ、その際には、「財産的および非財産的価値が、大規模な例えば産業による環境汚染にさらされている」という現代の認識もこれまで以上に適切に考慮されなければならない。このような取り返しのつかない損失を回避しようとするならば、コストのかかる防止措置であっても回避されてはならない、というのである。⁽²⁹⁾したがって、イミッシオーンの制限と防止措置について環境侵害者に何が期待されるのか、という点についての裁

判官の考えが決定的に重要となる。⁽²⁰⁾

もう一つは、被害地所有者に対する侵害の期待可能性である。ここでは、場所的慣行性要件が問題とされる。場所的慣行性要件は、現状を基準とすることで純粹に事実として理解されている。その際には、基準とされる比較地区においては土地がおよそ統一的に利用されること、したがって、隣人の土地に対する侵害は隣人にとって期待可能であること、という相隣空間の統一的な利用可能性が根本思想とされてきた（上記4(1)(c)参照）。ロートは、このように場所的慣行性に基づいて侵害の期待可能性を法律上で推定することは「静的な考察方法である」と評する。

そして、このような考察方法では、「現代的な環境発展の動きも、また、多くの場所的慣行とされる環境損害において極めて危険な影響が発生していることについての現代的な認識の動きも、正しく評価されえない」。立法者は場所的慣行性という概念を用いて法の適用を手助けしようとしているが、事情の変化や認識の洗練によってこの手助けが今やむしろ足かせとなっていることが判明した場合には、「この手助けに対する目的論的な制限が許容されなければならない」⁽²¹⁾。そこで、ロートは、場所的慣行性の概念に一定の範囲で評価的な観点を導入しようとするのである。具体的には、「社会的相当性」という方向性で、裁判官が場所的慣行性とそれに基づく侵害の期待可能性を解釈することを目指している。⁽²²⁾

このようにして、ロートは、二つの意味における期待可能性の解釈に評価的な観点を導入することによって、環境問題に有効に対処するための手段を九〇六条に見出しているのである。

② ミッテンツヴァイ

ミッテンツヴァイも、場所的慣行性概念に評価的な視点を持ち込む。その結論自体は、後に紹介するディーデリ

クセンらとそれほどの大差はない。もつとも、ミッテンツヴァイの主張の特徴は、従来の場所的慣行性要件の解釈（および九〇六条の枠組み）を厳しく批判する所にもかなりの重点を置いていることであろう。

ミッテンツヴァイによれば、民法上の隣人紛争の中で環境保護に対する公益を適切に考慮するにあたっては、「九〇六条に含まれる〈場所的慣行性〉という不特定の法概念が手がかりを提供する」という。そして、場所的慣行性の概念はこれまでは単に公共の利益のための間接的な国土形成に用いられてきたにすぎないと評価した上で、この場所的慣行性の概念を、イミッシシオンの「公共適合性 Gemeinverträglichkeit」というより包括的な概念に継続発展させるべきことを主張する。⁽²¹³⁾

このような継続発展の結果として、ミッテンツヴァイは以下の三つの点が達成されるとする。第一に、従来認められていた「合目的な空間利用」という事柄を越えて、近年ようやく意識されるようになってきた「生態学上の諸要請」をも考慮することが可能となる。第二に、「公共適合性」という概念を通じて、物権法上や営業法上で保護された土地所有者および企業者の諸権限と人格権や環境権⁽²¹⁴⁾から生じる被害市民の防御権限とのバランスが確保される。また、このような均衡を保つことは、最新の自然科学の知見に基づいて、有害な環境作用と単なる過敏性との間で人間の活動の範囲を限界付けることになる。第三に、私法と公法において問題が共通していることを配慮することになり、環境法における根本的な諸原則の統一に向かわせるといふ。⁽²¹⁵⁾

ミッテンツヴァイはこのようにして「公共適合性」概念を主張する。その際に最も興味深いのは、なぜ「公共適合性」という概念を持ち出してまで場所的慣行性要件を継続発展させなければならないのか、という疑問への説明である。ミッテンツヴァイが答えとして用意するのは、場所的慣行性要件の現行の解釈が依然として「相接する土

地の適合によって空間の最適利用が可能となる」という九〇六条の法理の枠内にとどまっている、との認識である。⁽²⁶⁾ この認識については、他の論者によっても同様に指摘されている場合があるので、これらの説明も参照しながらやや詳しく見ておこう。

最初に、ミッテンツヴァイは、場所的慣行性要件における立法者のモデル観念、すなわち、「九〇六条で許容される場所的慣行のイミッシオーンの利益と不利益とは被害地所有者にとって自ずから調整されるであろう」ゆえに被害地所有者はこのイミッシオーンを受忍しなければならない、との前提⁽²⁷⁾が時代遅れとなったことを指摘する。それは以下の理由による。立法者のモデル観念における利益と不利益との自動的な調整は、被害地所有者も同等のイミッシオーンを発生させることができるという点、および、イミッシオーン発生源の企業が入植することで被害地の価値も上昇するという点に求められてきた（上記4(1)(c)参照）。しかし、技術・交通・産業の急速な発展と共に、このような意味での調整は果たされることが判明した。すなわち、大規模産業からのイミッシオーンはますます強大となり、他の形態の利用を行っている相隣地の所有者にとって耐えがたいものとなったが、生産性の向上による好影響は近隣には全く反映されなかった。現代交通によって人および財の経済的な流動が可能となったため、近隣の事業や農業生産者および住宅の賃貸人にとっては販売機会 Absatzchance の改善が妨げられることになった。また、狭い空間に様々な利用形態が「混合状況」をしばしば引き起こすことによって、隣人に対する危害がさらに強まったのである。⁽²⁸⁾ 以上のような理由から、立法者のモデル観念は妥当しなくなった。

そこで、場所的慣行性の概念を細分化することによって「場所的慣行性の概念を切り詰める」試み（すなわち場所的慣行性が認められる場面を限定する試み）が、判例を通じて行われることとなった。ミッテンツヴァイは、判例

によるこのような努力をひとまず確認している。この解釈の詳細を紹介することは本稿の問題関心との関係では不要と思われるので、ここでは簡潔に述べておく。第一に、場所的慣行性判断の際に比較対象とされる地区（相隣空間の統一的な利用可能性という表現における「相隣空間」）が、柔軟に設定されるようになった⁽²⁰⁾。第二に、作用発生地および被害地を含む比較対象地区において、同種の利用が行われていることだけでなく、そこから生じるイミッシオーンの程度も同等であるかどうかが審査されるようになった。したがって、問題とされる作用が一般的な判断基準に照らせば場所的慣行とみなされうるとしても、それが「特別な加害を加える利用方法」によってもたらされている場合には、その作用は場所的慣行でないと評価されるようになった⁽²⁰⁾。そして第三に、作用発生地の利用の場所的慣行性評価に際して、他と比べて強い被害を受けた土地との関係では場所的慣行性を否定し、作用発生地と離れた土地との関係では場所的慣行性を肯定するというような、場所的慣行性の概念の相対化がなされている判例も出されてきた（前述(b)の連邦通常裁判所一九五九年四月一五日判決（BGHZ30, 273）は第一点と第三点の解釈に位置付けられる⁽²¹⁾）。ミッテンツヴァイが確認するのは、おおむね以上の点である。

続いて、ミッテンツヴァイは、場所的慣行性の概念には規範的な制限も加えられていることを確認する。すなわち、経済的に期待しうる措置によっては防止できない本質的な侵害が、それ自体場所的慣行の土地利用から生じている場合、したがって、九〇六条二項一文によれば被害地所有者はこの侵害を受忍すべき場合であっても、妨害排除請求権および不作為請求権が依然として被害地所有者に認められなければならないと規範的に評価される場面があるとする⁽²²⁾。

最後に、ミッテンツヴァイは、場所的慣行性概念のこのような制限について評価を下す。判例によるこのような

努力をここまで確認してきたことからすれば、ミッテンツヴァイは環境保護のための手がかりをこの判例の努力に見出しているように思われるかもしれない。しかし、ミッテンツヴァイの結論は全く異なる。ミッテンツヴァイによれば、場所的慣行性が肯定される場面を制限する方向でのかかる解釈は、依然として「相接する土地の適合によって空間の最適利用を達成する」という枠組みにとどまっているという。その背後には、「動的な調整器」たる場所的慣行性の概念が、「環境負荷の増大と共に、受忍されるべき許容範囲をますます高く釣り上げる傾向」を有している（上記(a)の傾向）との認識がある。したがって、仮に生態学的な諸基準をかかる場所的慣行性要件に導入してみてもこのような判断枠組み自体を乗り越えられないであろうと述べて、ミッテンツヴァイは判例による場所的慣行性要件の解釈の発展に自己の主張の手がかりを見出すことを断念する⁽²³⁾。

そこで、ミッテンツヴァイは、最近の公法に含まれている一般的な法思想に注目する。すなわち、「環境に関連する活動はすべて、公共の福祉および人間の健康に、他方では公共財たる水・大気・土地の生態学的負荷能力に、その活動の最大限の限界を見出さなければならない」というその法思想が、「指導的となりうる」とするのである⁽²⁴⁾。そして、ミッテンツヴァイは、「自然科学の最新の水準」としてこの思想を場所的慣行性要件の解釈に持ち込み、「人間にふさわしい健全な環境に対する公益」を達成しようとしている⁽²⁵⁾。いわば、「最新の自然科学の水準」が場所的慣行性の概念に対する越え難い障害物となり、場所的慣行性概念の欠点を押さえ込んでしまおうというのである。このようにして「最新の自然科学の水準」を介することによって、間接的な国土形成という目標以上の、生態学的な諸要請を含む場所的慣行性の概念が根拠付けられるのである。その結果、産業と交通の集中がその地域の生態的限界に既に達している場合において、生態上回復困難な恐れのある損害やさらには生命を脅かすかもしれない

ような損害が防御請求権によって長期的に阻止されうるような場面では、ミッテンツヴァイの提唱する場所的慣行性要件の解釈が十分にその有効性を発揮するであろう。⁽²⁸⁾

このようにして、ミッテンツヴァイは、「公共の福祉のために私的土地利用の相互適合を通じてできる限り合目的な国土形成を達成するという、歴史的に実証されうる相隣法の傾向を、作用排出行為の公共適合性審査の方向で強化する」ことを意図しているのである。⁽²⁹⁾したがって、ミッテンツヴァイの見解は、九〇六条の適応力およびそこから生ずる国土整備に対する機能を認めつつ、「人間にふさわしい健全な環境に対する公益」を達成するためにこの機能にさらに生態学的な要請を付加するものであると言えよう。

(d) 連邦イミッシオン防止法の価値判断への着目

以上のように場所的慣行性概念の再構成を図る見解がある一方で、他方では、より具体的に連邦イミッシオン防止法の価値判断に依拠して、九〇六条の「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念に評価的な観点を導入する見解も見られる。実定法を拠り所としている点から、「法的」評価の導入と表現することもできよう。⁽³⁰⁾ それでは、それぞれの論者においてこの見解がどのように展開されているのか具体的に見ていこう。

① デイデーリクセン

デイデーリクセンは、場所的慣行性概念に評価的な視点を導入する。評価的な視点という点ではミッテンツヴァイの見解とも同様であるが、その手がかりを連邦イミッシオン防止法の価値判断に見出している点が特徴的である。また、抽象的な議論を展開しつつも、それを具体的な解釈論へと導いている点も注目される。

デイデーリクセンは、まず、場所的慣行性要件における立法者のモデル観念を批判する。すなわち、この観念に

よれば「イミッシオン紛争は前もって取り除かれるであろう」⁽²⁰⁾は、実際には「場所的慣行性概念自体の中で既に利用をめぐる紛争が明らかとなっている」として⁽²⁰⁾いる。

しかし、デイーデリクセンの出発点は、判例において繰り返し述べられてきた場所的慣行性要件の判断基準である。先にも述べたように(2)(b)、負荷となるイミッシオンの侵入が認容されるべきか否か、認容されるべきとしていかなる範囲かを判断するに際しては、ある一定の地区における住民や土地所有者の多数が有している考え方やおよび推定上の意思が重要であるとされていた。デイーデリクセンによれば、九〇六条におけるこのような根本的な価値判断は同意の原理 *Zustimmungsprinzip* に基づいているという。しかしながら、ここに注目点がある。「実際上も近隣住民の多数の意見が問題とされることになるならば、実効的な環境保護のための比類なきチャンスがそこに存在するであろう」とデイーデリクセンは述べる。⁽²⁰⁾そして、このような観点に基づいて、「場所的慣行性概念を革新的に解釈するための手がかりがどこに存在しうるか」を検討するのである。

デイーデリクセンは、この手がかりを連邦イミッシオン防止法の影響力に求めている。彼が注目するのは連邦イミッシオン防止法一条に定められた同法の目的である。彼は、この規定によつて保護の客体が拡大された⁽²⁰⁾のではなく、従来の法状態と比べて「行為自由の余地に対する新種の制約」が生まれているとする。すなわち、要許可施設に關してであるが、「危険、重大な不利益および重大な負荷」に対する保護も被害者に与えられており、さらに、有害な環境作用の発生に事前に配慮するという形で新たな手がかりが示されているのである。このような修正、すなわち、行為自由に対する新たな制約は、同一の問題地帯を扱っている現行規定の解釈にも遡求されざるをえず、したがって、「連邦イミッシオン防止法は、九〇六条の意味における場所的慣行として理解されるべきこ

とに對して必然的に遡及的効力を有することにならう」ととデイーデリクセンは述べる。⁽²³⁾

こうしてデイーデリクセンは、連邦イミッション防止法の目標に即して場所的慣行性要件を解釈し直すことを主張するわけだが、その具体的な例として彼が挙げるのは、技術の進歩の位置付けである。

判例によれば、健康に対する侵害は、原則として「それが近隣への道路交通の影響を通じて現代国家の今日の住人一般に不可避的に課される程度を越えている場合」に初めて考慮されうるとされている。⁽²⁴⁾つまり、「技術の進歩と呼ばれるものが、人間の健康よりも前に序列されていた」のである。しかし、デイーデリクセンは、上記の連邦イミッション防止法の影響力を考慮すれば、この原則が転換されるべきであるとする。すなわち、「直接的に健康を危殆化しないようなイミッションのみ」が場所的慣行と評価されるべきである。したがって、「技術の進歩がもはや絶対的に優先権を有してはならないし、生存状況の限界に至るまで人間の適応力 Anpassungsvermögen を酷使してはならない」ととデイーデリクセンは結論付ける。⁽²⁵⁾

② ハーゲン

ハーゲンも、「本質的な侵害」概念と「場所的慣行の利用」概念それぞれを評価的要素によって強化しようとする。その背景には以下の認識がある。九〇六条は固定した規範ではなく生活関係を規律する意味において変化しうるものであり、したがって、判例の各々の段階では、それぞれの時代における法政策の優先順位の変遷が反映されるというのである。⁽²⁶⁾ それぞれの概念につき具体的に見ていこう。

第一に、「本質的な侵害」という概念は不特定の法概念であり、評価的な補充になじみやすいことを指摘する。ハーゲンは、連邦イミッション防止法三条一項および二二条一項における「重大な負荷 erhebliche Belastung

「*Grund*」という概念と対比することによって、このことを明らかにしている。⁽²³⁷⁾ 同法三条一項によれば「種類、程度または持続期間に照らして、公衆もしくは近隣に対する危険、重大な不利益または重大な負荷を引き起こすことになるイミッシオン」は同法の意味における「有害な環境作用」であると定義されているが、ここに含まれる「重大な負荷」の概念もやはり不特定の法概念である。連邦行政裁判所の判例によれば、その他の公益および私益（施設事業者の利益を含む）を考慮したとしても隣人に衡平上もはや受忍を期待しえないような作用はすべて、かかる「重大な負荷」とみなされている。⁽²³⁸⁾ そして、このように状況関連的な衡量を通じて「評価的な限界付け *wertende Abgrenzung*」を行うことによつて、「重大な負荷」の判断に際しては「通常の」平均人ではなく「合理的な」平均人の感覚に焦点を合わせることができ、それによつて相互寛容の命令をより強く考慮することができるようになるとされている。⁽²³⁹⁾

ここで重要なのは、九〇六条の本質性概念が以上の同法三条一項および二二条一項の「重大な負荷」概念（「重大性」概念）と一致している、と判例において解釈されていることである。⁽²⁴⁰⁾ このことから、ハーゲンは、同法の「重大な負荷」概念に関する上記解釈を、九〇六条における「本質的な侵害」概念にも用いている。とりわけ、「本質的な侵害」かどうかの判断、すなわち、非本質的な侵害と本質的な侵害との区別においても、「通常の平均人の感覚」ではなく「合理的な平均人の感覚」が基準とされるべきであると主張するのである。⁽²⁴¹⁾

この「合理的な平均人の感覚」という基準は、近時の連邦通常裁判所の判決でも採用されるに至っている。連邦通常裁判所一九九二年一月二〇日判決（BGHZ120, 239）は以下のように述べる。「当部（連邦通常裁判所第五民事部のこと…筆者注）は、騒音の重大性と本質性の審査の際に法律上の評価を考慮しないままではありえないことを

詳論した上で、状況関連的な衡量を通じて、評価的な限界付けの意味で騒音の本質性を決定することにとりかかった。このことは、通常の平均人の感覚ではなく合理的な平均人の感覚に焦点が合わせられるべきことを意味している⁽²³⁾。そして、現在の一般的な理解によれば、「本質的な侵害」概念の判断はかかる「合理的な平均人の感覚」を基準とする⁽²⁴⁾と理解されるに至っている。

ハーゲンは、こうして「合理的な平均人」（平均人の分別⁽²⁵⁾）とも表現する）という評価要素の含まれた基準を通じて、「本質的な侵害」概念を規範的に強化 Anreicherung しているのである。それでは、具体的にどのように強化されるのか。この点については、前掲の連邦通常裁判所一九九二年一月二〇日判決が環境保護との関連で答えを示しており、参考となろう。すなわち、「環境保護思想に心の開かれた合理的な隣人」を基準とし、それゆえ「本件に関しては、変化した環境意識、および、自然保護法に定着した蛙における種の保護が、考慮されないままではありえない」（もっとも本判決ではこの点を考慮しても騒音が重大であるとされたが）とすることによって、環境保護のために有用な評価的要素を九〇六条に組み込んでいるのである（以上については下記^(e)も参照）。

第二に、ハーゲンは、「場所的慣行の利用」概念も法的な価値判断によって強化されなければならないことを主張する。その際、以下の二つの判決を手がかりとする⁽²⁶⁾。

一つは、連邦通常裁判所一九六二年九月二八日判決（BGHZ38, 61）である。この判決は、被告学校から生ずる騒音により原告が侵害されたという事案である。被告学校から生ずる騒音が場所的慣行といえるのかどうかという論点について、控訴審裁判所はこれを肯定した（したがって原告の受忍義務を認めた）のに対して、連邦通常裁判所は、学校経営における騒音源と原告の住宅地との間にどれほどの間隔があったのが重要であるとした。そして、

本件では学校の校庭と出入り口が原告の住宅地に直に隣接しており、このような状況は被告と同規模の学校と比べて通常のことは考えられないとした。

ところで、本判決において学校と住宅地との間隔が重要視されたのは、消音という側面が考慮されていたからである。判決は以下のように述べる。「発生した騒音を土地の境界に達するまでに——騒音源と境界とのかなり広い間隔によってであれ、特別な自然的もしくは人工的な設備によってであれ——消音している事業は、かかる消音を怠っている事業と同列に扱うことはできない。今日においては、発展における進歩とは、騒音の拡大 *Lärm-
faltung* という点に現れる必要はなく、むしろ消音という点に示されなければならない。したがって、住宅地区に騒音源を持ち込むことが：都市の発展の進歩として理解される、というの間違っている。：場所的慣行の土地利用の問題にとって決定的なのは、ここでは、本件学校事業に必然的に伴う騒音がいかなる範囲で消音されているのかということである」。かかる判断を支えているのは、「法律の基礎となつている相隣関係もしくは必然的利用共同体の内部における利益調整の基本思想に遡つて、：技術発展の過程の中で、加害事業は事業手段の相応の選択と処理によって有害な作用をできる限り減少させなければならない」との原則である。⁽²⁸⁾

ハーゲンが注目するのは、判決のまさにこの点である。すなわち、技術の進歩を、騒音の増大としてではなく消音という側面で強調していこうとするのである。デーナーの指摘を借りれば、「技術の発展は今日において、一方では技術施設から今までにない強度の諸作用が発生すること、他方では諸作用に伴う負担を軽減および排除するための手段がますます高度に完成に達していることを、それぞれ導いた。したがって、：技術による諸成果は、隣地への負荷的な諸作用の軽減に至らなければならない⁽²⁹⁾」。技術の進歩をかように理解することは、結果として、隣

人保護のための設備（かかる設備は技術的財政的な投資をかなりの程度要することもあろう）の設置を強制することになり、実効的な環境保護のための有力な手がかりとなりうるものである。⁽²⁹⁾

ハーゲンが指摘するもう一つの判決は、連邦通常裁判所一九七五年三月二〇日判決（BGHZ64, 220）である。被告の拡張された市道からの騒音が争われた事件であり、争点となったのは、いかなる交通イミッシオンが補償を受けることなく原告に受忍を期待されうるか、という判断であった。もともと、公道からのイミッシオンに対する補償の性格は公法上の取用補償とされているので、直接に九〇六条が適用されるわけではない。しかし、取用補償請求権が認められるためには、公共体による作用が、隣人の所有権に対する直接的な侵害であることに加えて、「隣人が補償を受けることなく九〇六条に基づいて受忍しなければならない程度を越えていること」を要件としている。その意味で、九〇六条は公法上の取用補償請求権の「基準規範 Maßstabnorm」として機能している。

前置きが長くなったが、ハーゲンがこの判決の中で注目しているのは、かかる期待可能性の判断において注意されるべき連邦イミッシオン防止法の価値判断、すなわち、「有害な環境作用からの住居地区の保護」である。

かかる価値判断を導くにあたって、本判決は、道路に関して騒音防止のために用意された三段階の規定を概観する。第一段階は、「住居地区における有害な環境作用ができる限り回避されるように、道路は将来的に設定されなければならぬ⁽³⁰⁾」。第二段階は、「道路の設定（計画）において騒音防止に十分に配慮できない場合には、例えば防音堤・防音壁・防音囲い・トンネルのような必要不可欠な騒音防止措置が道路建設の際に講じられなければならない⁽³¹⁾」。そして第三段階は、「騒音防止措置のために費やされるべき費用が追求される目的と均衡していない場合のみ、道路における騒音防止措置を講じないことができる⁽³²⁾」。「しかし、この場合には、維持費負担者 Träger der

Baulastが、住居地区における防音措置のための補償を騒音被害者に給付する義務を負う」。

このような概観から、本判決は、「有害な環境作用からできる限り解放されるべき健康な居住関係」を目指すのが連邦イミッション防止法の価値判断であるとする。もっとも、この価値判断は理念的なものではない。「健康な居住関係の保障を目指すという連邦イミッション防止法の価値判断は、他方では、被害を受けた所有者が交通イミッションをもはや補償なしに受忍しなければならない限界を決定しているという点で、実際上の意義を有している」。すなわち、上で示した第三段階である連邦イミッション防止法四二条の補償規定は、「本法の価値判断に照らして考察すれば、基本法一四三三項三文（補償は、公益と関係者の利益とを正当に衡量して、これを定めなければならない）…筆者注）における立法者の判断として現われる。したがって、この補償規定は、…補償の決定の際に行われるべき公益と関係者の利益との衡量に関する根本的な判断を含んでいる」。原告に対する侵害が補償なしに受忍されるべきものかどうかを判断する際には、このような連邦イミッション防止法の価値判断に基づいて基準が設定されなければならないというのである。

ハーゲンは、この判決において指摘された連邦イミッション防止法の価値判断も、九〇六条における場所的慣行性概念を強化するための手がかりになるとしているのである。

ここまで、ハーゲンの見解を具体的な判決に沿ってみてきた。「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念において、法的評価の要素をそれぞれの概念に取り込んで環境保護の方向に解釈しようというのがハーゲンの基本的な態度である。なお、注意しなければならないのは、ハーゲンの問題意識が相隣私法と相隣公法との調和とということに存在することである。したがって、九〇六条への評価的な観点の導入ということでの主張も、かかる

調和の一場面として捉えられなければならないのである。そして、このような調和は、民法上の請求権と都市計画との関係でも問題とされることになる（以上については下記第三節参照）。

(e) 近時の判決における環境保護への手がかり

このように、「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念に評価的な観点を導入することが学説において指摘されてきた。その中でも、ハーゲンの見解はいくつかの判決を手がかりとしてこの点を主張していたわけだが、さらに近時の判決の中には、環境保護にも相応の配慮をしつつこれらの概念が解釈されることをより鮮明に打ち出しているものが見られる。

先にも述べたように、これらの概念は固定された概念ではなく、現実中存在する状況が変化すればそれと共に変動する。しかし、環境保護との関係でより注目すべきは、これらの概念の解釈において環境意識のような価値観念の変化も考慮されることである。したがって、かかる価値観念にも配慮してこれらの概念が解釈されることを通じて、九〇六条の規律が実効的な環境保護のために機能しうる可能性が生じる。以上の点に関して興味深い判決が、いくつか指摘されている。

① 「本質的な侵害」概念

まず、「本質的な侵害」概念が環境保護を推進する方向で解釈された判決として、先にも紹介した連邦通常裁判所一九九二年一月二〇日判決（BGHZ120, 239）⁽²⁸⁾が示唆的である。ハーゲンの見解と重複する部分もあるので、要点のみを紹介しておく。

本判決は、被告所有地（この土地はヒオトープ地図に登録されていた）の池に放たれた蛙の鳴き声により著しい侵

害を受けたとして、隣地所有者たる原告が池の排水と損害賠償を、予備的に雄蛙の除去あるいは適切な侵害排除措置を求めた事案である。一〇〇四条および九〇六条に基づく不作為請求権の要件である、被害地に対する「本質的な侵害」の有無に関して、連邦通常裁判所はこう述べる。騒音の本質性を判断するにあたっては「合理的な平均人の感覚」が基準とされるとした上で、「環境保護思想に心の開かれた合理的な隣人」を想定し、「それゆえ本件に関しては、変化した環境意識、および、自然保護法に定着した蛙における種の保護 Artenschutz は、考慮されないままではありえない」と。⁽²⁶⁾

本判決において特徴的なのは、先にハーゲンの見解でも見たように、合理的な平均人を媒介とした「環境保護思想に心の開かれた合理的な隣人」というモデル像である。そして、このモデル像を基準として、当該侵害が本質的といえるかどうか判断されているのである。従来の判決が当該地区における「平均的な居住者の感覚」を基準としていたことと比べて、このモデル像においては環境意識や自然保護の重要性が極めて強気に考慮されていることが分かる。今後、環境意識が一層高まり、また自然保護の要請も増していく（本判決でも「種の保護」が指摘されている）ことを考慮すると、このモデル像は環境保護のための有用な手がりとなり、うるであらう。

② 「場所的慣行の利用」概念

次に、「場所的慣行の利用」概念の解釈である。先に確認したように、この概念の解釈は、現実存在する諸事情に方向付けられているだけでなく、さらに一定の発展の傾向にも配慮しなければならぬとされている。⁽²⁷⁾ 上記(a)で見たように、ライヒ裁判所およびかつての連邦通常裁判所の基本的な態度は、これを産業や交通の発展を保障するという意味で理解していた。しかし、一方では住民の考え方の変化が場所的慣行性概念の判断において重要であ

り、他方では環境保護の存在価値が認められることに鑑みると（上記(d)の見解参照）、純粹に経営上および經濟上の理由だけではイミッシオンの増加が許容されることを正当化することはできない⁽²⁵⁾。

以上を踏まえてさらに環境保護を前面に打ち出すのが、シュレスヴィツヒ高等裁判所一九八六年五月一二日判決（NJW-RR 1986, 384）である。

事案の概要は、上の連邦通常裁判所一九九二年判決に類似する。すなわち、被告が庭に池を設置し蛙を放したところその蛙が増殖したため、原告がこの蛙の騒音により受容し難い侵害を受けたとして、被告に対して侵害の不作為を求めた事件である。被告のかかる土地利用が「場所的慣行の利用」と評価されるのかどうかについて、判決は以下のように述べた。やや長くなるがそのまま引用しよう。

「場所的慣行性概念にとってこれまでは文明的な要素が支配的であり、人工的に作られた池からの蛙の騒音イミッシオンなるものは——場所的慣行でないがゆえに——被害を受けた隣人によって阻止されうるという結果を伴っていたであろう。しかし、その間に、反対方向の発展が生じてきた。この点に関する価値観念が転換したのである。環境保護の思想および生態学的な意識が強まっている。自然の一部を自己の土地にも呼び寄せ、まれな植物や野生の動物のために種に適した生活空間を作るという要請が、生まれたのである。…まさにこの点には、九〇六条二項の受忍義務が固定された規範から導かれるのではないということが示されている。むしろ、本質的な侵害および場所的慣行の利用という概念が、現存の諸関係を志向するだけではなくさらに一定の発展傾向をも考慮する解釈を受けなければならない、ということが示されている。このことによって、これらの概念は止まることのない変遷を受け、その解釈は変化した価値観念によって、したがって変化した自然意識によってもとりわけ影響される。か

かる發展傾向は、両当事者の土地が位置する地区において決定的な意義を有しているのである⁽²⁰⁾。

本判決は、上記連邦通常裁判所一九九二年判決と同様、被告の土地利用の方が環境保護や自然保護に奉仕しているという点で若干特殊な事案ではあるが、環境保護の領域における考え方の変化やエコロジーの意識などが「本質的な侵害」や「場所的慣行の利用」といった概念に影響を及ぼすことを——近年における状況の変化も考慮しながら——明確に述べている。かかる判例は、九〇六条が環境保護や自然保護のために有効に機能するためのおそらく重要なきっかけを与えてくれるであろう。九〇六条の解釈として見れば、これらの判決は、両概念の柔軟な解釈を通じてそこに評価的な要素を一層強固に組み込んだものと捉えることができる。

(4) 整理——適応力の意義

九〇六条に含まれる「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念は、もともと動的なものとして理解されており、その解釈の柔軟性ゆえに九〇六条には適応力があると評価されていた。そして、そのような適応力を根拠として、九〇六条が国土整備的・環境保護的に作用しうることが指摘された。

その際、九〇六条がとりわけ環境保護への適応力を獲得していく過程は、評価的な観点の導入という視点から捉えることができる。もともと、初期の判決はそうではなかった。これらの概念（とりわけ場所的慣行性概念）の解釈にあたって技術や交通の發展が考慮される際に、初期の判決はこれを産業優先という方向に持って行った。そのため、イミッシオンの負荷が増加するとしても、それは場所的慣行であるとの理由で被害者がその負担を一方的に負う結果となった。このような方向で柔軟性を活用することは、工業の發展を保護するものとして把握されることになろう。

しかし、これらの概念、とりわけ場所的慣行性概念は、工業の発展を保護するという実質的な機能を果たしているだけではない。評価的な観点の導入という流れの中で、少なくとも以下の三つの点でこれら概念が国土整備的・環境保護的に機能しうることが示されている。

第一に、あまり注目されることがなかったが、連邦通常裁判所一九五九年四月一日判決が重要である（上記(b)）。場所的慣行性概念は基本的には現実の状況を基準として判断されるが、この判決は個別事案におけるより具体的な事情を考慮することによって、実質的には、一定程度以上のイミッシオンはたとえそれが抽象的には場所的慣行であっても許されないと判断を示していた。一定限度を越えるイミッシオンをあらかじめ計画的に事前配慮するという国土整備の機能（上記1(2)参照）からすれば、連邦通常裁判所一九五九年判決の判断はまさにこのような機能を果たしているものと理解できるのである。

第二に、学説および判例の流れの中で明確に示されていたように、初期の判決の態度を批判しつつ、両概念の柔軟性を抛り所として、実効的な環境保護のためにここに評価的な観点を導入することが試みられてきた。概念の再構成を迫るものであれ、連邦イミッシオン防止法の価値判断を重視するものであれ、このような共通の指向が存在している。

私見では、場所的慣行性概念を「社会的相当性」や「環境適合性」に再構成しようとする主張は、その実践的な問題意識と有用性については賛同できるが、その根拠付けが未だ不十分であるように思われる。この点はドイツにおいて批判を受けており、筆者としてもこの主張を全面的に支持することには躊躇せざるをえない。他方、連邦イミッシオン防止法の価値判断に依拠する論者の見解は、より説得力が強いように思われる。というのも、こち

らの見解は、連邦イミッシオン防止法の具体的な価値判断を根拠として展開されているからである。また、連邦通常裁判所の判決においてこのような価値判断が引用されていることも、この見解の実証性が高いことを裏付けるであろう。⁽²⁹⁾

連邦イミッシオン防止法の価値判断に着目する見解においてとりわけ注目されるのは、以下の二点である。一つは、「本質的な侵害」概念の判断において、「合理的な平均人」というモデル像が設定されていることである。かかるモデル像を介して環境保護意識が判断要素に流れ込んでおり、いわばこのモデル像が実効的な環境保護のための大きな手がかりとなっている。もう一つは、「技術の発展」という観念であり、これまでは産業を優先するという意味で理解されてきたが、これがイミッシオン防止技術の進歩という意味でも解釈されてきたことである。そして、以上のような「技術の発展」の意味を踏まえて場所的慣行性概念が解釈される結果、イミッシオンの減少がもたらされることになるであろう。

第三に、近時の判決において、環境保護の高まりや自然保護の要請といった評価的な観点が極めて明確に考慮されていることである。上記(e)で挙げた二つの判決を見ると、かかる観点が以前の判決以上に強力に考慮されて判断要素に組み込まれていることが分かるであろう。このことは判例による法の継続形成の成果である、と評価されている。つまり、本質性概念および場所的慣行性概念の解釈は、かつては技術の進歩や交通の発展に道を開いてきたが、近時ではますます環境意識へのアピールを反映している。したがって、とりわけ場所的慣行性概念については、これまでは工業の発展を保障する方向に作用していると理解されてきたが、以上のドイツ法の展開に鑑みると、かかる理解は妥当しなくなっている。むしろ、九〇六条は、評価的な観点の導入を通じて自らの適応力を生か

すことにより、これまで以上に国土整備的・環境保護的に機能しうるのである。⁽²⁸⁾

6 小括

(1) B G B 九〇六条における国土整備に対する機能

ここまで述べてきたことから、九〇六条における国土整備に対する機能は以下のようにまとめられる。

九〇六条において、土地所有者間の利益の調整という枠組みを越えて国土整備に対する機能も存在することは、共通の理解となっている。この機能の特徴としては、以下の三つが示された（上記2）。第一に、「できる限り意味と目的に適った国土利用」あるいは「経済的に有意義な国土利用」といった公益を達成するために、イミッシオーンをめぐる私人間の利益紛争は調整されなければならない。これは、九〇六条の適用の結果として付随的に行われるのではなく、九〇六条自体の目的として設定されている。第二に、上記の目的からも窺われるように、九〇六条による規律は、個別の土地間の関係を越えて国土というより広い規模にまで及ぶことになる。しかしながら、第三に、九〇六条はあくまで土地所有権の内容に関する規定であることから、国土整備に対する機能は所有権の権限の調整という形で現われることになり、九〇六条においてはそのような限定された枠組みの中で国土利用の制御も行われることになる。

このようにして国土整備に対する機能の存在が認められるのだが、それでは、国土整備に対する機能がいかなる根拠に基づいて認められているのか、また、九〇六条のいかなる要素を通じて作用しているのか、次に問われなければならない。学説による分析は様々な形でこれに答えようとしているが、本稿では、立法者の意図、個別の要

件・効果、九〇六条の適応力との関係で整理した。

まず、立法者がそもそもこの機能を意図していたことが、国土整備に対する機能の有力な根拠となる。立法過程にこの機能に関する明確な指摘は見られないが、九〇六条制定前の学説および判例の状況を考察することを通じて立法者のかかる意図が実証される。その際、その内容としては産業の促進という考え方が強調されていた(上記3)。

次に、個別の要件・効果を眺めることによって、そこには国土整備との接点が二通りの異なる形で見られる(上記4)。

一つは、「本質的な侵害」要件および「場所的慣行の利用」要件の基礎となっている考え方と国土整備の特徴とを比較してみると、この両者が合致していることが重要である。とりわけ、相隣空間の統一的な利用可能性という場所的慣行性要件の根本思想が重要であり、この根本思想は、空間の所与の状況に適合すべきことを要請する側面、および、利用形態の集中を図ることによって利用形態の振り分けを行う側面という二つの側面において、国土整備の特徴を明確に反映していた。従来、場所的慣行性というのは工業の発展を保障するための要件であるとの理解が一般的になされてきたが、本稿で指摘した国土整備的な機能を考慮すると、かかる理解は再考を促されるように思われる(上記4①)。

もう一つは、九〇六条の要件・効果が、国土整備の目的に適合するよう当事者を刺激することである。とりわけ、作用発生地のある者にとっては、場所的慣行性要件による特権を得るために、あるいは、自己に課される防止措置義務および補償義務に配慮することによって、かかる刺激が国土整備のために有効に機能しうる。そして、こ

のような刺激は、防止措置や補償の負担を負わない程度にまで排出を削減するという効果をもたらしことになる（上記4(2)）。

最後に、個別の要件・効果からの分析とは異なる観点から、国土整備に対する機能を発動させる土台が九〇六条には用意されている。それが九〇六条の適応力である。すなわち、九〇六条に採用されている「本質的な侵害」概念および「場所的慣行の利用」概念は、その解釈を通じて現状と発展への適応力を獲得することができ、この点に国土整備に対する機能を見ることができ、一般的な理解によればこれらの概念はある程度柔軟に解釈されているが、学説および近時の注目すべき判例は、これらの概念に評価的・規範的な要素を積極的に組み込むことによってこの適応力を活用し、実効的な環境保護のための有力な手がかりを求めている点で、共通の傾向を有している。この評価的・規範的な要素としてしばしば引用されるのが、連邦イミッション防止法の価値判断や近年の環境保護・自然保護の意識である（上記5）。なお、以上の分析においては環境保護が中心的な論点となっていたが、このような環境保護も九〇六条における国土整備に対する機能を介して実現されること——したがって国土整備・都市計画が環境保護のための重要な手段であること（上記1）——を再度強調しておきたい。

(2) 国土整備に対する機能の限界

以上により、九〇六条における国土整備に対する機能の全体像が確認された。このように見てくると、九〇六条における国土整備に対する機能は、都市計画や環境保護との関係でその機能を十分に発揮できるかのような印象を抱かれるかもしれない。しかし、国土整備ないし都市計画という視点に主眼を置く場合、この機能の存在を認めているヴェスターマンやシュルテですらも、国土整備の機能は主として公法に配分されていることを指摘しているの

である⁽²⁸⁾。それどころか、そもそも国土整備に対する機能を民事相隣法に全く割り当てない見解すら——少数説ながら——存在している⁽²⁹⁾。また、環境保護の視点から見ても、九〇六条による保護システムの限界がしばしば指摘され批判されている。

このような状況を考慮すると、次には、都市計画との関係で九〇六条の機能にどのような限界があるのかを考察しなければならぬであろう。

(1) この点でしばしば参照するのは、沢井裕「公害の私法的研究」(一粒社、一九六九年、初出一九六〇年)三三頁以下、東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察(その三)——相隣法の基本原則を中心として」神戸一五巻二二三四七頁以下(一九六五年)、中山充「ドイツ民法におけるイミシオン規定の成立——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その一——」(二・二・完)「民商七一巻二二五頁以下、七一巻二二六〇頁以下(一九七四年)、同「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その二——」(二・二・完)「民商七四巻二二二頁以下、七四巻四号五八三頁以下、七四巻六号九二二頁以下(一九七六年)、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——」(六)「法協一〇四巻九号(一九八七年)一二六二頁以下、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミシオン法の展開」(二・二・完)「都法二六巻二二(一九八五年)五七三頁以下、二七巻一号(一九八六年)三四五頁以下である。その他の文献については、本論第一節注(2)参照。

(2) Staudinger/H. Roth, Rn. 3.

(3) MünchKomm/Säcker, Rn. 1. 判例でも「相隣関係もしくは不可避の利用共同体における利益調整」が九〇六条の根本思想として述べられている(例えばBGHZ38, 61 (62f.))。

(4) したがって、九〇六条の個別要件の解釈など包括的な検討については、前掲注(1)に掲げた諸論文に譲る。

(5) F.-J. Peine, Öffentliches und privates Nachbarrecht, Jus1987, S. 170.

(6) B. Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionschutz nach § 906 (1964), S. 9f. なお、クラインディーンストは「このような事態は現代的な産業(例えば重工業)だけではなく農業や林業などあらゆる相隣関係の領域で起こりうる」とする(Kleindienst,

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一)(秋山)

aaO., S. 10.)。

- (7) H. J. Wieling, Sachenrech. 2AufI. (1994), S. 323.
- (8) Staudinger/H. Roth, Rn. 2.
- (9) H. Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse (1970, zit. Eigentum), S. 18f.
- (10) H. Westermann, Die Funktion des Nachbarrechts, FS Larenz (1973, zit. Funktion), S. 1010.
- (11) 中山・前掲注(1)「成立(二・完)」民商七一巻二号二六一頁の表現による。
- (12) ここでは、立法過程において、土地の特性という視点がイミッシシオンの「原則問題」との関係でどのような議論経過をたどってきたのかを見ておこう(九〇六条の立法過程に関する網羅的な分析、とりわけそこに定められた諸要件については、中山・前掲注(1)「成立(二・完)」民商七一巻二号二六〇頁以下、および、大塚・前掲注(1)法協一〇四巻九号二二七〇頁以下を参照された)。

①部分草案一〇五条(「土地の所有者は、隣人によるガス・蒸気・煙・埃・臭気などの侵入および騒音・振動・熱の伝達を、このような諸作用が、損失をもたらさずかつ所有者の土地における快適さを侵害していない場合、あるいは、場所的慣行に基づいて受忍されるのが常とされる限界を超えていない場合には、これを忍容しなければならない」の段階では、土地の境界は決定的基準でありかつ不可侵であるとされていた。すなわち、イミッシシオン禁止が原則とされていたが、その例外も必然的に必要とされるのであり、「相隣的な許容Lizenzen」の必要性が土地の利用可能性についての自然的な諸条件から生ずる」と述べられていた。例えば、大気の動きに従って波及するような産物が土地の通常の利用形態において生ずる場合に、これを自己の境界内にとどめておかなければならないとするならば、土地の有用性は損なわれてしまうであろう、とこののである(R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ... Buch, Sachenrecht, Begründung, Bd. 2 (1880), S. 579; W. Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil I (1982), S. 703)。

さらに「気体状の物質や大気中に漂う固体・液体状の物質に関しては、より具体的に述べられている。「これらのイミッシシオンは土地の利用の際にはほとんど回避不可能である。なぜなら、我々は流動する大気の基礎の上に生活しており、その大気は、我々の経済的もしくは産業的な活動による軽量の廃棄物を吸い上げ、それらを導き、別の所に再度降下させるからである。越境的なイ

ミッショーンは少なからず存在する。なぜなら、物質は、人間や人間の道具によってその方向性を獲得するものではなく、むしろ流動する大気によって伝達され、そして人間の意思とは無関係のこのような運搬機によって運ばれるからである。したがって、イミッショーン禁止が原則とされつつも、「本条で考慮されるイミッショーンの中のいかなる種類については、土地の有用性のために、所有権の一貫性を破る許容が法律によって認められるか」という問題設定がなされた (Johow, aAO, S. 146f.; Schubert, aAO, S. 705f.)。

②しかし、第一委員会では、このイミッショーン禁止の原則が批判された。イミッショーン禁止の原則は人間の生活条件と矛盾しておりこれを貫徹させることはできない、というのがその要点である (Protokolle der [.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1881-1889), S. 3820f.; Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I (1985), S. 450f.)。

第一草案八五〇条 (土地の所有者は、直接の導入によらずに行われたガス・蒸気・煙・煤・臭気・熱・振動などの侵入あるいは伝達を、かかる作用が土地の通常の利用を著しくは侵害していかないかあるいは場所的慣行の限界を越えていない場合には、これを受忍しなければならない) の理由書も、第一委員会での批判を基本的に受け継いでいる。ここで特徴的なのは、土地の特性に關する指摘がイミッショーン禁止の原則を批判するために用いられていることである。それは以下の通りである。

仮に、境界を越えて不可量物が波及する場合にも第一草案八四九条 (土地の所有者の権利は土地の上下に及ぶ) の境界原則 (Grenzprinzip) が当てはまるとすれば、かかる不可量物はそれを生じさせた者の行為の結果としてその者に帰責されることになる (したがってイミッショーンは一般的に禁止されることになる)。しかし、理由書は、このようなイミッショーン禁止原則が実行不可可能であることを示した。「権利者および土地所有者のために存在しているところの法律上の禁止 (自力の禁止や侵害の禁止) が物理的もしくは有体的な越境作用をすべて客観的な法違反と理解させるほどに、土地の法的な分離が極めて厳格なものであると理解されるならば、かかる法的な分離は生活上の諸要請と全く調和せず矛盾して生ずることになる。とりわけ、ある一定の種類の越境作用については、一定の範囲内ではこれを禁じることができない。我々は、大気という基礎の上で生活している。このような状態は必然的に、人間の活動による作用を遠くにまで拡大させることになる。一方では、既に通常の生活作用が、それどころか経済的事業的な事象が、大気に停留するガス状の物質を大量に大気に放出しており、これらの物質は大気の動きに従っている。他方では、人間の活動には、振動・熱・騒音・光のようにさらに広範に波及するような有体的な作用が伴っている。したがって、

議論されるべきは、「不可量物が境界を越えて自然に拡大してしまうということが、当該不可量物を生じさせもしくは拡大させた行為を違法な行為と評価させることになるのかどうか」である（*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. III, *Sachenrecht* (1888), S. 264f.）。

③しかし、第二草案八二〇条（「土地の所有者は、ガス・蒸気・煙・煤・熱・騒音・振動および他の土地から生ずる類似の作用の侵入によって自己の土地の利用が侵害されないかもしくは非本質的にしか侵害されない場合、あるいは、かかる作用が、他の土地における、このような状況の土地での場所的諸関係に照らして通常の土地利用によって惹起される場合には、これを禁止することができない。特別の導入による侵入は許容されない。」）では、第一草案八五〇条の立場とは異なり、イミッシオン禁止を原則とする立場が再度採用された。もっとも、第二委員会では、イミッシオン自由を原則とする提案とイミッシオン禁止を原則とする提案が出されており、しかも、それぞれの提案が土地の特性を指摘して自己の立場の根拠付けを図っている。

イミッシオン自由を原則とする提案は、以下のように述べる。土地所有者は、自己の行為によりイミッシオンを生じさせることによつて、「必然的に他の土地所有者の権利領域に越境作用を及ぼす」ことになる。しかし、土地所有者は、このような越境作用のことを考慮することなく、自己の権利領域内において自由に行動できなければならない。したがって、本条において問題とされるのは、「全ての土地所有者における当然のイミッシオン自由を、他の土地所有者にとつて甘受しうる程度にまで積極的に制限すること」である、とする。

これに対して、イミッシオン禁止を原則とする提案は以下の通りである。特段の定めのない限り、不可量物による間接的なイミッシオンは被害地の所有権に対する侵害とみなされるべきである。しかしながら、不可量物が近隣へと波及することは回避できない。そこで、法律は、「生活の要請を考慮することによつて」「一定の種類のイミッシオンを所有者は通常において受忍しなければならない」とする（*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich* (1890-1896), S. 3531ff.; *Müglan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. III, *Sachenrecht* (1899, Neuausdruck 1979), S. 580.)。

④その後、相隣関係における調整に関しては格別に議論されることはなく、第二草案の立場が現行の九〇六条にも踏襲されている。したがって、イミッシオン禁止が原則とされた上で、土地の特性を考慮して（かつ「生活の要請」を考慮して）その例外を

定めるといふ形式が採られている。すなわち、イミッシオンの被害を受けている土地所有者は原則として防衛請求権を有しているところ、この者に受忍義務を課すことによって所有権を制限しているのである。

- (13) Peine, aO, S. 170.
- (14) Peine, aO, S. 170.
- (15) Staudinger/H. Roth, Rn. 1.
- (16) Kleindienst, aO, S. 10ff.
- (17) したがって、所有権の積極的権限の中には「貧相な残骸物」しか残されていない。(Kleindienst, aO, S. 11.)
- (18) Kleindienst, aO, S. 10f. ヴェスターマンは既に、「このような規律は静穏を作り出すことができるだろうが、しかしそれは墓場の静穏 Friedhofsruhe のみ」と表現しつつは (H. Westermann, Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich? (1958, zit. Maßnahmen), S. 48; 沢井裕「ヴェスターマン・大気汚染防止と相隣法改正のためのかなる立法措置が必要か」関法一巻二号(一九六一年)二七二頁参照)。
- (19) クラインティーンストは以下のような例を挙げている。まず、一世帯家屋の南側の境界に隣人が高層住宅を建設することが許されるならば、一世帯家屋の住人の居住は耐えがたいものとなるであろう。次に、地震計などの設備を備えた研究用の観測センターの隣に隣人が採石場を開設したならば、このセンターの活動は破壊されてしまうであろう。このような事例には事欠かないのであり、このような事態は「番人に対する番人の戦争」にまで至るところ。(Kleindienst, aO, S. 11f.)
- (20) Kleindienst, aO, S. 11f.
- (21) Erman/Hagen, Rn. 1.
- (22) MünchKomm/Säcker, Rn. 1.
- (23) ドイツにおける物権法の体系書も「このような説明に依拠するのが一般的である (Baur/Stüner, S. 281f.)」。
- (24) Kleindienst, aO, S. 12f.
- (25) BGHZ88, 344 (346) この判決の概要は以下の通りである。被告所有の高層建物の建設によって隣地に放送電波が届かなくなったため、隣地所有者は、被告高層建物の集合アンテナへ自己のテレビアンテナ設備を接続しその費用を賠償することを求めた。結論的には、電波の剝奪という作用は消極的イミッシオンにすぎないから九〇六条および一〇〇四条の(類推)適用はできない。

こと等を理由として、原告の訴えは棄却された。

(26) 同様の判示は、連邦通常裁判所一九七〇年五月二十五日判決にも見られる。「この規定（一〇〇四条のこと…筆者注）を土地隣人間の関係に適用する際には、一方による侵害から保護されるという他方の権利と、自己の所有の土地を任意に処分できるという一方の権利とを、相隣的生活関係の特殊性を考慮して有意義に限界付けることが問題となる。この両者の権利はそれぞれ、相隣関係に基づき必要とされる他人への配慮を通じて、内容的に制限されている。不可量物の侵入によって引き起こされた作用および他の土地から生じた類似の作用について、両者の権利の限界がどこに引かれるのかは、九〇六条に実体的に規定されている」(BGHZ54, 56 (59))。

(27) Westermann, Funktion, S. 1006.

(28) Kleindienst, a.o., S. 13ff.

(29) Kleindienst, a.o., S. 16, 16f. この点についてクラインディーンストは、「法解釈的には、引き算によって、すなわち、制限された相互的な禁止権を通じて、所有者の積極的な権限が配分される。すなわち、正当に理解される所有権の積極的権限からこのようにして禁止されるものを引き算した後に残っているものが、配分された積極的な権限である。したがって、通常の不作為義務および受忍義務は、土地所有権に含まれる積極的・消極的な権限配分における内在的な決定^{II}制限として、ありのままに理解される」と述べている (Kleindienst, a.o., S. 16, Fn. 18.)。

(30) クラインディーンストによれば、具体的には以下のような利用可能性が土地所有者に配分されているという。

そもそも、九〇三条のように他人の所有権の領域に対する全ての作用を禁止することでは、所有者の利用可能性の範囲は決定されない。むしろ、九〇六条のように、土地利用に対する本質的な侵害は許されないと原則を通じて、土地利用者の利用可能性を決定することはできない。つまり、「所有者の利用が隣人の土地利用を本質的に侵害していない限りで、…任意の土地利用をその所有者に配分している」のである。

ここでクラインディーンストが注意を促すのは、一九五九年改正前の九〇六条と改正後の九〇六条との比較である。一九五九年改正前の九〇六条（「土地の所有者は、ガス・蒸気・煙・煤・熱・騒音・振動の侵入および他の土地から来る類似の諸作用が、自己の土地の利用を侵害していないかもしくは非本質的にしか侵害していない場合、あるいは、このような状況の土地における場所的諸関係に照らして通常の土地利用によって生じている場合には、これらの作用を禁止することができない。特別の誘導による侵

害は許されない。」は、場所的諸関係に基づき通常とされる土地利用を一般的に許容することによって、本質的侵害の禁止の原則を著しく制限していた。これに対して、改正後の九〇六条は、土地利用に対する本質的な侵害が生じている限り、隣人の防御請求権が発生するとされている（九〇六条一項一文）。したがって、その意味では、改正後の九〇六条の規定内容が出発点としているのは、「動的モデル」ではなく、修正された「静的モデル」である。つまり、範囲については限定を受けているが、原則としては所有者のイミッシオン禁止権が徹底されている（以上については、Kleindienst, aO., S. 13ff.）。

もつとも、クラインディーンストによれば、このような形で利用可能性の配分の原則は、九〇六条二項二文における補償義務の性格を説明するための前提とされている。彼によれば、この補償義務も所有権の義務内容から生ずるものではない。この補償義務というのは、二所有者間での権限配分の原則（本質的な侵害は許されないという原則）を、具体的な状況における特別の諸事情に配慮してずらしたこと（本質的な侵害であっても作用発生地の場所的慣行の利用から生じている場合には許されること）に対する調整のために定められたものであるという（Kleindienst, aO., S. 16.）。そして、このような理解が補償請求権の性格にも反映されている。すなわち、上の説明によれば、補償義務が生ずる場面（すなわち本質的な侵害であってもそれが作用発生地の場所的慣行の利用から生じている場面）というのは、当初配分された権限が場所的慣行性を理由として再度剥奪されたことになり、このことに対する補償なのである。したがって、「当該イミッシオンが非本質的な侵害を越えていなかったならば得られたであろう」利用価値から、「実際のイミッシオン」によって隣人にもたらされた利用価値を差し引いた「完全な価値の補償」が、補償請求権の範囲とされるのである（Kleindienst, aO., S. 51ff.）。

このように、クラインディーンストの指摘する、土地利用に対する本質的侵害の禁止原則を通じての利用可能性の配分という説明は、補償請求権の根拠付けにも密接に関連しているのである。なお、九〇六条二項二文の補償請求権の解釈をめぐる争いについては、クラインディーンストの見解も含めて、中山・前掲注（一）「発展（二）」民商七四卷四号六〇三頁以下、神戸・前掲注（一）「（二）完」都法二七卷一三三九頁以下参照。

(31) Baur/Stüner, S. 281f.

(32) Westermann, Funktion, S. 1005f.; Staudinger/H. Roth, Rn. 2.

(33) 部分草案一〇五条に関して「土地の有用性」(Johow, aO., S. 147.; Schubert, aO., S. 706.) が、第一草案八五〇条および第二章案八二〇条に関して「生活の諸要請」(Motive, aO., S. 264.; Mugdan, aO., S. 580.) が指摘された(前掲注(12) 参照)。

- (34) MünchKomm/Säcker, Rn. 1.
- (35) Staudinger/H. Roth, Rn. 1. 先に掲げた連邦通常裁判所一九八三年一〇月二二日判決 (BGHZ88, 344 (346)) : : 前掲注 (25) 参照。および一九七〇年五月一五〇日判決 (BGHZ54, 56 (59)) : : 前掲注 (26) 参照) も、これと同様の表現を用いている。
- (36) Erman/Hagen, Rn. 1.
- (37) 吉村良一「ドイツにおける公害・環境問題と民事責任論の新たな動向」立命二二〇号（一九九一年）一七頁以下も参照。
- (38) 一九八二年五月にドイツ連邦共和国内務省が作成した『ドイツ連邦共和国環境政策 (Bericht der Bundesrepublik Deutschland zur Umweltpolitik)』（ドイツ連邦共和国内務省、一九八二年）が、ドイツにおける状況とそれに対する対応策を総合的に報告しており、この時期の背景を理解するのに有益である（とりわけ七頁以下、一三頁以下、四五頁以下参照）。
- (39) Staudinger/H. Roth, Rn. 5; Erman/Hagen, Rn. 1. ウェスターマンも同様に「民法典制定の際に予期しえなかった技術の投入が、技術設備や住居の集中を結び付けて、従来を超えような形で近隣や環境への作用を増大させた」と述べている (Westermann, Funktion, S. 1003)。
- (40) E. Lang, Grundfragen des privatrechtlichen Immissionschutzes in rechtsvergleichender Sicht, AcP174 (1974), S. 381f.
- (41) G. Wagner, Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln, NuR1992, S. 201, F. Baur, Zur Entstehung des Umweltschutzrechts aus dem Sachenrecht BGB, JZ1987, S. 317. ユアグナーは「環境問題において行政法を重視する理由を以下の三点挙げている。①環境保護において問題となるのは、正義の要請に基づいて人間相互の関係を規制することではなく、人間でない自然を人間から保護することであること。②少なくとも今日において環境政策上の関心の対象となるのは、個々人の違法な行為ではない。むしろ、それ自体では社会的に適合しているが大量に発生することで危険となる環境侵害が、問題となっていること。③これまで通常とみなされてきた行為様式が、地球規模の問題に発展していること。」
- (42) G. H. Roth, Materialrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes, NJW1972, S. 922; I. Mittenzwei, Umwelvertäglichkeit statt Ortsüblichkeit als Tatbestandsvoraussetzung des privatrechtlichen Immissionschutzes, MDR1977, S. 99.
- (43) H. Steiger, Umweltschutz durch planende Gestaltung, ZPR1971, S. 139; T. W. Walde, Recht und Umweltschutz, AöR99 (1974), S. 589. など参照

(44) このような態度は、九〇六条がイミッシオンに関する規定であると同時に、所有権の内容に関する一規定であるということに起因する。前掲注(1)に掲げた諸論文は、公害法・環境法の立場から前者のイミッシオン規定としての側面に着目して、ドイツ法の分析をなすものといえよう。これに対して本稿は、都市計画との接点を探るといふ問題関心から出発するため、むしろ後者の所有権規定としての側面に目を向けている。したがって、九〇六条における国土形成・空間形成に対する機能を後者の側面から分析したいと考えるのである。もともと、後者の側面を強調したからといって前者の側面の重要性がなくなるわけではなく、結局はどちらの側面に問題関心を抱いているのかということに尽きるであらう。

(45) 連邦イミッシオン防止法がかかる原理に依拠している。すなわち、連邦イミッシオン防止法一条および五条からは、「環境への危険から保護すること、および、有害な作用の発生に事前に配慮することないしは施設の操業の際に有害な作用に対する事前配慮が行われるべきこと」という同法の目的が見出される(H. Engelhardt/J. Schlicht, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 4 Aufl. (1997), § 1, Rn. 4, § 5, Rn. 5)。なお、事前配慮原則に関しては、山下竜一「西ドイツ環境法における事前配慮原則(一)(二・完)」論叢一二九巻四号三五頁以下、一二九巻六号四一頁以下(一九九一年)、ごく簡単には、ヘルムート・クリューガー(和田真一訳)「環境法における強みと弱み——日本とドイツを比較して——」立命二五二号(一九九七年)二一〇頁以下参照。

(46) 以上については、E. Rehbinder, Allgemeines Umweltrecht, in: J. Salzwedel, Grundzüge des Umweltrechts (1982), S. 87 ff, 112ff; T. Pfeiffer, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes (1987), S. 21ff; Steiger, a.o., S. 137f. 40-42; 藤岡康宏「環境法の基本構造(一)——私法的側面を中心として——」判評二二七号(一九七八年)二二一頁以下が、環境法における目標設定とその達成のための手段をレーベントナーの見解(E. Rehbinder, Umweltrecht, RabelsZ 40 (1976), S. 363ff.)に依拠して論じており、「環境法は、本質的に行政官庁の計画的活動により実施、貫徹されなければならない」(同論文一二二頁)と指摘していることも併せて考慮されたい。また、都市(計画)における環境保護の意義とその具体的な手法については、Ermer/Mohrman/Sukopp(水原渉訳)『環境共生時代の都市計画——ドイツではどう取り組まれているか——』(技法堂出版、一九九六年)に詳しい。なお、かかる計画的手法としては、都市計画の他にも、騒音防止計画などの環境計画が重要な役割を果たしている(ドイツ連邦共和国内務省・前掲注(38)八頁、七〇頁)。

(47) Raumordnungsgesetz vom 18. August 1997 (BGBl. IS. 2081). 国土整備法および国土整備計画の全体像については、稲本洋之助ほか編『ヨーロッパの土地法制』(藤田宙靖執筆)(東京大学出版会、一九八三年)三四四頁以下、田山輝明「ドイツの土地住

宅法制』（成文堂、一九九一年）五六頁以下、広渡清吾「ドイツ法Ⅰ総論——都市法の論理と歴史的發展」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）四二頁以下の説明を参照。

(48) Pfeiffer, aaO., S. 33. プファイファーが参照した当時の国土整備法一条一項によれば、国土整備の任務は連邦地域の国土構造を發展させることであり、その際には「自然の現状、人口の發展、および経済的・インフラ的・社会的・文化的な諸要請」が考慮されるべきとされていた。一九九七年に同法は改正され同法一条の文言も変更されたが、国土整備の特徴自体はプファイファーの理解と同様である。というのも、一般的に見ても、国土整備とは、「公共の福祉における経済的・社会的・文化的・自然的な諸要請に従った、国家地域の秩序付けのためのモデルを創り出すこと」に資するものと理解されており、かかる理解が現在においても維持されているからである（W. Schröter in Schröter, BaugB, 6AufI. (1998), §1 Rn. 35）。

(49) 稲本洋之助ほか編『藤田宙靖執筆』・前掲注（47）三四一頁以下、広渡・前掲注（47）「総論」四二頁参照。本文の記述を若干補充しておく。国土整備には広義の意味と狭義の意味があり、広義の国土整備の中でも総合的かつ広域的な計画（例えば連邦の国土整備計画）を意味するのが狭義の国土整備である。しかし、「国土整備」という語自体は、本来的には、達せられるべき目的・課題を示しているにすぎない。したがって、市町村の定める建設基本計画 Bauleitplan も、市町村レベルでの国土整備計画として「国土整備」に含まれることになる（この点については藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社、一九八八年、初出一九八三年）四〇頁以下も参照）。また、「国土整備」を狭義の意味で理解したとしても、狭義の国土整備と建設基本計画とは密接に関連している。すなわち、建設基本計画は「国土整備の諸目標に適合しなくてはならない」（建設法典一条四項）と定められており、両者の相互交流がなされているからである（広渡・前掲注（47）「総論」四四頁）。なお、ドイツの都市計画法制については、稲本洋之助ほか編・前掲注（47）ヨーロッパの土地法制三三五頁以下、広渡清吾「ドイツ法Ⅱ都市計画と土地所有権」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）五四頁以下、ヴィンフリート・ブローム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）一三頁以下など参照。

(50) Erman/Hagen, Rn. 1.

(51) Staudinger/H. Roth, Rn. 5.

(52) MünchKomm/Säcker, Rn. 3.

(53) Pfeiffer, aaO., S. 34. は「九〇六条が国土整備的に作用しうるといふ考えは、主としてウェスターマンに見られる」と指摘し

ているし、また、九〇六条の注釈である Staudinger/H. Roth, Rn. 5; Erman/Hagen, Rn. 1; MünchKomm/Staeker, Rn. Iff. にも
いてもヴェスターマンの文献が引用されていることから、ヴェスターマンの説明が今日においても説得力を有していることが理解
できよう。

(54) Westermann, Funktion, S. 1003ff.

(55) Westermann, Funktion, S. 1005f.

(56) Westermann, Funktion, S. 1013.

(57) Schulte, Eigentum, S. 18ff.

(58) シュルテの言う「正義」については若干補足しておく(Schulte, Eigentum, S. 19f.)。相隣法における公益を分析する際には、
抽象的な平等を達成するための「秩序」と、そこから生ずる不平等を個々の生活関係については是正する「正義」とが考えられる。
すなわち、全ての所有者に無制限に建築を許すならば、それによって抽象的な平等が達成されることになるから、「秩序」という
公益が果たされる。しかし、境界のすぐそばに高層建築をしてしまえば、小規模の住宅に住んでいる隣人から採光や通風が奪われ
てしまうことになり、実際上は不平等が生じうる。したがって、境界の間隔と建造物の高さに関する規定が必要とされるのであ
り、これは「正義」という公益に基づく特別の規制である。このようにして、一見すると、相隣法規定の多くは「正義観念の結
果」として説明できるようにも思われるのである(実際が異なることについては本文を参照)。

(59) Schulte, Eigentum, S. 20f.

(60) つまり、予見可能性の有無と正義とは無関係であるということであろう。場所的慣行の侵害については九〇六条二項一文に基
づいて(その他の要件が満たされる限りで)受忍義務が課されることになるわけだが、シュルテによれば、この受忍義務の導かれる
過程に正義観念の入る余地は認められないことになろう。つまり、予見可能性があるから正義に適っており、したがってかかる
侵害が認められる、というような説明の仕方は、シュルテによれば誤っていることになる。したがって、場所的慣行性概念に関す
るシュルテの結論は以下のようになる。ある地域に存する土地は一定の利用形態によって既に支配されている、というのが場所的
慣行性のメルクマールに含まれる考えであり、したがって、かかる一定の利用形態が、これと適合しない利用形態を選択した土地
所有者によって阻害されてはならない。つまり、地域を支配する一定の利用形態とそうでない利用形態との衝突が避けられないが
ゆえに、場所的慣行性のメルクマールを通じての衝突規制が必要とされたのである(Schulte, Eigentum, S. 24.)。したがって、こ

ここで働いている基本的な思想は、「この一定の利用形態を確保すること、より一般的に言えば紛争を回避して「経済的に有意義な国土利用」を確保することなのである。

(6) Schulte, Eigentum, S. 21f. しかしながら、シュルテは、例えば九一七条(囲繞地通路)や九一二条以下(越境建築)については「経済的に有意義な国土利用」という考えを用いて比較的積極的に根拠付けをしている(Schulte, Eigentum, S. 22f.)のに対して、九〇六条に関しては本文の指摘を述べただけであり(Schulte, Eigentum, S. 21, 24)。⁹⁰九〇六条に関する限りではその実証性が低いようにも思われる。結論だけが唐突に出てきた感は否めない。

しかし、シュルテは、場所的慣行性要件および補償義務といった個別の要件・効果の中で「経済的に有意義な利用の原則」がどのようにして確保されるのかを述べており(Schulte, Eigentum, S. 31, 124ff.)⁹¹この部分についての説明は十分に説得力を有している。これに関しては、下記4参照。

(9) シュルテの近時の論文(H. Schulte, Freiheit und Bindung des Eigentums im Bodenrecht, JZ1984, S. 297)においてであるが、このような結論は異なる側面からも説明されている。「この論文においてシュルテは、「民法によって公益が実現される」のかどうかという問題意識の中でこの結論を扱っている。それによれば、法の経済分析に依拠する学説が「民法によって公益が実現される」という認識を新たなものとして提示してきたのに対して、シュルテは、少なくともドイツ土地法においてはこのような考え方が古くから見出されてきたのであり、この点も再評価すべきことを指摘している。そして、シュルテは、自らの指摘する「経済的に有意義な国土利用の原則」をこのドイツ土地法における伝統的な考え方に位置付けているのである。なお、そこでシュルテが挙げているイェーリングおよびヴェスターマンの見解については、下記3(3)および4参照。

(92) Schulte, Eigentum, S. 21f.

(93) Schulte, Eigentum, S. 22.

(94) Schulte, Eigentum, S. 22. また、シュルテは、「正義・平等・法的平和といった概念だけでなく経済的な考慮も相隣法の基礎となつてゐる」とが、「…これまでしばしば承認されてきてはいるが、常に極めて付随的でしかない」と述べており(Schulte, Eigentum, S. 30)。⁹²九〇六条が「経済的に有意義な国土利用」を目標として形成されているとの理解をさらに強調してゐる。

(95) Mitzenzwei, aAO, S. 100ff.; G. Gaentzsch, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, NVwZ1986, S. 602; Peine, aAO, S. 170.

(67) Staudinger/H. Roth, Rn. 5; MünchKomm/Säcker, Rn. 3; Erman/Hagen, Rn. 1.

(68) Westermann, Funktion, S. 1016.

(69) 以下の叙述は、Westermann, Funktion, S. 1016ff.; MünchKomm/Säcker, Rn. 2f.; Mittenzwei, aO, S. 100f. に依拠してゐる。なお、この時期におけるイミッシオン法の発展については、中山・前掲注(一)「成立(一)(二・完)」民商七一巻一頁一五頁以下、七一巻二頁二六〇頁以下、および、大塚・前掲注(一)法協一〇四巻九号二二七〇頁以下に網羅的な分析があり、本稿もこれらの業績に負うところが大きい。もともと、両論文と本稿とは、検討対象が異なっている。中山論文および大塚論文は、イミッシオン概念、イミッシオンの「原則問題」、イミッシオンの違法性の指標といった個別項目ごとに分析をし、主として概念や要件の解明に向けられている。これに対して、本稿は、「国土形成・空間形成に対する機能」を考察するという関心から、九〇六条がかかる機能を果たしてきたのかどうかという側面を検討対象としている。もちろん、中山論文および大塚論文と重複する部分があることは避けられないが、このような検討対象の違いから、両論文とは異なった知見を得ることができるのではないかと思われる。

(70) Mittenzwei, aO, S. 100. なお、中山・前掲注(一)「成立(一)」民商七一巻一頁二七頁以下も参照。

(71) Westermann, Funktion, S. 1016. の記述による。もともと、プロイセン法の判決がこのような態度を採っていたことは確認できた(F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. 1, 7. Aufl. (1878), S. 362.) が、普通法およびフランス法の判決については筆者の非力により見つけることができなかった。なお、P. Preu, Die historische Genese der öffentlich-rechtlichen Bau- und Gewerbenachbarlagen (1990), S. 23ff. が、当時における営業の自由の促進とそれに対応する法的保護手段の变迁を概観している。

(72) 当時のドイツの経済状況を見てみると、一八三〇年代から鉱業・工業生産が著しく増加しており(例えば、プロイセンの石炭採掘量は一八二五年から一八七一年までにおよそ三〇倍になった)、一八四〇年代には工業の中心地帯もいくつかが形成されるようになっていた。さらに、生産方法の様々な進歩がこれに加わって、当時のドイツにおいては急激な経済発展が進行していたのである。このような一九世紀末までの経済発展は、「農業から工業へ」「消費財工業から生産手段工業へ」「中小経営から大経営へ」の重心の移行と特徴付けられるところである。もともと、このような発展を通じて、イミッシオンの著しい増加に限らず社会にいろいろな形での対立がもたらされたことは、容易に想像できるであろう。この時期の経済史に関しては、ユルゲン・クチンスキー

（高橋正雄・中内通明訳）『ドイツ経済史』（有斐閣、一九五四年）五四頁以下、六三頁以下、一〇五頁以下、一一三頁以下、クヌーフト・ボルヒャルト（酒井昌美訳）『ドイツ経済史入門—前工業社会から転換期の一九七三年まで—』（中央大学出版部、一九八八年）四七頁以下、五七頁以下、望田幸男『三宅正樹編』概説ドイツ史「新判」』（有斐閣、一九九二年）九〇頁以下「栗原優執筆」を参照。

（73）代表的と目される論者の議論を紹介しておこう。なお、中山・前掲注（1）「成立（一）」民商七一巻一号二七頁以下も参照。シュパンゲンベルクは、ローマ法から以下の一般原則を導いている。「全ての者は、自己の土地において自己の望むことを行うことができる。その際には、他の土地もしくはその居住者に負荷を与えるものをその土地に排出してはならない、との制限が伴う。しかし、通常の利用（通常の生活）の結果たるものは、訴権の根拠としての負荷とみなすことはできない。他方、異常な利用（特別な目的のための器械の設置）の結果たるものは、負荷とみなされうる。そして、後者のような種類の負荷を他の土地の所有者が甘受しなければならないのは、その相手方がかかる負荷のために役権を取得していた場合だけである」（Spangenberg, *Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht, ActP (1826), S. 268.*）。「このような原則を設定した上で、所有者が禁止できる（つまり受忍する必要のない）負荷について述べている。それによれば、「通常の生活方法一般を越えるものは、特別な営業とか特別な活動を考慮することなく、すべて異常とみなされうる」。したがって、「隣人による特別な営業の遂行から生ずる違法な排出物は、それ自体としては単に営業の通常の結果であるにすぎないとしても、所有者にとっては全て異常な負荷とみなされうる」から、所有者はこれを禁止できるのである（ders. aaO, S. 270.）。

ヴェーレンベルクは、「所有者は、自己の土地において全く任意の量だけ煙を産出することが許されなければならない」こと、および、「他の土地もしくはその上空への極めて少量の煙の侵入は、それだけでは土地所有者に排除の権限を与えるものではない」ことについては、論者の間で見解の一致が見られるものの、煙の侵入が受忍されるべき範囲の決定の仕方に関して大きく二つの争いがあるとする。一つは、煙の強度を基準として、隣人に負担がかかることを原則として禁止する考えであり、もう一つは、煙の侵入の態様を重視するもので、人為的な設備による侵入のみが禁止され、自然の作用の結果として生じた侵入については受忍されなければならないとする考えである。ヴェーレンベルク自身は、人為的な設備の場合と自然作用との場合で区別することは問題とならないこと、また、煙の侵入の許容性に関して土地が隣接しているかどうかは無関係であること（後者の見解は隣接していることを前提としている）を理由として、前者の見解に賛同している（W. Werenberg: *Über die Kollision der Rechte verschie-*

dener Grundeigentümer. IherJb 6 (1863), S. 59ff.)。

(74) Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals, Bd. 23, 252. なお、中山・前掲注(1)「成立(2)」民商七一巻一号三六頁参照。被告事業施設からの蒸気と煙によって原告の農業が侵害された事案である。本判決によれば、事業施設の所有者は、当該施設が警察上の許可に従って設置された操業とされている場合であっても、また、この所有者について主観的な有責性が証明できない場合であっても、当該施設の操業によって侵害された隣接地所有者に対して補償義務を負う」とされた。

(75) Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals, Bd. 23, 252 (259ff.). したがって、この判決はイミッシオン禁止の原則を採用したのであり、従来の利用権限重視の態度、すなわちイミッシオン自由の原則を覆したことになる。かかるイミッシオン禁止の原則は、プロイセン法のみにとどまらず、普通法およびフランス法においても支配的な考え方となっていた(Meisner/Stern/Hodes/Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 6. Aufl. (1981), S. 344)。

(76) 多数の判決例があるが(判決例については Westermann, Funktion, S. 1019, Fn. 19, 20. 参照)、本稿の問題関心と検討対象からすればこれらの個別の紹介は不要であろう。個々の判決例の紹介と整理、および、この二つの類型の受忍義務に収斂するまでの過程については、中山・前掲注(1)「成立(2)」民商七一巻一号四八頁以下において詳細に分析されており有益である。

(77) MünchKomm/Säcker, Rn. 3; Westermann, Funktion, S. 1017f.; Mitzenzwei, aaO, S. 100.

(78) R. Ihering, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn, IherJb 6 (1983), S. 81ff. なお、末川博「イェーリングを中心とした土地所有権の限界に関する研究」論叢一三巻三号四一七頁以下、一四巻四号五七一頁以下(一九二五年)「続民法論集(評論社、一九六二年)所収、六四頁以下」が、ヴェーレンヴェルクおよびヘッセの見解と対比させつつこの論文を忠実に紹介している(なお、以下におけるイェーリングの見解の紹介では末川論文の該当箇所の提示は省略する)。

(79) Ihering, aaO, S. 95ff.

(80) Ihering, aaO, S. 113ff.

(81) Ihering, aaO, S. 122f.

(82) Ihering, aaO, S. 125f. したがって、理論的な原則に基づいて事例の判断が行われるのではなく、「生活が既に事例を判断していったという点に原則は存在する」という(Ihering, aaO, S. 126)。イェーリングのこのような評価は、九〇六条の場所的償行性要

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一)(秋山)

件における解釈の基本的態度（すなわち「描写的性格」あるいは「特質理論」と酷似している（下記5②(b)参照）。

- (83) Ihering, aO., S. 126.
- (84) Ihering, aO., S. 126ff.
- (85) Westermann, Funktion, S. 1017.
- (86) F. Förster/M. E. Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Bd. 3, 7Aufl. (1896), S. 166 f. (なお、筆者が参照したのはこの本の第四版（一八八三年）であるが、以下では第四版の頁で引用する）
- (87) Förster/Eccius, aO., S. 168. ハハハ注意すべきは、このような接触や衝突によって制限されるのは、個人の所有権の「内容」ではなく「外延」すなわち「拡大」である。エッツィウスが指摘している点である。つまり、かかる接触や衝突に配慮して所有権には積極的な範囲が定められ、この範囲が及んでいる限りで法秩序は所有権を権利として承認しているというのである。したがって、「法律上の制限」あるいは「法定地役」という言葉を用いることは誤解を招く恐れがあるため、エッツィウスは「法律上の限界付け」という表現を用いている。
- (88) Förster/Eccius, aO., S. 169.
- (89) Mittenzwei, aO., S. 100, Fn. 13. によれば、公共の利益のために国土整備的機能を相隣法に与えるという考えがエッツィウスにおいて「よりわけ明らか」であるとされている。
- (90) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 7Aufl. (1900), S. 279ff.
- (91) Endemann, aO., S. 280.
- (92) Endemann, aO., S. 282.
- (93) ハハハを取り上げた判決は、MunChKomm/Saeker, Rn. 3. から取捨選択したものである（同所にはその他の判決も挙げられているが、少なくとも筆者の見る限りでは、国土整備的機能の手がかりを窺わせるような判示事項が見られない判決もあったため、かかる判決については割愛した）。
- (94) この判決については、中山・前掲注（一）「成立（二）」民商七一巻一頁も参照。
- (95) RGZ6, 217 (218).
- (96) 判決によれば、隣接地に騒音が及ばないような広大な土地を選択すれば、隣接に対する本質的な侵害は回避されるであろうと

しよる。

- (97) RGZ12, 173 (174).
- (98) 加害地の利用の通常性という表現が従来用いられてきたことは、前述の通りである（前掲注（76）の諸判決参照）。なお、ラ イヒ裁判所一八八六年六月二日判決（RGZ16, 178）は「土地所有者は、隣地所有者からの慣用的な *gemeingebrauchlich* 所有権行使の通常の結果として生ずるものを全て受忍しなければならない」と判示しており、類似の概念が既に用いられていた。もっとも、この判決は、原告所有地の上流部において被告が自己の工場からの排水を私水路に導水したという事実であり、九〇六条の規定対象とするイミッシォンの事実ではなかった。
- (99) *Manchkonn/Säcker*, Rn. 2; *Mitzenwei*, aO., S. 100.
- (100) *Pfeifer*, aO., S. 36. その他の立法過程ではかかる視点は見られない。
- (101) *Motive*, aO., S. 260.
- (102) *Motive*, aO., S. 267.
- (103) *Motive*, aO., S. 267f.
- (104) また、許容されるイミッシォンと許容されないイミッシォンとの区別が「産業の発展と共に変化する」とされたこと（前掲注（102）参照）も、これらの産業や施設に有利に働くことになろう。
- (105) D. Uwer, *Zur Entwicklungsgeschichte des öffentlichen und privaten Nachbarrechts bis zum Sachenrechtsänderungsgesetz, UTR40* (1997), S. 308. また、中山・前掲注（一）「成立（二）」民商七一巻二七二頁以下によれば、民法典施行前におけるイミッシォン法の発展の背景には工業と農業との利益の対立があり、一八六〇年代からの自由主義的な資本主義の発展と共に、裁判所の判断も従来の農業重視の方針から工業重視の方向へと転換された。イミッシォンの違法性の指標が加害地利用の態様よりもイミッシォンの効果の方に置かれるようになったこと、また、その指標が極めて曖昧になったことが、このことを示しているという。そして、加害地利用の場所的慣行性という指標は、本質的なイミッシォンをも被害者に受忍させることによって、さらに広範な工業の発展を保障しようとする目的を有するものであったと指摘している。
- (106) 中山・前掲注（一）「成立（二）」民商七一巻二七二頁。
- (107) *Westermann, Funktion*, S. 1009ff.

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）（秋山）

- (108) Westermann, Funktion, S. 1013ff.
- (109) ウェスターマンは、まさに、公益のために操業されている事業に対しては不作為請求権が行使できないという判例理論（上記第一節三参照）を挙げてくる（Westermann, Funktion, S. 1015）。もっとも、この場面においては、公益に適合するということは述べられてくるものの、国土整備的な性格についての指摘はなされていない。そのため、本稿の検討ではこれを外した。
- (110) Westermann, Funktion, S. 1013.
- (111) したがって、前述のシュルテが述べる「経済的に有意義な国土利用の原則」は、非本質的な侵害における受忍義務を説明するものとして理解することが可能（Pfeiffer, aO., S. 33）。
- (112) Schule, Eigentum, S. 128.
- (113) Pfeiffer, aO., S. 33f.
- (114) 判例・通説による（MünchKomm/Säcker, Rn. 86.）。なお、後掲注（132）参照。
- (115) Westermann, Funktion, S. 1013.
- (116) Westermann, Maßnahmen, S. 19; Staudinger/H. Roth, Rn. 180.
- (117) Westermann, Maßnahmen, S. 50.
- (118) Westermann, Maßnahmen, S. 51.
- (119) Westermann, Funktion, S. 1013. もっとも、ウェスターマンは、実際上の問題点として、九〇六条において基準とされている場所的慣行性が公法上の国土形成的行為によって決定されるのかということにも注意を促している。本稿の本論第三節は、ウェスターマンの言う「公法上の国土形成的行為」の中の建設基本計画 Bauleitplanung について検討を行うものである。
- (120) Westermann, Funktion, S. 1013.
- (121) Pfeiffer, aO., S. 34.
- (122) Pfeiffer, aO., S. 34f.
- (123) Pfeiffer, aO., S. 37. プファイファーによれば、連邦通常裁判所もこのような国土整備的な目標設定を行っているとしている。この点については下記⑤(3)⑥で検討する。
- (124) 発展計画ないし積極計画の意味とその歴史的経緯については、広渡清吾「ドイツII都市計画と土地所有権」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）六五頁以下。

(125) Schulte, Eigentum, S. 24.

(126) Schulte, Eigentum, S. 128. シュルテは、九〇六条二項一文における作用発生地側の場所的慣行性と、九〇六条二項二文における被害地側の場所的慣行性とを共に扱い、両者に共通する思想を導いている。本稿はヴェスターマンの分析の枠組みに従ったため両者の場所的慣行性を別個に論じているが、もとよりシュルテの分析を否定するものではない。後者、すなわち、被害地側の場所的慣行性の意義については、下記(2)(b)①を参照されたい。

(127) Schulte, Eigentum, S. 128. 「全ての土地所有者は、近隣における現在の利用態様に照らして通常の侵害が自分の身に起こることを予期しておかなければならない」という。

(128) Kleindienst, aO., S. 48.

(129) クラインディーンストは、営業法二六条（現連邦イミッシオン防止法一四条）にもこの点が当てはまるとしている。すなわち、営業法二六条の場合には、場所的慣行ではなく「国家の許可」によって同様の信頼が喚起されているとしている（Kleindienst, aO., S. 44f.）。

(130) Kleindienst, aO., S. 44f. したがって、かかる受忍義務が課された場合の隣人の補償請求権を理解する際にも、それは衡平に基づくものではなく、「原則として配分された所有権内容」の剝奪として理解されるべきだと主張している。なお、前掲注(30)も参照。

(131) Staudinger/H. Roth, Rn. 180.

(132) 既に若干述べたように（前掲注(114)）、場所的慣行性が肯定されるかどうかの判断にとって決定的なのは、「比較対象地の多数の現実的実際的な状態を観察することによって明らかとされる特徴(Gepräge)」であるとされている。つまり、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様の侵害作用を伴って利用されているかどうか、基準となるとされている（この点を指摘するものは判例・文献共に無数にあるが、ひとまず MünchKomm/Stäcker, Rn. 86ff. を挙げておく）。

(133) 中山・前掲注(1)「発展(三・定)民商七四卷六号九五四頁以下、大塚・前掲注(1)法協一〇四卷九号一二九八頁参照。確かに、国土整備に対する機能についての立法者の意図の分析で示したように（上記3参照）、イミッシオン規定は産業の発展を阻害することのないように構成されるべきであるという傾向が色濃く見られた。

(134) 同様の指摘をする判例は多数あるが、筆者が参照したのは連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決（BVerwGE45, 309）である。被告裁判委員会 *Beschlussespruch* が訴外 A のガラス工場に付与した営業法・建築法上の許可に対して、原告は地区詳細計画 *Behauungsplan*（以下 B プランと呼ぶ）の無効を理由としてその許可の取り消しを求めた。いくつかの点が争われたが、居住と産業との区別は争点の一つである。控訴審裁判所は、連邦建設法一条一項から「住居地区と産業地区とはできる限り並立せずに指定されるべきである」との計画原則が導かれるとした上で、本件 B プランがこの計画原則に違反するとした。連邦行政裁判所もそれに賛成して以下のように判示した。「住居地区と、その本質に照らして周囲に負荷を及ぼす工業地区とは、できる限り並立するべきではない。：秩序付けられた都市建設の発展（連邦建設法一条一項）における本質的な要素は、それゆえ、都市建設計画における実際上重要な原則は、この点（住居地区と工業地区とが並立すべきでないこと：筆者注）に見出されなければならない。『営業による排出の危険においては、誤った発展の始まりを早期に掌握することによってのみ経験上将来への見込みがあるとの理由だけで、高度の類型的な観察が常に必要不可欠である。：（被告が営業法およびイミッシオン法の規定による解決を主張するのに対して）住居地区と工業地区との並立は、紛争に対する原理的な抵抗力のない *Anteiligkeit* という点で、営業法なしのイミッシオン防止法で制御することが重要な現象ではなく、むしろ、何らかの方法で可能な場合には、計画法によって回避されるべき現象である』（BVerwGE45, 309 (327f.))。連邦行政裁判所もこの原則に例外があることを承認しているが、本件ではかかる例外的な事情も見られないとして、控訴審裁判所の判断を支持した。

(135) 連邦イミッシオン防止法五〇条「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」

(136) この点については、上記 1(2)も参照。

(137) 「相隣法は場所的慣行上の土地利用を保護…することによって…住居地域商業地域ならびに工業地域の分離、独立を促進して私的自治による都市計画の機能を果たす」という沢井教授の指摘（序論第一節二(1)参照）は、本文で述べた部分にまさに示唆を添えているものと思われる。Vgl. Westermann, *Maßnahmen*, S. 19.

(138) この点に関してしばしば文献で引用される連邦通常裁判所一九七〇年一〇月三〇日判決（BGHZ54, 384 (389)）は、以下のよう

うに述べている。「所有権利用の場所的慣行性という思想に基づいて所有権を相隣法上で限界付けることは、隣接する土地がおよ

そ統一的に利用されたがって隣地に及ぶ侵害というのは隣人にとって期待可能であるという思想に依拠している。それゆえ、このような考察において基礎とされるのは、同一の場地的状況にある多数の土地がおよそ同一の態様で利用されていることである。」

(139) Staudinger/H. Roth, Rn. 180.

(140) 以下に説明せ、Kleindienst, aO., S. 26f.; Staudinger/H. Roth, Rn. 180. に依拠している。もっとも、立法資料自体にはこのような思想を明確に表現する箇所は見当たらない。

(141) Planck/Streicher, Kommentar zur BGB, Bd. III, 5. Aufl. (1933), S. 352.

(142) 上記の各論者への「問題点を既に意識して」とも認められる (Westermann, Maßnahmen, S. 19; ders, Funktion, S. 1003; Pfeiffer, aO., S. 195ff.; Kleindienst, aO., S. 25ff.)。

(143) 例えは、Staudinger/H. Roth, Rn. 200. 以下、この点に関する判例の対応を以下のように表現している。「現実の発展によって著しく古くなった立法者のモデル観念を、場地的慣行性概念の細分化により、受忍されるべきイミッシンオーンを制限する方向で修正しなくてはならない」。

(144) 立法者のモデル観念を厳しく批判する近時の文献も、このモデル観念に依拠したヴェスターマンの見解を依然として引用しているのが実情である (例えは Mittenzwei, aO., S. 101f.; Staudinger/H. Roth, Rn. 5, 180. など)。このことは、本文の記述を間接的ながら補強することになる。

(145) 本来ならば一〇〇四条および九〇六条に基づく妨害排除請求・不作為請求が認められるはずだが、加害者(作用発生者)は必ずしも事業の停止をする必要はない。というのも、侵害を排除する方法は、原則として被告たる加害者に委ねられなければならないといわれているからである。したがって、加害者は事業の再編や制限といった方法を採用することも許されている。それゆえ、実質的には防止措置請求と変わらない。もっとも、事業の包括的再編の方法でしか当該侵害を回避できないような場合には、判決の中で具体的な妨害排除行為を行うよう言及されることもある。以上については、Staudinger/H. Roth, Rn. 235.

(146) Westermann, Funktion, S. 1014f.; バウアーも同様の趣旨を述べている。すなわち、一九五九年改正によって規定された防止措置義務が「有害かつ危険な排出の排除もしくは制限」へと技術進歩を導くような「投資の推進力」になる、と評価している (Baur, aO., S. 318f.)。

(147) この点については若干付言しておく。

「この種の土地利用者に経済的に期待しうる」という九〇六条二項の表現における「この種の土地利用者」とは、排出者（作用を発生させている者）の個人的な事情に照らして防止措置を当該排出者（すなわち具体的な土地利用者）に期待できるかという意味ではなく、平均的な土地利用者の経済的な負担能力をもっぱら基準としているという意味であると解されている（Staudinger/H. Roth, Rn. 207; Kleindienst, aaO., S. 36.）。

もっとも、基準とされるのは、作用を発生している土地におけるこのような「客観的な知見」だけではない。例えば、侵害的な土地利用を含む事業部門全体の長期の収益状況、事業規模、あるいは機械設備の種類や稼働年数なども、考慮されるべきであるとされている（Kleindienst, aaO., S. 36. 客観的な基準を採用しつつこのような具体的な事情も考慮する基準は、「分化された客観的な基準」と一般的に呼ばれている。なお、侵害の本質性を判断する際にもかかる基準が用いられている。それゆえ、それぞれの事業種の平均的企業が長期に渡ってもはや適切な利得を得ることができない程度にまで、当該防止措置に費用負担がかかってしまう場合には、当該防止措置は経済的に期待可能とはいえないとされる（Soergel/J. F. Baur, Rn. 97）もともと、収益性の悪い事業の給付能力や経済的状況が基準とされるわけではないことに注意を要する。あくまで、それぞれの事業の平均的企業が基準である。したがって、防止措置の期待可能性を判断する一般的な基準は、「必要とされる防止措置による財政的な負担を当該部門の平均的事業に期待できるかどうか」という公式にまとめられる。

ヴェスターマンの指摘は、防止措置の期待可能性に関するこのような解釈を踏まえて理解されるべきであろう。防止措置を通じて侵害が減少することによって公益に奉仕するといっても、それはイミッシオンを発生させている者の利益を一方的に犠牲として達成されるというわけではない。上で見たように、「必要とされる防止措置による財政的な負担を当該部門の平均的事業に期待できるかどうか」は、イミッシオンを排出している者の客観的諸事情だけでなく主観的な諸事情も考慮して判断されるのであり、とりわけこの者の事業の採算を否定してまで防止措置を義務付けるというわけではない。したがって、かかる基準（ヴェスターマンの言う「主観と客観の混合した基準」）は、イミッシオン排出者の利益を一方的に切り捨てることなく、その利益と被害隣人の利益とを正当に関係付けており、その結果として侵害を減少させるという「公益の媒体」となっているのである。

(148) Pfiffer, aaO., S. 32.

(149) この点については、既に指摘しておいた（前掲第一節注（13）および本節注（145）参照）。

(150) Westermann, Funktion, S. 1014f.

- (15) Westermann, Funktion, S. 1015.
- (152) すなわち、侵害が本質的であり、かつ、その侵害がこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によっても防止できない場合である。
- (153) そのことによつて、金銭的な負担を負う可能性こそあるが、作用発生地の利用の存続自体は図られることとなる。
- (154) Schulte, Eigentum, S. 128. また、補償請求権が規定されていなかった一九五九年改正以前の九〇六条に関する叙述ではあるが、ヴェスターマンは、補償請求権が「期待不可能な所有権侵害を金銭的に調整——これは所有者の利益である——し、かつ、補償請求権の性質と要件を通じて、被害地が今後も合理的に利用されることを保障する——これは、完全な国土利用に対する公共の利益」とりわけ密集地域における土地の当然の利用を保持することに対する公共の利益である——ことなる」と述べている (Westermann, Maßnahmen, S. 55.)。したがつて、補償請求権につき定められる要件が被害地の利用における公共の利益にも影響を及ぼしうることを、ヴェスターマンも既に認識していたのである。
- (155) Westermann, Funktion, S. 1015.
- (156) Schulte, Eigentum, S. 124.
- (157) Schulte, Eigentum, S. 31, 124.
- (158) Schulte, aO, JZ1984, S. 298.
- (159) シュルテは、①経済的理性的な思考をする法主体が前提とされており、このような思考をしない者にとってはかかるメカニズムが通用しないこと、および、②「経済的に有意義な国土利用」という法律の目的が、個別事例において精密に達成されるわけではないことを挙げている。しかし、①については、仮に非理性的に行動する事業者がいたとしても、かかる者は自ら消滅していくであろうからそれほど大きな危険ではないとする。②については、法律の目的というのは、全事例の中の圧倒的多数において合目的に行われていればそれで十分であり、私法は完全主義を目指すものではないとする。したがつて、「経済的に有意義な国土利用をもつぱら導くところの費用便益分析の顧慮への、すなわち、経済的理性的な行為への最大限有効な刺激が補償義務によつて与えられていれば、私法としてはそれで十分である」(Schulte, Eigentum, S. 124f.)。
- (160) Schulte, Eigentum, S. 124.
- (161) Schulte, Eigentum, S. 31.

(162) そして、このような国土整備への刺激が与えられるということは、究極的には、「土地所有者が、土地利用を空間の諸事情に適合させるために自らに期待される全てのことを行っているかどうか」(Westermann, Funktion, S. 1015.) という観点に帰着することとなる。つまり、自らに期待される適合を行つた者には要件や効果の点で優遇がなされ、それを行わなかった者は不利益を被るという取り扱いを通じて、国土整備へのインセンティブが土地所有者に与えられると考えられる。もっとも、ヴェスターマンは、この観点を補償請求権に関して指摘するのみであり、しかも特別の根拠を示していない。残念ながら、この点についての詳細にまで本稿は立ち入ることができなかった。

(163) 上の表現は Erman/Hagen, Rn. 1. 2749。

(164) Mittenzwei, aAO, S. 99f.

(165) Mittenzwei, aAO, S. 100f.

(166) Mittenzwei, aAO, S. 101. しかし、かかる指針の根拠については特段何も述べられておらず、やや説得力に欠けるようにも思われる。

(167) リーディングケースはライヒ裁判所一九三七年三月一〇日判決 (RGZ154, 161) である。事案は、被告グーテホフヌンク製鉄所からの煙や煤により農業収益および家畜に被害を受けたとして、原告農民が損害賠償請求をしたという内容である(本件では営業法二六条により事業の停止を請求することができないため損害賠償を請求した)。ライヒ裁判所は概要以下のように述べる。被告製鉄所からの作用は場所的慣行の土地利用から生じている(したがって原告農民はこれを受忍しなければならない)とはいへ、農業も当該地域においてその本来的な存在条件を見出しつつあるのであり、かかる農業が補償を受けることなく侵害され絶滅されるようなことは「民族共同体の思想」に反する。つまり、「隣人は相互に配慮し合わなければならない」という「相隣共同体関係」が語られる。そこで、製鉄所用地だけでなく農業地も場所的慣行であるとされる場合には、両者とも存在の資格を有しているのであり、「法秩序は両者のどちらにも存在条件を保障しなければならない」。したがって、「農業の存在条件を破滅させるに違いないような種類と程度での工場からの作用は、九〇六条の意味で適法であるとみなすことはできない。この場合、農民からの防御請求権は営業法二六条・一般工業法五六条によって排除されている。しかし、当該作用の違法性は、損害結果に対する賠償請求権という形で表現されなければならない」。もっとも、損害の全てを賠償請求できるわけではなく、損害の中でも「農業の存立を危険ならしめる」部分について加害者が負担するとした。ライヒ裁判所はこのように述べて、事件を控訴審裁判所に差し戻した。

そして、その後もこの判決に基づいて判例は展開された。判決例として、ライヒ裁判所一九三九年一月九日 (RGZ159, 129) 同一九四〇年一月四日判決 (RGZ162, 39) 同一九四一年四月二一日判決 (RGZ167, 14) 連邦通常裁判所一九五四年四月一四日判決 (JZ1954, 613) 同一九五八年七月九日判決 (BGHZ28, 110) 同一九五九年四月一五日判決 (BGHZ30, 273…後掲注 (20) 以下も参照) がある。なお、補償義務をめぐる議論およびその背景となった相隣共同関係理論については、沢井・前掲注 (1) 公害の私法的研究三七頁以下、東・前掲注 (1) 神戸一五卷二号三七三頁以下、中山・前掲注 (1) 〔「(一) 五七四頁以下 (とりわけ五九四頁以下) 参照。また、上記諸判決の紹介が各論文にある。

(168) ヴェスターマンは、この判決の事例、すなわち、密集地域における集約的に営まれる農業と高度に技術化した工業との紛争の処理を、「状況が変化した場合における判決と規範との関係に関する「古典的な事例」と評している (Westermann, Funktion, S. 1003)。

(169) Miltentzwei, aO, S. 100, なお、一九五九年の九〇六条の改正については、前掲注 (1) で掲げた諸文献を参照されたい。

(170) Miltentzwei, aO, S. 101.

(171) Miltentzwei, aO, S. 101. また、いかなるイミッシンオーンが「過度のイミッシンオーン」に該当するのかわという判断基準をめぐる議論に関しては、立法過程においてもこのような認識が見られる (Motive, aO, S. 267)。

(172) Miltentzwei, aO, S. 101; Westermann, Funktion, S. 1013.

(173) U. Diederichsen, Zivilrechtliche Probleme des Umweltschutzes, FS Schmidt (1976), S. 11f. なお、藤岡・前掲注 (46) 「(二)」判評二二八号一六頁以下もティーデリクセンの本論文に依拠して、相隣法が環境保全を達成するのにふさわしく形成されるかどうかを検討しており、本稿においても参照した。

(174) ティーデリクセンの引用はライヒ裁判所一九三六年七月二九日判決 (RG, JW1936, 3454) であるが、連邦通常裁判所も同様の理解を示している (判決例については Staudinger/H. Roth, Rn. 181)。

(175) Diederichsen, aO, S. 5.

(176) ミッテンツヴァイにはこの点が明確に現れており (Miltentzwei, aO, S. 101)。

(177) Erman/Hagen, Rn. 1; Hagen, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB als Muster-

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (一) (秋山)

lösung und Lösungsmuster-Rechtsfortbildung in mehreren Etappen, FS Lange (1992), S. 483.

(178) K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts (1987), S. 27ff.

(179) 沢井・前掲注(一) 公害の私法的研究六二頁以下、中山・前掲注(一)「発展(一)」民商七四卷二号一三七頁以下、大塚・前掲注(一)一二九四頁以下、神戸・前掲注(一)「(二)」五八四頁以下参照。

(180) したがって、被害を受けた隣人の過敏さや負荷能力は、それが被害地の土地利用における性格や用途として表現されていない限り、考慮されなければならない (MünchKomm/Säcker, Rn. 34.)。

(181) Erman/Hagen, Rn. 15.

(182) MünchKomm/Säcker, Rn. 35.

(183) Kleinlein, aO., S. 27.

(184) この点に関する重要な判決として、連邦通常裁判所一九九二年一月二〇日判決 (BGHZ120, 239) がある。本判決は、被告所有地(この土地はヒートアップ地図に登録されていた)の池に放たれた蛙の鳴き声により著しい侵害を受けたとして、隣地所有者たる原告が池の排水と損害賠償を、予備的に雄蛙の除去あるいは適切な侵害排除措置を求めた事案である。この判決については、下記(d)のハーゲンの見解および下記(e)で紹介する。なお、円谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座1総論』(日本評論社、一九九七年)一八八頁以下にも簡単な紹介がある。

(185) Motive, aO., S. 267. まず、いかなるイミッシオンが「過度のイミッシオン」として禁止されるべきかという議論の中で「イミッシオンの必然性は、異なった地域においてそれぞれ異なっていること、また時代的にも一定不変ではないこと、とりわけ産業の発展と共に変化することを、考慮しなければならぬ。:: 過度のイミッシオンの限界というのは、相違や変更に適合するようにある程度柔軟に決定されるべきである」とされた。その上で、「場所による相違を考慮すると、許容されるイミッシオンの範囲は場所的に伝統的とされていることから導かれる。その結果、場所的慣行に基づき甘受されるのが常であるとされるものが、許容されるものとみなされる。:: また、通常性(という概念: 筆者注)は、変化する諸事情と共に自ずから変化する、ある程度動的な調整器である」と述べられている。なお、上記3(4)も参照。

(186) それゆえ、九〇六条における「描写的な基準 deskriptiver Maßstab」(Kleindienst, aO., S. 27)であることは、「特質理論 Geprägetheorie」(MünchKomm/Säcker, Rn. 86)と呼ばれることがある。なお、前掲注(114)および(122)も参照。

(187) MünchKomm/Stäcker, Rn. 86.

(188) Kleinlein, aaO, S. 28; Diederichsen, aaO, S. 8; Motive, aaO, S. 267. 前述(4)(1)(3)した「立法者のモデル観念」である。

(189) Kleinlein, aaO, S. 28; Motive, aaO, S. 267. も、場所的慣行性が諸事情の変化と共に変動することを語っていた(前掲注(185)参照)。

(190) すべてを網羅することはできないが、しばしば引用される判決として以下のものがある。①連邦通常裁判所一九六二年五月三日判決(NJW1962, 1342——沢井・前掲注(一)公害の私法的研究一〇三頁以下も参照)。被告の建物取り壊し作業による騒音が原告商店の営業を侵害した事案。本判決では、建物取り壊し作業自体は場所的慣行の利用であるとされた。「場所的慣行性の概念は断固として確定されたものではなく、経済発展の諸要請に左右される。個別事例への場所的慣行性概念の適用に際しては、交通や技術の進歩および関係住民層の考え方にも配慮されなければならない。騒音を必然的に伴うとの理由で取り壊し作業が絶対的に禁止されてしまうとすれば、戦争で破壊された都市における経済的に是認しうる復興が不可能とされてしまうであろう。したがって、限定された期間、すなわち、元来の建物の取り壊し期間内においては、当該地域において通常かつ許容される程度を越えるような不可避的な騒音負担も忍容されなければならない」。もともと、本件騒音は、隣人の正当な利益に被告が配慮していれば回避できたであろう作用であるから、もはや適法とは評価されないとされた(この点は現行九〇六条によれば経済的に期待可能な防止措置の問題であるが、本事件は一九五九年改正以前のものであった)。②連邦通常裁判所一九六七年四月二八日判決(MDR1967, 913)。モーゼル川の拡張工事による騒音が原告のホテルを侵害したという事案。本判決では、①判決と反対に、拡張工事の場所的慣行性を否定した。「当部(連邦通常裁判所第五民事部；筆者注)も、九〇六条における場所的慣行性の判断が技術および経済の発展による諸事情や考え方の絶えざる変化を斟酌しなければならないこと、そして、以上のことが場所的慣行性概念の断固たる確定的な限界付けを妨げることを、誤解しているわけではない。しかし、本件の拡張工事は、継続的に行われるべき河川整備作業やより小規模の拡張工事と同列に扱うことはできず、態様や規模からしてこれらを越えるような比類のない措置である。したがって、かなりの騒音を伴う本件工事は通常の頻繁な措置とは言えないから、場所的慣行性ではないとされた。③連邦通常裁判所一九六七年五月一九日判決(BGHZ8, 3)。被告養豚場からの悪臭が問題となった事案である。判決は、場所的慣行性の判断に関する一般論として以下のように判示した。「一定の土地の利用が場所的慣行性であるか否かの認定は、法的に重要なあらゆる状況の包括的な認定として、基本的には事実としての性格を有している。…もともと、ある土地において特定の目的のために一

一般的に行使されている利用（本件では屠殺用の豚の育成）が、経営上の理由から従来とは異なるやり方で行われようになり、それによって、以前よりも侵害的もしくは強力な悪臭が排出されてしまう場合に、それだけで場所的慣行性が必然的に無くなってしまうわけではない。したがって、本判決は、経営上の理由から悪臭の度合いが強まるとしても、それに応じて場所的慣行性も変更しうることを肯定している。もともと、本判決の結論は、当該村落が住宅共同体 *Wohngemeinschaft* として高度に発展してきたことを主要な理由として、侵害的な事業態様は当該村落内においては通常の土地利用ではないと評価し、原告の不作為請求を認めたと。なお、この判決については、後掲注（199）も参照。

(191) このことを示す判決として、例えば連邦通常裁判所一九五九年六月一六日判決（NJW1959, 1632——沢井・前掲注（1））公害の私法的研究一〇三頁も参照）がある。この判決は、被告所有地のガレージと駐車場からの騒音と悪臭をめぐる事案である。本件ガレージが作用発生地における「場所的慣行の利用」と評価されるかどうかに関して、原告側はライヒガレージ令の諸規定に依拠することによって本件ガレージから生ずるイミッシオンが場所的慣行でない主張したのに対して、連邦通常裁判所は以下のよう述べた。「原告が本件ガレージとその作用を受忍しななければならないかどうかを確定するためには、このような被告の土地利用がかかる状況の土地における場所的諸関係に照らして通常の利用であるかどうかを審査しなければならない。その際、基準とされる比較地区における現実の一般的な慣行と住民の考え方が、決定的な基準である。したがって、関連する建築警察規定や都市建設規定は、…九〇六条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っても、…直接的に基準とはならない」と。本件のガレージは被告所有地の奥まった部分に建設されているところ、このような建設の態様が当該地区において通常の土地利用といえるのかどうか確定されなければならないとして、控訴審裁判所の判決を破棄差戻した。判決はさらに具体的なことを述べてはいないが、おそらく、かかる建設態様の判定において当該地区における「住民の考え方」が考慮されることになろう。なお、前掲注（190）に掲げた諸判決でも、一般論としては「住民の考え方」に言及がなされている。もともと、その具体的な内容を見ると、どちらかといえば交通や経済の発展の要請に重きが置かれているように思われる（とりわけ①判決）。

(192) *MunchKomm/Säcker, Rn. 91.; Fehn/Laschet, Die Bestimmung der Ortsüblichkeit im Sinne des § 906 BGB, UPR1998, S. 7.* なお、連邦通常裁判所一九六七年五月一九日判決（BGHZ48, 31（32）——前掲注（190）および後掲注（191）参照。さらに、連邦通常裁判所一九六七年三月二二日判決（BGHZ48, 46）は、場所的慣行性が変化したことを理由として土地所有者の受忍すべきイミッシオンが増加することを認めた上で、このことは「法律上で規定された所有権の内容規定および制限規定の枠内でも忍容

されなければならぬ」と述べて、取用の成立を否定している。

(59) Uwer, aaO., S. 322.; P. Marburger, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, Gutachten C für den 56. DJT (1986), S. 111ff.; 藤岡・前掲注 (49) 「1」判評1218号 一六頁以下も、ディーデリクセンの見解に依拠して同様の指摘をしている。

(60) Uwer, aaO., S. 321ff.; J. Schapp, *Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht* (1978), S. 62. は、「ライヒ裁判所は、営業法二六条に基づく補償請求権を審査する際には、産業に有利に、ほとんど全ての工場が場所的慣行とみなされるほどにまで、九〇六条に基づく場所的慣行性のメルクマールを解釈した」とする。なお、大塚・前掲注 (1) 法協一〇四卷九号 一一九九頁参照。

(61) MünchKomm/Stäcker, Rn. 35f.

(62) ROTH, aaO., S. 924, Fn. 18.

(63) この判決については、相隣的共同体関係理論への関心に基づくものではあるが、沢井・前掲注 (1) 公害の私法的研究八六頁以下、東・前掲注 (1) 神戸一五卷二号三八〇頁以下にも紹介がある。類似の判決については、Schapp, aaO., S. 63ff.

(64) RGZ159, 129 (137ff.).

(65) ①傍論としてはあるが、連邦通常裁判所一九六七年五月一九日判決 (BGHZ48, 31—前掲注 (90) 参照) は、「ある土地において特定の目的のために一般的に行使されている利用 (本件では屠殺用の豚の育成) が、経営上の理由から従来とは異なるやり方で行われようになり、それによって、以前よりも侵襲的もしくは強力な悪臭が排出されてしまう場合に、それだけで場所的慣行性が必然的に無くなってしまいうわけではない」(BGHZ48, 31 (32)) と述べている。②連邦通常裁判所一九六七年二月二日判決 (BGHZ49, 148—後掲注 (234) 参照) も、連邦道路からの騒音が争われた事案において、「古くから設置されている、地域の中心部における通過交通を伴う道路においては、いずれにせよ道路沿いの住人は、増加した道路交通騒音による本質的な侵害についても通常は金銭補償を請求できない。…かかる地域においては通常は前もって、交通の増大とそれに伴う侵害の不可避的な増大とが予期されていなければならないこと、また、交通と侵害の増大は現代国家における技術発展と必然的に結び付き、不利益だけではなく利益も住民にもたらしており、この不利益と利益との等価性をそこから直ちに剝奪することはできないこと、(このような理由から、控訴審裁判所のこの点についての判断は正当である…筆者補足)」(BGHZ49, 148 (151)) とした。もともと、本判決で

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (一) (秋山)

は、損害賠償を例外的に生じさせる特殊事情についての審査がなされていないことを理由として、破棄差戻の判決が下された。

(200) この判決に注意を促すのは、Pfeffer, aO., S. 35f. である。

(201) 神戸・前掲注(一)「(一)」都法二六卷二号六一五頁も参照。

(202) BGHZ30, 273 (279).

(203) この判決当時の九〇六条（一九五九年改正前）は、「土地の所有者は、ガス・蒸気・臭気・煙・煤・熱・騒音・振動および他の土地からくる類似的作用が、自己の土地の利用を侵害していないかもしくは非本質的にしか侵害していない場合、あるいは、このような状況の土地における場所的諸関係によれば通常とされる他の土地の利用によって生じている場合には、これらの作用を禁止することができない。特別の導入による侵入は許されない」（傍点筆者）と規定していた。もっとも、表現は異なっているが、現行九〇六条の場所的慣行性概念と変わらないとされている。

(204) BGHZ30, 273 (278). 控訴審裁判所は、原則論のみに依拠して、当該地域における他の工場を観察してみても硫酸酸化物や塵によって被害地への本質的な侵害が生じている場合には、被告の土地利用についても場所的慣行性が認められると判断していた。これに対して、連邦通常裁判所は、場所的慣行性概念の解釈について本文で述べた態度を示した上で、控訴審裁判所の判断を破棄し、この点について再度審査させるために事案を控訴審裁判所に差し戻した。

(205) Staudinger/H. Roth, Rn. 200. このような場所的慣行性概念の制限が立法者のモデル観念の修正として理解されていることについては、ミッテンツヴァイの見解（下記③）を参照。

(206) Pfeffer, aO., S. 37f.

(207) 連邦通常裁判所一九六七年五月一九日判決（BGHZ48, 31）および連邦通常裁判所一九六七年二月二二日判決（BGHZ49, 146）を参照されたい。これらの判決については既に紹介した（前掲注（199））。

(208) Roth, aO., S. 921ff. 中山・前掲注（一）「発展（二）」民商七四卷四号六〇三頁も参照。なお、ロートの見解は、これまで人格権および人格的利益への保護の拡大に関する議論として紹介されることが多かった（例えば、中山・前掲注（一）「発展（三）」完」民商七四卷六号九二八頁、大塚・前掲注（一）法協一〇四卷九号一二三三頁以下参照。すなわち、一〇〇四条における保護を、所有権だけでなく生命・身体・健康、さらには包括的な人格の保護にまで拡大するという主張（Roth, aO., S. 925ff.）の部分である。

- (20) Roth, aAO, S. 923.
- (21) Roth, aAO, S. 925.
- (211) ロートのこの叙述は、明確には示していないが、場所的慣行性要件における根本思想（相隣空間の統一的な利用可能性）ないし立法者のモデル観念（利益と不利益との自動的な調整）を修正することを意図しているものと思われる。この点については、ミッテンツヴァイの見解（後述②）を参照。
- (212) Roth, aAO, S. 924.
- (213) Mittenzwei, aAO, S. 101. また「ミッテンツヴァイは、「公共適合性」という表現を「環境適合性 Umweltverträglichkeit」と言い換えていることもある。この「環境適合性」の審査は近時、連邦イミッシオン防止法上の要許可施設の手続など行政官庁による諸手続の一部として、個別法の中に組み込まれるに至っている（さしあたり、クラウス・フィードラー（藤原静雄訳）「環境適合性審査に関する法律」自研七四巻五号（一九九八年）二五頁以下参照）。
- (214) ドイツ法におけるイミッシオン差止の人格権的構成および環境権的構成に関する議論については、東孝行『公害訴訟の理論と実務』（有信堂、一九七一年）三二〇頁以下、中山・前掲注（一）「発展（三・完）」民商七四巻六号九二六頁以下、藤岡・前掲注（46）「（二）」判評二二八号一七頁以下、大塚・前掲注（一）「法協一〇四巻九号一三二二頁以下を参照されたい。もっとも一〇〇四条および九〇六条に基づく物権的請求権による法律構成が通説であり、これらの法律構成は少数説にとどまっている。ミッテンツヴァイ自身も、環境権については「その確固たる輪郭を持った射程範囲について依然として発展がなされるべき」と述べづゑ（Mittentzwei, aAO, S. 101.）。
- (215) Mittenzwei, aAO, S. 101.
- (216) Mittenzwei, aAO, S. 102.
- (217) Kleindienst, aAO, S. 26. 連邦通常裁判所も同様のモデル観念に依拠していることは前述した（前掲注（138）参照）。
- (218) Kleindienst, aAO, S. 26f.
- (219) Mittenzwei, aAO, S. 102. 上の点について若干付言しておく。①原則としては市町村地域全体が基準とされている。しかし、同一の場所的状况の中で同種の利用がなされているために、他の都市部とは明確に区別されるようなその地区特有の特性が現れている場合には、当該地区のみが基準とされる。したがって、市町村の特定の地区のみが比較対象となりうる。②他方、地域を

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）（秋山）

またがる交通設備（アウトバーンや鉄道など）からのイミッシオンの場合には、比較対象とされる地区が市町村地域を越えて拡大される。すなわち、交通という性格からして、多かれ少なかれ広範な地域が包括され、また、比較的広大な空間を計画付ける必要性が存することに鑑みると、交通上開発されるべき空間全体の諸事情が場所的慣行性の判断材料とされている。それゆえ、かかる場合には、場所的慣行性の概念は「国土的慣行性 Raumbündlichkeit」の概念にまで拡大されている。③また、単独の事業であっても、それがその地域の特性を形成することもありうる。結局、場所的慣行性の判断に際して比較の対象とされる地区は、それぞれの事件の事情に応じて画定されているのである。なお、それぞれの場面について多数の判例が出されているが、本稿の問題関心との関係で逐一扱うことは避ける。とりあえず、Kleinlein, aaO, S. 28; Mittenzwei, aaO, S. 102; Staudinger/H. Roth, Rn. 183 以下およびそのに掲げられた諸判決参照。

(220) Staudinger/H. Roth, Rn. 195. 一九五九年判決（前掲注（200）以下参照）以前にも、例えば、連邦通常裁判所一九五四年一月二十九日判決は、被告の工場だけが極めて有害な二酸化硫黄を排出している場合には、たとえその地域において同種の工場が他に管まれているとしても、被告の工場について場所的慣行性を認めることはできないとした（BGHZ15, 146 (149)）。もっともこのように細分化して考察する態度に対しては、実務における場所的慣行性の評価をますます困難にしてみましたのではないかと懸念も出されている（Fehn/Laschet, aaO, S. 8）。

(221) Kleinlein, aaO, S. 28.

(222) Mittenzwei, aaO, S. 102. ゼッカーはこれを三つの事例類型に整理している（Staudinger/H. Roth, Rn. 202）。①連邦イミッシオン防止法の価値判断からは以下の原則が見出される。すなわち、直接に健康を危殆化するイミッシオン、それどころか生命をも脅かすイミッシオンは、たとえその他の点において場所的慣行性の基準を満たしているとしても、被害地所有者によって受忍される必要はない。後述のディーデリクセンは、基本的にこのような考え方に依拠している（Dieterichsen, aaO, S. 9）。②イミッシオンが隣人の場所的慣行の土地利用を絶対的に不可能とさせている場合には、作用発生地の場所的慣行性は否定されるべきである。③土地利用が場所的慣行であっても、作用発生者の行為自体が違法である場合には、その行為から生じる侵害を場所的慣行とみなすことはできない。

(223) Mittenzwei, aaO, S. 102.

(224) Mittenzwei, aaO, S. 102. 水管理法、原子力法、植物保護法、廃棄物処理法、連邦イミッシオン防止法などを具体的に挙げ

ている。これらの諸法律の出発点は、一九七一年一〇月一四日連邦政府環境プログラムの目標設定であるという。なお、このプログラムはその後の連邦政府における環境政策の基礎を形成し、今日でも基本的に維持されている（この点については、高橋正徳「ドイツにおける協働的環境保護」室井還暦『現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）一五〇頁以下参照）。

(225) Mittenzwei, aaO, S. 99.

(226) Mittenzwei, aaO, S. 104.

(227) Mittenzwei, aaO, S. 105.

(228) Erman/Hagen, Rn. 20.

(229) Diederichsen, aaO, S. 7.

(230) Diederichsen, aaO, S. 8.

(231) 連邦イミッシオン防止法一条「本法の目的は、人、動物および植物、土壌、水、大気、文化財ならびにその他の財産を有する環境作用から保護することであり、要許可施設が問題となる場合には、その他の方法で惹起された危険、重大な不利益および重大な負荷からもそれらを保護して有害な環境作用の発生を防止することである。」

(232) 民法典における単なる所有および占有の保護だけでなく、「人間、動物、植物、およびその他の物」も保護されている。

(233) Diederichsen, aaO, S. 8.

(234) ディーデリクセンはここで連邦通常裁判所一九六七年一月二二日判決 (BGHZ49, 148) を引用しているので、この判決について言及しておく。本判決は、道路からの騒音によって健康被害を受けたとする原告が、被告連邦共和国に対して補償を求めた事案である。判決は、「通常に反して当該侵害を例外的に期待不可能とさせるような特別の事情」が原告側の家屋に存在しているならば、当該侵害は期待不可能であるゆえに補償請求権が認められるとした上で、ディーデリクセンが述べているように、「もっとも、健康に対する侵害も、それが近隣への道路交通の影響を通じて現代国家の今日の任人一般に不可避免的に課される程度を越えている場合のみ、考慮されうる」としたのである (BGHZ48, 148 (152))。もっとも、判決の結論としては、「特別の事情」（本件では地形の都合から道路側に応接室や寝室を設けざるを得なかったという事情）についての控訴審裁判所の審理が不十分であるとして破棄差戻となったことに注意を要する。すなわち、控訴審裁判所がかかる事情を原告側の領域に属することであるとしたり、連邦通常裁判所は、この点についての利益調整は「衡平の観点に基づいて個別事例の全ての事情を考慮して」行わ

れるべきであると述べた上で、「例えばその特別な侵害が、被害者側における当該特別の事情の生成（本件では家屋の建設と取得）の際には全く予見できず、また極めて高度な侵害に達してしまった場合には、その特別な侵害の範囲が被害者の領域に起因しているという事情があっても補償請求権を妨げる必要はない」としたのである。つまり、健康に対する侵害という部分では補償にかんりての絞りがかけられているが、「特別な事情」に関しては、それが被害者側の領域のものであっても場合によっては補償請求権が認められる余地があり、その意味では被害者に有利とも評価できる。したがって、ディーテリクセンの主張は、健康に対する侵害の法的な扱いに関する部分については異論はないが、この判決全体の理解としては若干疑問が残るようにも思われる。

(235) Diederichsen, aO., S. 9. 'ブアーにも同様の考えが見られる (Baur, aO., S. 318.)'。

(236) H. Hagen, Probleme und Erfolge richterlicher Rechtsfortbildung im privaten Immissionsschutzrecht, UTR21 (1993), S. 55; Erman/Hagen, Rn. 15, 20. 'H. P. Westermann, Das private Nachbarrecht als Instrument des Umweltschutzes, UTR11 (1989), S. 116f. 'ホーマンの見解に賛成して'。

(237) Erman/Hagen, Rn. 15; Hagen, aO., UTR21 (1993), S. 58f.

(238) G. Gaertsch, Sportanlagen in Wohnbereich, UPR1985, S. 203, Fn. 13. 'これに関する判決が網羅されている'。

(239) Gaertsch, aO., S. 204. 'も同様に「合理的な平均人」を基準とするならば一定の騒音は日常生活に当然に属するものであるがゆえに、「相互寛容の命令」の下で受忍されなければならないとする。そして、騒音負荷の重大性を判断する際には「一定の社会的な寛容や受容も考慮されるべきであり、少なくとも「人間の一定の共同生活をまさに甘受させるような寛容が前提とされなければならない」と述べている。'

(240) '両概念が統一して用いられるべきことについては既にヴェスターマンによっても指摘されていた (Westermann, Funktion, S. 1022ff.) が、その後、連邦通常裁判所と連邦行政裁判所の判例においても同一の結論に達している。'

時期的に先行するのが、連邦行政裁判所一九八八年四月二九日判決 (NJW1988, 2396) である。消防器具倉庫の屋根に取り付けられた火災警報サイレンからの騒音に対して、原告が公法上の防衛請求権を主張したのが本件事案である。原告の住宅に対する騒音が期待可能なものかどうか、つまり原告によって受忍されるべきかどうかに関して、控訴審裁判所は連邦イミッシオン防止法二二条を援用し、結論的には訴えを退けた。これに対する上告理由の中で、原告は、騒音侵害の期待不可能性の限界を決めるにあたって、九〇六条一項の方が連邦イミッシオン防止法二二条よりも被害者に有利であるとして、九〇六条の適用を主張した。こ

れに對して、連邦行政裁判所は以下のように述べた。「連邦イミッシオン防止法三条一項および二二条一項の意味における、近隣にとつて重大な騒音負担たるもの、つまり有害な環境作用たるものは、九〇六条一項の意味で隣地の利用を重大に侵害する騒音作用でもある。反對に、連邦イミッシオン防止法三条一項および二二条一項の意味において重大でなくしたがって有害な環境作用ではない騒音は、九〇六条一項の意味で本質的な侵害ではない。私イミッシオン防止法と公イミッシオン防止法がイミッシオンに對する受忍義務の限界を定めるために、したがって、近隣に對するイミッシオンの適法性・違法性を定めるために用いている基本的な基準、つまり、九〇六条一項における本質性と連邦イミッシオン防止法三条一項および二二条一項における重大性を、異なつて解釈する根拠は何ら存在しない。公法規定は民法規定と同程度に基本法一四条一項二文の意味における私的所有権の内容と制限を決定しているだけに、土地利用およびその境界越的な作用に関して、上のような異なつた解釈をすることはまず正当化されなくなる。…環境条件の改善の要求を伴つた最近の法典である連邦イミッシオン防止法が、その三条一項、五条一項一号および二二条において、九〇六条一項の本質性基準よりも作用発生者にとつて気前の良い基準を設定しようとしていた、との前提にも何ら根拠がない。むしろ、両概念の内容的な同一性を当初から前提としえないならば、連邦イミッシオン防止法の方がより厳格な基準を設定したと仮定するべきであろう。そして、かかる厳格な基準を設定したということは、九〇六条一項における本質性概念の解釈に對して何らの効果も及ばさないとすることはありえないであろう。なぜなら、評価的に補充されるべき概念たる本質性は、公法における評価を考慮することなくして解釈されるべきではなく、このことには疑いが生じえないからである」(NJW1988, 2396 (2397))。

連邦行政裁判所はこのように述べて、九〇六条における本質性概念と連邦イミッシオン防止法における重大性概念とが一致することを示した。連邦通常裁判所も、その後の判決で連邦行政裁判所の判断に追隨している。被告賃貸地における祭りの騒音が争われた連邦通常裁判所一九九〇年三月二三日判決 (NJW1990, 2645) は、「九〇六条一項の意味における本質的な騒音イミッシオンは、連邦イミッシオン防止法三条一項および二二条一項の意味における重大な騒音負荷および有害な環境作用と一致している。私イミッシオン防止法と公イミッシオン防止法が受忍義務の限界を定めるために用いている基本的な基準、すなわち、前者における本質性と後者における重大性を、異なつて解釈する手がかりは何ら存在しない」(NJW1990, 2465f.)として、上記連邦行政裁判所一九八八年判決を引用している。

(24) Erman/Hagen, Rn. 15.

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (一) (秋山)

- (242) その後の、青少年キャンプ場からの騒音について争われた連邦通常裁判所一九九三年二月五日判決 (BGHZ121, 248 (255))
でもこの基準が継承されている。
- (243) BGHZ120, 239 (255)
- (244) Staudinger/H. Roth, Rn. 159, Hagen, aaO, UTR21 (1993), S. 56.
- (245) Erman/Hagen, Rn. 15. 「本質的な侵害」要件における「合理的な平均人」という基準は、土地所有者の社会的拘束に関して連邦通常裁判所により確立された「理性的で分別ある所有者」という基準とも合致していることが指摘されている。すなわち、土地所有権が社会的拘束を負担するかどうかを判断するに際しては、「理性的で分別ある所有者」であれば当該土地の位置関係と環境状況に配慮して自発的に一定の土地利用を控えたであろう場合には、かかる状況を条件とする負担が土地に課され、土地所有者は一定の利用を差し控えなければならない、とされている (BGHZ105, 15 (18))。 「状況拘束性 Situationsgebundenheit」論と呼ばれるのがこれである。一方は隣人間でのイミッシオン紛争の処理であるのに対して、他方は土地利用に対する社会的な制限の場面であり、両者は場面こそ異にしている。しかし、どちらにおいても規範的な意味合いを含んだ「所有者」モデルが判断基準として設定されていること、とりわけ九〇六条における「本質的な侵害」要件の判断基準がかかる「所有者」モデルに接近しつつあることは、柔軟な紛争処理の達成という点で極めて興味深いように思われる (Erman/Hagen, Rn. 15.)。 もっとも、紛争の柔軟な処理という観点からの両者の比較は、筆者の今後の課題としたい。 状況拘束性論に関する邦語文献として、遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、一九七六年) 二一〇頁以下、広渡清吾「土地所有権の概念と法的規制」渡辺洋三『稲本洋之助編「現代土地法の研究」(下)』(岩波書店、一九八三年) 四〇七頁以下、金谷重樹「ドイツ損失補償法理の展開(その一)」帝塚山学院短期大学研究年報二八号(一九八〇年) 八頁以下、高橋寿一「所有権制限法理の展開——西ドイツにおける近年の所有権概念の変遷をふまえて——」一研九卷二号(一九八四年) 六一頁以下、藤田宙靖「西ドイツの土地法と日本の土地法」(創文者、一九八八年) 一一三頁以下、西楚章「損失補償の要否と内容」(一粒社、一九九一年) 五九頁以下、角松生史「憲法上の所有権?——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後——」東社四五巻六号(一九九四年) 二〇頁以下などがある。
- (246) Erman/Hagen, Rn. 20.; Hagen, aaO, UTR21 (1993), S. 57f. これらの判決については、神戸・前掲注(一)「二・完」都法二七卷一―三五頁、三八六頁にも紹介がある。
- (247) BGHZ38, 61 (62ff.). 本判決におけるもう一つの重要な判示事項として、一九五九年九〇六条改正後の相隣共同関係理論

の扱いにも言及されている。この点に関しては、神戸・前掲注(一)「一・完」都法二七巻一号三五五頁以下参照。

(248) Meisner/Stern/Hodes/Dehner, aaO., S. 345.

(249) Baur, aaO., S. 319; Uwer, aaO., S. 334.

(250) 連邦イミッシオン防止法五〇条「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」

(251) 同法四一条一項「公道、並びに、鉄道、磁気浮上式鉄道および市街鉄道の建設または本質的な変更に際しては、五〇条とは別に、技術水準に照らして回避可能な交通騒音による有害な環境作用がこれらにより惹起されなことを確保しなければならない」

(252) 同法四一条二項「前項(同法四一条一項;筆者注)の規定は、防止措置の費用が追求される保護目的と均衡しない場合には適用されない」

(253) 同法四二条「(一)前条の場合において、四二条一項一文二号に基づく法規命令において定められたイミッシオン限界値を越えている場合には、侵害を受けた建造施設の所有者は、維持費負担者に対して金銭による適切な補償を請求することができる。ただし、当該建造施設の特別な利用ゆえにこの侵害が期待可能である場合には、この限りではない。:(以下省略)」

(254) BGHZ64, 220 (226) したがって、従来の判決(例えば連邦通常裁判所一九六七年二月二二日判決(BGHZ49, 148) ; 前掲注(199)②判決)によれば、交通イミッシオンの受忍を理由とする九〇六条二項一文に基づく補償はその侵害が特別に重大である場合に例外的に認められるにすぎないとされていたが、かかる従来の判決は原則として変更される(BGHZ64, 220 (222))。そして、本判決は、新たに設置された道路および本質的に変更された道路については、連邦イミッシオン防止法四二条に基づく補償請求権を認める。この補償というのは、被害地において必要とされた防音設備のための補償が原則であり、騒音によって生じた土地の価値の低下に対する補償は、防音設備が有効な策とならない場合あるいは不相当な費用を伴う場合に限られるとした(BGHZ64, 220 (228ff.))。

(255) 円谷・前掲注(184)一八八頁以下が、この判決における公法上の基準値・限界値と民法上の規定との関係に関する部分について紹介している。

(256) BGHZ120, 239 (255)。もっとも、本件騒音は基準値を大幅に越える強大なものであったため、「環境保護思想に心の開かれた

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(一)(秋山)

合理的な隣人にとっても、…睡眠時間に対する著しい侵害は衡平上期待されえない」と認め（BGHZ120, 239 (256)）、原告の10〇四条および九〇六条に基づく不作為請求権が認容された。なお、「合理的な平均人の感覚」という基準については、上述のハーゲンの見解（上記④⑤）も参照。

(257) MünchKomm/Säcker, Rn. 91.

(258) Soergel/J. F. Baur, Rn. 91.

(259) OLG Schleswig NJW-RR 1986, 884 (886). なお、結論としては、原告に生じた侵害が本質的な侵害といえるのかも疑わしく、また、本質的な侵害であるとしても、本文で述べた通りその侵害は場所的慣行の利用から生じており、かつ、被告側に経済的に期待可能な防止措置も認められないとして、結局、原告の不作為請求権は認容されなかった。

(260) 判決例を見ても、居住者ないし生業者たる原告側と事業者たる被告側という対立図式がほとんどを占めている。このような対立図式では、本判決とは異なり、むしろ原告側が環境保護に奉仕することになろう。

(261) ヘルベルト・ロートはこの基準があまりにも不明確であると批判し、事例類型として理解すべきことを主張している（Staudinger/H. Roth, Rn. 201. なお、この事例類型については前掲注(222)参照）。また H. P. Westermann, aO, S. 121. が主として相隣法に基づく訴訟の問題点を考慮して批判的な態度を示す。一つは「環境適合性」という基準を採用した場合において、もし個々の土地に対する侵害ではなく「環境に対する」侵害の期待可能性が訴訟において判断されることになれば、それは必然的に法的安定性を害することになるのではないとの懸念である。もう一つは、「環境適合性」審査という形式で諸々の論点を一つの訴訟手続にまとめてしまうことも、進歩とは言えない。というのも、それぞれの法的手続きにはそれぞれ異なる関係者や手続資格があり、それぞれ事実認定や予測の重要性も異なっており、また、異なった争訟手段が用意されているからである。

(262) もっとも、このような評価的な観点の導入に批判が全くないわけではない。ヘルベルト・ロートは、連邦通常裁判所一九九三年二月五日判決（BGHZ121, 248…前掲注(242)）の評釈で以下のように述べている。評価的な観点を導入することによって、妨害者に有利な根拠があれば常にイミッシオンによる侵害が非本質的と評価されてしまう恐れがある。また、社会的に望ましいとされる行為であっても原則として、場所的慣行性を基礎付けることはできないし、当該侵害の本質性を否定することもできない。むしろ、社会的な評価というものは、例外的な事例でのみ、本質性に関する判断基準に流れ込むことが許される、と（JKR1994, S. 65.）もっとも、この批判も、評価的な観点の導入自体を否定しているわけではなく、導入される評価的な観点の内容について慎

重でなければならぬ(さもないと作用発生者に有利になる恐れがある)との意味であると解される。

(263) Hagen, aO., UTR21 (1993), S. 55ff.; Uwer, aO., S. 322, 333f. さらには、九〇六条は、通風妨害などの消極的イミッシオン、あるいは、一〇〇四条および九〇三条によれば許容されないにもかかわらず事実上防御不可能な諸作用など、本来の適用対象ではないイミッシオン紛争にも準用されるに至っている。つまり、「イミッシオンに対する責任についての包括的な要件」へと九〇六条が発展したことになり、このような側面においても、九〇六条の意義は環境保護のために根本的に変化しているのである(Uwer, aO., S. 333; H. Versen, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, UTR25 (1994), S. 10ff (16), 21f.; Hagen, aO., UTR21 (1993), S. 53ff.; ders, aO., FS Lange (1992), S. 495ff.)。もちろん、このようにして拡大された九〇六条の解決モデルにこの検討は、今後の課題とせざるを得ない。

(264) Westermann, Funktion, S. 1021.; Schulte, aO., JZ1984, S. 298.

(265) Schapp, aO., S. 34.

(付記一) 脱稿後に、ネガトリア請求権との関係でBGB九〇六条の立法過程にも言及する、川角由和「ヨホウ物権法草案以降におけるネガトリア請求権規定(一〇〇四条)形成史の探求」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九九年)四一九頁以下に接した。「産業育成優先主義」とも言うべき社会的モメントが立法過程において顧慮されていたとの指摘は、本稿にとっても興味深い指摘である(本論第二節二3(4)における立法者の意図の分析を参照)。しかしながら、川角論文の成果を今回の執筆部分に反映させることはできなかった。

(付記二) 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による研究成果の一部である。