

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(四)

——ドイツ相隣法の考察——

秋山靖浩

序論

第一節 日本法における問題状況

第二節 問題意識と検討対象

本論 ドイツ法

第一節 関連規定の概観

第二節 BGB九〇六条の機能

一 所有者間の利益の調整

二 国土整備に対する機能

三 BGB九〇六条の限界

第三節 民法上の請求権と都市計画との関係

一 序論——問題点の確認および検討の視点

二 判例

三 学説における議論

1 学説の概要

2 根本的な対立点——パピアーとハーゲンと

の論争から——

3 学説の展開 (以上七五卷二号)

4 考察

四 小括 (以上本号)

第四節 ドイツ法の総括

結び——日本法への示唆も兼ねて——

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(四)(秋山)

本論 ドイツ法

第二節 民法上の請求権と都市計画との関係

三 学説における議論

4 考察

以上の学説の展開を踏まえて、ここでは、いくつかの観点から学説を整理し考察することとしたい。

(1) 九〇六条の解釈と建設計画法との連携

まず何よりも、学説の展開から読み取ることのできる最も重要なことは、九〇六条の解釈と建設計画法との連携という道筋とそのためが必要とされる諸条件である。これまで叙述したところを振り返りつつ、重要な指摘について改めて考察しておきたい。

(a) 連携の道筋

前述のように、判例の考えによれば、Bプランが法的に問題のない場合であっても、そのBプランに適合してなされた利用が民法上の防御請求権によって禁止されるといった事態が起こりうる。そこで、学説においては、この

よるなBプランの規制の阻害といった事態を回避し、Bプランを貫徹させる必要がある、と理解されていた。さらに、このような問題意識は、「相隣私法と建設計画法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」の一環として位置付けられた(以上については上記3(1)参照)。

かくして、学説は、九〇六条において民法上の防御請求権の成否を判断する際にも、以上の点に配慮しなければならぬと考えている。そして、構成の差——Bプランの私法形成効かそれとも九〇六条の場所的慣行性の形成か——こそあるものの、Bプランの指定に対応するような形で民法上の防御請求権を解釈しようとしているのである。したがって、このような問題意識とそれに対する対応を捉えるならば、学説の動向は、「九〇六条の解釈と建設計画法との連携」(ここで言う「九〇六条の解釈」は関連する範囲内で二〇〇四条にも及ぶ)を旨とするとして理解することができる。しかも、Bプランに適合した利用が民法上の防御請求権を通じて再度停止されなければならないという意味では、Bプランの内容に従う形で両者の連携が目標とされていると言えよう。その結果、Bプランの指定が実現される反面として、それを阻害するような民法上の防御請求権の行使は排斥されることになる⁽¹⁾。

ここで注目に値するのは、判例に批判的な論者だけでなく、判例の考えを基本的に支持する論者の中でも、かかる連携の必要性が指摘されていることである。確かに、判例も、Bプランの指定は場所的慣行性の「手がかり」になる(しかし単なる「手がかり」にすぎない)と理解しており、その点では連携を無視しているわけではない。しかし、このような判例の考えに忠実な——したがって連携を格別に指摘しない——論者は、今日では少数にとどまっている。むしろ、上述のハーゲンの見解に示されているように、積極的に連携を指そうとする態度が顕著に見られるところである⁽²⁾。このような傾向を見るならば、判例の考えに一定の欠陥があることが分かると同時に、今後は

九〇六条をBプランの指定内容に接近させて解釈すべきことが推進されており、かかる連携の道筋を一層明確に確認することができる。

なお、以上の連携に関連して注意すべきは、相隣私法と建設計画法とが相互に独立して並存していること、したがって一方の他方に対する一般的な優先関係が否定されていることを前提として、両者の連携が目指されていることである。したがって、両者の並存関係を前提とした上で、それに伴う諸々の弊害を回避するために、上述の意味での調和・連携がまさに求められている。

(b) 連携の条件——二つの方向性

しかし、学説においては、以上のような連携の道筋が何らの留保もなく主張されているわけではない。というのも、民法上の防御請求権の成否をBプランの内容に対応させるにあたって、学説では二つの具体的な方向性がある論拠として強調されていたからである。したがって、かかる二つの方向性は、九〇六条の解釈と建設計画法とを連携させ合うための諸条件を明らかにしているものと解される。

学説が示したのは、第一に、Bプランの指定の具体化を目指す方向性、第二に、建築利用令一五条に基づく「精密な制御」の可能性を重視する方向性である。それぞれについて考察していくことにしよう。

① 第一の方向性に関する考察

まず、第一の方向性、すなわち、Bプランの指定の具体化を目指す方向性である。

この方向性は、本来的には、Bプランに私法形成効を認めようとするパピアーによって示されたものである。そもそもパピアーの見解によれば、Bプランがその効力として民法上の防御請求権を排除できると解されるから、九

○六条の解釈と建設計画法との連携（厳密には後者による前者の排除）が当然になされるはずである。しかし、このような解釈に対しては、Bプラン策定時点で既に十分に認識可能な利益だけしか計画衡量に含められないこと、個々の土地の具体的な利用から生ずる侵害まではBプラン策定時に評価することはできないこと、などの批判が提起されていた（ハーゲンによる批判について上記2(1)(b)参照）。そこで、パピアーは、Bプランの指定が具体化されている場合に限ってBプランの私法形成効が認められるとして、Bプランの効力を限定したのである。

もつとも、計画指定の具体化という方向性自体は、スポーツ施設からの騒音を題材として、一般的にも認識されているところである。「スポーツの種類、スポーツ施設の種類の程度の詳細な決定、立地の精確な指示、および、スポーツ結果騒音の判定を含むスポーツ騒音の性格を厳密に定めることなくしては、利用をめぐる紛争を分析することは通常不可能であろう」と考えられる⁽³⁾。そこで、市町村としては、Bプランの中で当該施設につき具体的な指定を行うことによつて、その施設をめぐる生じうる紛争（例えば騒音の発生）をより明確に予測することができるし、かつ、この紛争に対する具体的な対処も可能となる。そして、このことは、民法上の防衛請求権の判断にとつても有益である。というのも、上記のような具体化を通じて、計画により生ずる隣人の受忍義務がいかなる範囲にまで及ぶのかが明らかにされ、さらには、当該施設の実現をむやみに挫くような隣人の行為を防止することにもなるからである⁽⁴⁾。

また、以上にも関連して、計画上での紛争の処理が強調されることもある⁽⁵⁾。確かに、個別の建設許可手続においては、建築利用令一五条が補充手段として用意されている（下記2参照）。しかし、建築利用令一五条が存在するからといって、Bプラン策定時に衡量事由（建設法典一条五項参照⁽⁶⁾）がそれほど審査されなくても良いというこ

とはならない。むしろ、Bプラン策定の際に、当該指定に基づき許容されようとする施設が近隣地区へ影響をもたらしうることが認識されうる限り、このことは計画上の衡量に含められるべきであり、それに応じた計画指定の手法が行われるべきである。⁽⁷⁾ 仮にBプランがこれを行わない場合には、衡量の瑕疵ゆえに無効とされる、と指摘されている。⁽⁸⁾

このように、第一の方向性は、計画指定の具体化を図ることによって、計画策定の際の衡量過程を充実させ、的確な計画判断を行おうとしていると言えよう。つまり、衡量に際して、潜在的に起こりうるイミッシオン紛争をよりの確に予測・処理し、それを通じて隣人の受忍義務の範囲をも明確化する——他方では計画の安定性を確保する——ことが、決定的に重要とされているのである。

ところで、第一の方向性に対しては、以下の疑念がしばしば提起されている。すなわち、民法上の防御請求権が排斥されるかどうかを計画指定の具体化に応じて決定することについて、「個別事例における利益衡量が、いつ誰に対して、民法上の防御請求権を排除するのに十分具体的と言えるのか」を画定することは実践上困難なのではないか。⁽⁹⁾

しかし、かかる疑問に対しては、以下の二つの点で反論しうる。

第一に、かかる疑問は、そもそもBプランの指定の具体化に反対する趣旨とは捉えられない。むしろ、画定の困難な「具体化」をBプランの私法形成効という(強い)効力と結び付けていることに対して、つまり、計画指定が具体化されていればそれだけでBプランにあまりにも強力な効力が付与されることに対して、批判が向けられていくと解される。⁽¹⁰⁾ それゆえ、問題とされるのはBプランの私法形成効という命題であって、計画指定の具体化という

方向性までも否定するものではないと言えよう。⁽¹¹⁾

第二に、画定の可能性については、Bプランの策定された地区（とりわけ住居地区）におけるスポーツ施設の許容性に関して行われてきた分析が、参考となりうるであろう。

建築利用令によれば、同令所定の一定の建築地区においては「スポーツ目的のための施設」が許容される、と定められている。⁽¹²⁾しかし、これは、スポーツ施設であれば何でも許容されるという意味ではない。スポーツ施設の建設と利用が許容されるかどうかは、それぞれの建築地区の利用目的との関係で相関的に判断されるべきである、と解されている。つまり、スポーツ施設は、地区類型的なものでなければならぬ。近隣への騒音負担に関しても、「指定された地区の利用目的に反するような騒音負荷を類型的に生じさせない」施設だけが、許容されることになる。⁽¹³⁾例えば、一般住居地区においてはスポーツ施設は一般的に許容されている（建築利用令四条二項三号）ので、サッカースタジアムなど、当該地区における住民の要請を越えるような大規模なスポーツ施設であっても、原則として建設・利用が許されている。しかしながら、一般住居地区は「主として居住に奉仕する」地区としての特性を有している（同一項）ため、当該スポーツ施設がかかる目的に反しあるいはかかる目的を著しく害しうるような場合には、このスポーツ施設は排除される、と解されている。⁽¹⁴⁾

したがって、地区の類型を越えるようなスポーツ施設を建設する場合には、単なる建築地区の指定だけでは許容性は付与されない。当該スポーツ施設について明確な用地指定が必要とされるのであり、具体的には、スポーツ施設のための公共用地指定（建設法典九条一項五号）、⁽¹⁵⁾イミッシオン防止のための防護用地指定（同二四号）、当該施設に到達するために必要とされる交通用地指定（同一一号）などが活用される。その際には、当該施設から近隣に

生じうる負荷についても明らかにされなければならない、という⁽¹⁶⁾。

以上の分析が示しているように、スポーツ施設が建設計画法上許容されるかどうかについては、それぞれの建築地区の特性に従う形で、一般的な建築地区の指定で足りる場合——すなわち地区類型的な施設の場合——と具体的な指定まで要求される場合とが区別されてきている。もちろん、かかる分析は、あくまで建設計画法上での許容性を対象としたものにすぎず、上記疑問（「民法上の防衛請求権を排除するのに十分具体的といえる」場合を画定するのは困難ではないか）の直接的な回答とはならない。しかし、少なくともかかる分析によるならば、計画指定の具体化が要請される場面というのを画定することはある程度可能なのではないか、と推測されうる。

結局、上記の疑問も、Bプランの指定の具体化という第一の方向性自体を決定的に揺るがすものではない。したがって、スポーツ施設につき具体的な指定が必要であるとの認識が上述のようにたびたび強調されていることをも併せ考えるならば、計画策定に際しては、指定の具体化という形で衡量を精緻に行い、将来起こりうるイミッシオン紛争をきめ細かく予測・処理することが求められている。

② 第二の方向性に関する考察

次に、第二の方向性、すなわち、建築利用令一五条に基づく「精密な制御」の可能性を重視する方向性を見てみよう。

ここで各論者に共通しているのは、第一の方向性のような、Bプラン策定時における衡量の精緻さや予測の厳密さをそれほど志向していないことである。ドルデラーが述べているように、「計画レベル」では「多かれ少なかれおおざっぱな、利用の平面的な配分」しかなされていない、と端的に理解されている。その点では、Bプラン策定

に際してなされる衡量の意義と射程には限界があると見ていることになる（上記3(3)の諸見解参照）。したがって、第二の方向性は、計画指定の具体化という第一の方向性を否定する趣旨ではないにせよ、かかる方向性だけでは九〇六条の解釈と建設計画法との連携を正当化することはできない、と考えていると言えよう。

そこで、第二の方向性は、Bプラン策定時以後の、個別の建設起業案を対象とした「建設許可手続」、なかんずく建築利用令一五条による審査に注目している。

建築利用令一五条には、以下のような意義が認められる⁽¹⁷⁾。確かに、Bプランは一定の建築地区の指定を行うことによって建築利用の種類を決定しており、個々の利用はこれを遵守しなければならない。しかし、ここでは、一定の枠組みが示されるだけである。そのため、各建築地区において定型的に許容されている利用を全て認めてしまつたならば、結果として、当該建築地区の一般的な用途や計画主体の計画観念に適合した建築地区が展開されなくなるおそれもある。そこで、「建設行為 Baugeschehen」を制御するための手段⁽¹⁸⁾が必要とされる。つまり、審査対象の起業案が、抽象的に見れば（すなわち当該建築地区において許容される施設についての一般規定から見れば）当該建築地区の類型に割り当てられていても、具体的な状況から見れば当該地区の「特性」——これは多様な要素により決定される——に反している場合には、建設許可官庁は個別事例において計画法上の理由から許可を拒絶することができる、としたのである。その結果、当該地区になじまない施設あるいは当該地区にとって有害な施設の建設を、防止する作用を果たすことになる。建築利用令一五条は、個別的な建設許可に関わる一般条項という形式で、まさに以上のような可能性を提供している。

しかも、ここで重要なのは、かかる建築利用令一五条に基づく審査の一類型として、「建築地区の特性に照らし

て（受忍させるのが）期待不可能な負荷もしくは侵害」が当該起業案から建築地区もしくはその近隣に対して生じていないかどうか、という点も審査対象とされることである（同条一項二文）。その点で、建築利用令一五条ではイミッシオン防止にも目配りがなされている⁽¹⁹⁾。

このような意義からすれば、建築利用令一五条に基づく審査では、個々の事例における現実の諸事情とその特殊性にも焦点を合わせて、「個別事例の観察」が行われている。したがって、各論者は、以上のような建築利用令一五条の意義を捉えて、イミッシオン防止に関して九〇六条におけると同程度の個別具体的で精密な制御が建築利用令一五条を通じて行われている、と考えているのである。それゆえ、ある建設起業案がBプランに適合しており、さらに建築利用令一五条の審査もクリアーしている場合、かかる個別具体的で精密な制御を経ていることに鑑みれば、当該起業案の実現が民法上の防御請求権によって禁止されるという結論を直ちに導くことはできないことになる。換言すれば、かかる建築利用令一五条に基づく「精密な制御」の存在が、民法上の防御請求権とBプランの指定との関係を考える上で大きな影響力を及ぼしており、民法上の防御請求権の成立を限定する方向に作用していると言えよう。

その際に特に注意を要するのは、建築利用令一五条の審査がイミッシオンに関する適切な予測を前提としていくことである。このことから、建築利用令一五条における審査の実質的な内容——すなわち九〇六条におけると同程度の個別具体的で精密な制御——が重要視されていることが良く分かるであろう。それゆえに、予測が不適切な場合、特に事後になって予測に反するようなイミッシオンが生じる場合には、上の意味の前提が崩れることになり、したがって、第二の方向性も正当化されないことになる。これは、後述するように、民法上の防御請求権の

役割が表面化する一場面である（下記(3)参照）。

ところで、以上の第二の方向性についても、疑問が生じないわけではない。

まず何よりも、解釈の構成の問題が挙げられうる。というのも、論者の中では、ある起業家が建築利用令一五条の審査もクリアした場合に、当該起業家が九〇六条の意味の（具体的な）場所的慣行性を満たすと構成する者（ビルク、ハーゲン）と、Bプランが民法上の防御請求権を排除する効力を備えると構成する者（ドルテラー）とに分かれるからである。もつとも、この点についての厳密な議論はなされていないようであり、ここで両者の構成の当否を考察することは難しい。

しかし、民法上の防御請求権の解釈とBプランの指定との連携が必要であるとの認識の下、九〇六条の場所的慣行性概念が継続発展してきたことに鑑みて、有効なBプランが建築利用令一五条と結び付いて九〇六条の場所的慣行性概念を共同決定する、という見解が学説において多数を占めていることは、一つの——あくまで手がかりではないが——判断材料となろう。また、実践可能性の点から見ても、判例の傾向として場所的慣行性概念がますます「評価的」「規範的」な観点を強調して解釈されてきたこと（本論第二節二五参照）からすれば、前者の見解（場所的慣行性を形成するとの構成）を判例の解釈に接合させるのは容易であろう。⁽²²⁾ それどころか、近時の連邦通常裁判所の判決では、従来の立場——場所的慣行性概念は原則として現実の諸事情に基づいて決定されるとの解釈——を維持しつつも、この見解へ接近しようとする理解さえ（傍論ながら）示されている（下記(4)(b)）。その意味では、今後において実践に移される可能性も期待できるだろう。以上の点からすれば、前者の、場所的慣行性概念の形成を介する見解の方が、解釈論⁽²³⁾としてはおそらく一般的な支持を受けているものと思われる。

もつとも、かかる見解に対しても疑問が提起されている。⁽²⁴⁾ この見解は、場所的慣行性概念がBプランの指定をも考慮して「規範的に強化」されるべきと主張している(ハーゲンの見解に顕著である)。しかしながら、このような「規範的な場所的慣行性概念」へと移行することは、その「規範」の内容次第では環境保護を減少させる恐れもあり、いずれにせよ一定の概念上の不透明さを避けられないのではないかと。

しかしながら、その論者自身も認めているように、かかる疑問も決定的なものではない。概念の不透明さに関して言えば、第二の方向性は、建築利用令一五条に基づく具体的な許容要件を援用することで、場所的慣行性概念を「強化」する際の判断基準を明確化している。したがって、上記疑問は当てはまらない。また、環境保護の面では、計画により惹起されたイミッシオン状況の悪化によって被害を受ける者を保護するために、場所的慣行性概念の解釈にあたって、新たに入植する施設や事業に対して一層厳しい環境保護措置を要求すれば良いであろう。⁽²⁵⁾

結局のところ、上記の疑問も、第二の方向性を否定するまでには至らない。したがって、九〇六条の解釈と建設計画法との連携を達するにあたっては、建設許可手続における建築利用令一五条に基づく個別審査、つまり、九〇六条におけると同程度の個別具体的で「精密な制御」が、その条件とされているのである。なお、最後に注目しておくべきは、解釈の構成の問題こそ残るものの、この第二の方向性が学説の幅広いアプローチから評価されていることである。このことから、民法上の防御請求権の解釈とBプランの指定との関係を考える上で、建築利用令一五条の存在が大きな手がかりを示していることが窺えよう。

③ 二つの方向性の相互関係

このように、学説においては、九〇六条の解釈と建設計画法とを連携させるための条件として、二つの方向性が

提示されている。

もっとも、この二つの方向性は並列して示されているわけではない。上で紹介した各論者は、それぞれどちらか一方の方向性を示しているにすぎないからである。そうすると、九〇六条の解釈と建設計画法とを連携させるにあたって、この二つの方向性は相互にどのように位置付けられるのだろうか。どちらか一方の方向性だけが求められれば良いのか。

しかし、筆者の見るところ、この二つの方向性は両立して追求されるべきもののように思われる。ここでは、以下の二点を指摘しておきたい。

第一に指摘されるべきは、シンクの見解である。⁽²⁶⁾ 彼の見解は二つの方向性を取り入れている点で、上記疑問に答えるための拠り所となりうる。

シンクは、Bプランが所有権の内容・限界を規定する規範であることを根拠に、Bプランが私法（ここでは九〇六条）に対しても影響を及ぼしており、それゆえに「Bプランの指定が民法において場所的慣行性の徴表として引用され」うる、とする。したがって、基本的には、ビルクやハーゲンと同様、「九〇六条の意味における場所的慣行性概念がBプランによって（も）決定される」という。

シンクの見解の独自なところは、Bプランに具体的な指定が含まれている場合とそうでない場合とで、かかる「徴表的な意義」に区別を設けていることである。

Bプランに具体的な指定が含まれている場合には、格別の根拠を示すことなく、「このことが九〇六条の意味における場所的慣行性概念にとって原則として基準となる」とする。したがって、Bプランの具体的な指定内容が、

そのまま場所的慣行性の形成に反映される。このような原則的な基準性を覆すのは、「Bプランが無効であるとの証明」だけである。

他方、Bプランに具体的な指定が含まれていない場合、例えば、建築利用令所定の一般的な建築地区を指定するにとどまっている——スポーツ施設の立地や具体的なスポーツ活動の種類について何ら言明していない——場合には、「所有権の内容・限界の概略が決定されているにすぎず、建設許可手続において一層の具体化を必要とする」。そこで、ビルクと同様の認識が示される。すなわち、Bプランは場所的慣行性を抽象的に決定しているにすぎないため、場所的慣行性を決定する際の「重要な手がかり」とはなるものの、「場所的慣行性についての最終的な判断までもがBプランを通じて行われているとは言えない」。Bプランは、文字通り「徴表的な効力」を有するにすぎない。

そこで、後者の、Bプランに具体的な指定が含まれていない場合に限って、上述の第二の方向性と同様、建築利用令一五条に基づいて補正がなされる。「Bプランと共に建築利用令一五条に基づいて許可の適性ありとされたものは、通常は九〇六条の意味における場所的慣行でもある」。その結果、「建設許可が有効なBプランに基づいており、かつ、建築利用令一五条の適正な適用の下で、とりわけ適切な騒音予測をもって、スポーツ施設の許容性につき判断が下された場合には、このことは相隣私法にとっても拘束力を有する」という結論が導かれる。⁽²⁷⁾

このように、シンクは、民法上の防御請求権がBプランの指定に従って排除されることを正当化するため、Bプランに具体的な指定が含まれている場合には「Bプランの指定」だけで足り、そうでない場合には「Bプランの指定十具体的な建設許可」を持ち出しているのである。したがって、このようなシンクの見解からは、第一の方向性

(計画指定の具体化)と第二の方向性(建築利用令一五条に基づく「精密な制御」)が場面に応じて相互補完的に作用していることを⁽²⁸⁾、読み取ることができるとはなからうか。少なくとも、二つの方向性を並存するものとして理解することは可能であろう⁽²⁹⁾。

第二に指摘されるべきは、計画指定の具体化と建築利用令一五条の「精密な制御」というそれぞれの方向性が異なる次元において要求されていることである。このことは、第一の方向性——計画指定の具体化——の考察においても若干ながら言及されていた(上記(1)(b)①参照)。ベルケマンの指摘によれば、「建築地区の特性に応じてスポーツ施設を分類・画定すること」(これは計画指定の段階で行われる)と「スポーツ施設からの具体的な侵害や負荷に応じてスポーツ施設を分類・画定すること」(これは建築利用令一五条一項二文の適用に該当する)は、区別することができるといふ。したがって、「過酷な利用紛争を、建築利用令一五条一項を指摘して建設許可手続に委ねてしま(30)う」のは誤っており、侵害・負荷をめぐる利用紛争が計画自体の中でも十分に解決されなければならない、としている。このような指摘によれば、建築利用令一五条の存在だけを強調することは妥当でなく、むしろ計画段階における紛争処理——計画指定の具体化はこれに役立ちうる——にも適切な意義と機能を認めて、これら両者が共働してイミッシオンをめぐる紛争を解決していかなければならないことにならう。

以上見てきたところからすれば、Bプランの指定の具体化という方向性(第一の方向性)と建築利用令一五条に基づく「精密な制御」という方向性(第二の方向性)は、両立しうるものとして理解することができる。少なくとも、どちらか一方だけで十分であるとは到底言えない。その意味では、他方との相互関係をにらみつつ、両者の方向性を包括的に把握しておく必要がある。したがって、民法上の防御請求権の解釈とBプランの指定との連携を

図るにあたっては、この二つの方向性が相互補完的な形で並存的に要求されると見るべきであろう。依然として未解明の点は残るものの、⁽³¹⁾本稿では一応このような理解を示しておきたい。

(c) まとめ

結局、以上の考察によれば、結論はこうなるであろう。学説においては、九〇六条の解釈と建設計画法との連携を進め、その結果として民法上の防御請求権の成立を狭めるべきことが求められている。もっとも、強調しておくべきは、そのためには二つの条件を満たさなければならぬとされていることである。一つは、Bプランの指定が具体化されていること、もう一つは、建築利用令一五条に基づく「精密な制御」を経ていること、である。その際、この両条件の關係については、どちらか一方だけが追求されるべきものではなく、両条件を並存するものとして理解することが可能である。

(2) 根本的な対立点に対する対応

ところで、パピアーとハーゲンとの論争によれば、それぞれの論拠をめぐって、三つの点で根本的な対立点が存在していた。すなわち、第一に、BLプラン策定における衡量の意義と射程をどう理解するか、第二に、ある起業案がBプランにおいて許容されている場合の、計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性とをいかに關係付けるか、第三に、計画判断に必然的に伴う「予測リスク」に対してどのような対応をするか、である。そして、これらの対立点が結論の根拠付けにも大きな影響を及ぼしているだけに、この点について説得力ある説明をすることが求められている（以上については上記2参照）。

それでは、学説において示された上述の二つの方向性は、これらの対立点についていかなる対応をとっているの

であろうか。

(a) B Lプラン策定における衡量の意義と射程（第一の対立点）

学説の第一の方向性が、まさにこの対立点に回答するものである。

既に見たように、B Lプラン策定時になされる衡量の際に、被害者たる隣人の私益もほとんど衡量に含められることは、一般的に認められている。しかし、問題とされていたのは、民法上の防御請求権の排除という結論を導きうるほどに、衡量が個別具体的になされているかどうかであった（上記2(1)参照）。

そこで、第一の方向性は、計画指定の段階において、建築利用令所定の一般的な建築地区の指定にとどまらず当該施設についての具体的な指定を要求し、そのことによって計画策定時の衡量の精緻さを確保しようとしている。そして、以上を満たしている限りで、民法上の防御請求権の排除が正当化されるというのである。

したがって、このような点からすれば、第一の方向性は以下のように捉え直すこともできる。すなわち、民法上の防御請求権の解釈とBプランとの連携を達するにあたって、Bプランの指定に具体化を要求することによって、計画策定過程（とりわけ、衡量の段階）の中で、問題解決を図ろうとする立場である、と。

(b) 計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性（第二の対立点）

他方、学説の第二の方向性は、この対立点について説明を与えるものと考えられる。

上述のように、Bプランにおいてある起業案が許容されていることが、当該起業案のイミッシオン防止法上の適法性に直結するわけではない。反論するパイパー自身もこのことは認めているだけに、この点について一層的確な説明が求められていた（上記2(2)参照）。

そこで、第二の方向性は、以下のようにして、計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性とを関連付けようとする。ある施設の建設・利用が許容されるかどうかについて、Bプランの計画指定の段階では、単に概括的な利用区分しかなされていらない（「一般的な場所的慣行性」しか決定されていない）ため、計画法上の適法性は担保されているとしても、イミッシオン防止法上の適法性は未だ最終的に判断されていない。むしろ、かかる判断を担当しているのは、建設許可手続における建築利用令一五条一項に基づく「精密な制御」である、と。そして、この「精密な制御」をクリアーすることを条件として、九〇六条の意味の場所的慣行という評価（「具体的な場所的慣行性」）が当該施設に与えられる。それゆえ、この段階に至って初めて、ある施設について計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性とが共に備わることになる（もちろん九〇六条の他の要件もクリアーしていることが前提であるが）、とする。

したがって、かかる第二の方向性を捉え直すならば、個別の建設起業案を対象とした建設許可手続の段階での「精密な制御」が重視されていると言えよう。この点で、計画策定過程を重視する第一の方向性とは問題解決の場が異なっている。しかし、いずれにせよ、民法上の防御請求権の解釈とBプランとの連携を図っていこうとする点では、第一の方向性とも共通している。

(c) 「予測リスク」への対応（第三の対立点）

最後に、第三の対立点たる「予測リスク」への対応であるが、この点は民法上の防御請求権に残された役割とも大いに関係している。そこで、以下の項（③民法上の防御請求権に残された役割）において言及することとしたい。

(3) 民法上の防御請求権に残された役割

これまで見てきたように、学説においては、Bプランの指定に従う形で民法上の防御請求権を排除する（ないしは排除しやすくする）傾向が顕著であり、また、このような傾向に進むべきことが強く主張されている。それでは、このような傾向の中で、民法上の防御請求権には依然としていかなる役割が残されているのであろうか。ここでは、以上の点を確認しておきたい。かかる作業は、換言すれば、民法上の防御請求権が依然として存在するとされる場面、すなわち民法上の防御請求権の解釈とBプランとが連携しない場面（ないしは連携すべきでない場面）を、探ることにもなろう。

(a) 活用される場面

民法上の防御請求権が活用される場面は、主として以下の四つの点に見出されうる。

第一に、民法上の防御請求権の排除という上述の結論は、そもそも、かかる民法上の請求権によってBプランの指定の実現が阻害されてはならないという考慮に基づくものである。したがって、施設の利用停止といった手段以外の、侵害の時間的制限や建築上の侵害防止措置などは、要求されても構わないということになる。そこで、隣人には、九〇六条二項一文に依拠して、経済的に期待可能な防止措置を作用発生者に請求する可能性が残されている。⁽³²⁾かかる請求権は「限定された防御請求権」と理解されており、その意味では、民法上の防御請求権の役割が防止措置の要求という限定的な形で残されている。⁽³³⁾

第二に、民法上の防御請求権が排除されるためには、Bプランが有効であること、および、作用を発生させている利用がBプランの指定に適合していること、以上が前提とされている。⁽³⁴⁾したがって、Bプランの有効性自体が承認されない場合、とりわけ、BLプランが衡量原則（建設法典一条六項）に違反すると評価される場合には、Bプ

ランは無効となるため、民法上の防御請求権の排除を語ることはできない⁽³⁶⁾。また、Bプラン自体は有効であるが、作用発生者の土地利用が計画に適合していない場合、例えば、当該利用が計画の指定内容を越えている場合なども、同様である。このように、計画自体の有効性や計画への適合性という段階において、既にチェックがなされるのである。そして、これらを満たしていない場合、九〇六条の解釈と建設計画法との連携の基盤がそもそも成立しておらず、民法上の防御請求権がBプランの指定に従って解釈されることはない。それゆえ、状況次第では、民法上の防御請求権の成立は広く認められることになろう。

第三に、九〇六条の解釈とBプランとを連携させるための上記条件が満たされていない場合である。まず、第一の条件を満たしていない場合、すなわち、Bプランにおける指定が十分に具体化されていない場合が挙げられる。かようなBプランは、たとえ上述の第二の場面には該当していない(つまり、Bプランの有効性自体は否定されず、また作用発生地の利用もBプランに適合している)としても、民法上の防御請求権を排除するには不十分とされている。次に、第二の条件を満たしていない場合、すなわち、当該利用が建築利用令一五条の審査をクリアしていない場合——この場合は建設許可も受けられないであろう——が挙げられる。かかる利用は九〇六条において場所的慣行との評価を得られなくなるため、かなりの場面において(つまり当該作用による侵害が非本質的にすぎないと評価されない限り)、隣人から民法上の防御請求権の行使を受けるであろう⁽³⁷⁾。いずれにせよ、以上の条件が満たされていない場合、九〇六条の解釈と建設計画法との連携は破られ、民法上の防御請求権はBプランの指定内容とは無関係に(あるいはせいぜいBプランを単に「手がかり」として)解釈されることになる。そして、九〇六条の他の要件を満たす限りで民法上の防御請求権が成立し、これによって紛争の処理がなされる。

第四に、連携のための上記条件を満たしている場合であっても、「予測リスク」への対応策として民法上の防御請求権の役割が残されていることが最も重要である。

もちろん、Bプランの策定時および建築利用令一五条の審査時には、イミッシオンについての再審査可能で適切な予測がなされていなければならない。しかし、予測判断である以上、予測されなかった事態が現実に生じること、つまりイミッシオンについての予測が不適切であることは、必然的に避けられない。そもそも行政庁は予測の範囲内で考慮を行っているにすぎず、それゆえ、予測されないことは判断の対象にもなっていない、とさえ言えるだろう。⁽³⁸⁾しかし、このような「予測リスク」を隣人に一方的に移すことは許されず、法的な「アフターケア」を施す必要がある。⁽³⁹⁾民法上の防御請求権は、既存施設からの排出に対する事後的な抑止手段として、まさにかかる任務を担うものとして位置付けられている。⁽⁴⁰⁾

具体的には、計画において混合地区と指定された地区が実際には純粋な住居地区としての建築状況を呈している場合など、現状の建築状況がBプランの指定と根本的に乖離してしまった場合が指摘されている。このような場合は、上述の「予測リスク」が顕在化したものと言えよう。それゆえ、論者によれば、民法上の防御請求権の成否を判断するに際しては、Bプランの指定ではなく、むしろ現実の建築状況を基準として判断がなされなければならない⁽⁴¹⁾、とされている。したがって、かかる場面では、Bプランの指定内容に従って直ちに民法上の防御請求権が排除される（ないしは九〇六条の意味の場所的慣行性が認定される）ことにはならない。その結果、民法上の防御請求権の認められる余地が相当に広がり、それゆえに、民法上の防御請求権に紛争処理が委ねられることも多くなるであろう。

ここで注意しておくべきは、相隣私法における隣人保護の手法一般に目を向けても、公法上の手法と比べて利点があると考えられていることである。公法においても「アフターケア」の必要性は認識されており、例えばイミッシオン防止法上でも、管轄官庁がイミッシオン防止に関して事後的に命令を発する制度(連邦イミッシオン防止法一七条および二四条)や連邦イミッシオン防止法の許可の取消(同法二二条)が用意されている(上記2(2)(a)および同(3)(a)参照)。しかし、これらの手法は多かれ少なかれ管轄官庁の広範な裁量の留保に服しており、それゆえ、管轄官庁の積極的な介入を求めることは通常難しい。⁽⁴³⁾ 相隣私法は、まさにこのような場面で隣人の助けとなる。つまり、「公法によって開かれてしまった、現状の保護における欠缺へと流れ込んで、官公庁の裁量の留保を克服している」のである。⁽⁴⁴⁾ したがって、官公庁の裁量にとらわれることなくイミッシオン防止に寄与できる点で、相隣私法における手法は、より有意義な機能を有することができる。

(b) まとめ——二つの意味

以上のように、おおむね四つの場面において民法上の防御請求権が依然として行使されうる。これらは、全体として見るならば、九〇六条の解釈とBプランとを連携させるための基盤や条件が整っていない場面を示していると言える。もっとも、ここには、さらに二つの意味が見出されるように思われる。

一つは、かかる場面において民法上の防御請求権が当然に、残存することを示す、という意味である。これは、第一・第二・第三の場面である。まず、第一の場面は、そもそも連携を要する場面ではない。次に、第二の場面は、連携のための基盤(Bプランの有効性およびBプランへの適合性)さえもがそもそも成立しておらず、民法上の防御請求権が排除されないのは当然である。最後に、第三の場面についても、九〇六条の解釈とBプランとを連携させ

るための二つの条件が満たされていない場合の、当然の帰結が示されている。かかる場面では、九〇六条の解釈とBプランとを連携させることはできない（また連携させてはならない）ため、民法上の防御請求権はBプランの指定内容と無関係に——したがって主として現実の諸事情を基準として——解釈される。その結果、その都度の状況に応じて民法上の防御請求権が成立し、これを通じて紛争の解決が図られることになろう。

もう一つは、反対に、民法上の防御請求権が成立することを積極的に示す、という意味である。第四の場面によれば、Bプランの有効性とBプランへの適合性が前提とされ、かつ九〇六条の解釈とBプランとの連携のために必要とされる二つの条件が（少なくとも形式上は）満たされているから、本来であれば民法上の防御請求権は排除される方向に傾くはずである。しかし、それにもかかわらず、かかる場面においては、隣人の過度の負担にならないような形で「予測リスク」へ対処することをより一層重視して、民法上の防御請求権の成立が認められている。ここでは、確かに、建築利用令一五条の審査の前提——イミッシオンに関する適切な予測——が成立していないという一面があり、そもそも連携の基盤や条件を満たしていない（その点では前述の一つ目の意味が当てはまる）とも言えよう。しかし、他面では、予測リスクへの対処という特定の目的を示すことによつて、民法上の防御請求権の意義が積極的に表現されているとも言えよう。そして、少なくとも学説の指摘を見る限りでは、民法上の防御請求権に残された役割として、まさに後者の意味の積極的な側面が強調されている（上記3(3)のハーゲンおよびドルデラーの見解を参照）。つまり、連携の傾向が肯定され一層進められるとしても、それに伴う「予測リスク」へも適切に対応することが必要であること、その際に民法上の防御請求権が（公法上の手法と比べても）一定程度の有意義な役割を担うことができること、以上が明らかにされているのである。

(4) 近時の判例・立法の動向

これまでの考察を通じて、学説においては、九〇六条の解釈と建設計画法との連携が目指されていること、そのために二つの条件が要求されていること、しかし依然として民法上の防御請求権の活動領域が残されていること、以上が明らかとされたであろう。そこで最後に、補足としてではあるが、学説におけるかかる傾向が近時の立法や判例の中でも見られることを確認しておきたい。このことは、学説における傾向を別の側面から裏付けることにもなる。

(a) 立法における動向

まず、立法における特徴的な動向としては、第一八次連邦イミッシオン防止法施行令⁽⁴⁵⁾(スポーツ施設騒音防止令：以下ではこの名称を用いる)を挙げることができる。

さしあたり、スポーツ施設騒音防止令の概要を見ておこう。

従来、スポーツ騒音の測定と評価をめぐっては、市町村においても裁判所においても法的不安定が生じていた。というのも、騒音をも含む「有害な環境作用」の規制について、かかる不特定の法概念を具体化するような規制値が定められておらず、しかも、スポーツが社会的な機能を有しているにもかかわらず、スポーツ騒音は他の営業騒音などよりも厳格な規制に服するとされていたからである。⁽⁴⁶⁾このような法状況の中で、連邦政府は、スポーツ活動の要請とスポーツ施設の近隣住居における静穏の要請との紛争を和らげるために、スポーツ施設騒音防止令を公布した。

スポーツ施設騒音防止令は、連邦イミッシオン防止法二三条一項に基づく法規命令である。連邦イミッシオン

ン防止法二三条一項によれば、連邦政府は、(同法上の)許可を不要とする施設の建設・性状・操業が、大衆もしくは近隣を有害な環境作用から保護しかつ有害な環境作用に対して予防措置を施すために一定の要件を満たさなければならぬことを、法規命令の形で定めることができる⁴⁷⁾とされている。スポーツ施設騒音防止令は、この規定に基づいて一九九一年七月二六日に公布された。その内容としては、スポーツ施設に関する特別なイミッシオン防止基準値が設定され(二条)、さらに、騒音防止のために、スポーツ施設操業者により講じられるべき様々な措置(三条)および管轄官庁の取りうる付款・命令や操業時間指定(五条)などが定められている。

さて、かかるスポーツ施設騒音防止令において注目されるのは、同令が相隣私法と相隣公法との調和傾向を継続していくための道のりを示している、との分析がなされていることである。ゼッカーの指摘を素材としてこの点を見ていこう。

第一に、ゼッカーは、基本的な態度として、スポーツ施設騒音防止令におけるイミッシオン基準値の決定の仕組みに着目する。

スポーツ施設騒音防止令によれば、イミッシオン基準値は、原則としてBプランにおける建築地区の指定に基づいて決定される(スポーツ施設騒音防止令二条二項⁴⁷⁾)。したがって、このようにして設定された基準値は、当該地区の計画上での状況を考慮したものとなっている。もっとも、Bプランの指定があらゆる場合に形式的に反映されるというわけではない。現実の建築利用がBプランにおいて指定された建築利用と著しく異なっている場合には、当該地区につき計画上予定された建築の発展を考慮しつつも、現実の建築利用の方が基準とされる(同二条六項三文)。このように、スポーツ施設騒音防止令は、第一次的には計画上での状況を出発点とした上で、現実と計画と

が著しく異なっている場合に限って現実を基準としている。

そこで、ゼッカーは、スポーツ施設騒音防止令のかかる判断構造を捉えて、以下のように評価する。かかる判断構造は、一方では法的安定性を保証すると同時に、他方では個々の事例における正当性をも担保しうる。それゆえ、九〇六条に基づく隣人の受忍義務とBプランとの関係を考える上でも、かかるスポーツ施設騒音防止令の判断構造に依拠すべきである。すなわち、原則としては計画上での状況を基準としつつ、例外的な場面——つまり現実と計画との著しい乖離の場面——では現実を基準とすべきである、⁽⁴⁸⁾と。

第二に、それでは、以上の基本的な態度が、九〇六条のどの要件に反映されることになるのだろうか。スポーツ施設騒音防止令は、九〇六条一項二文の意味の「法規命令」とみなされている。⁽⁴⁹⁾そして、同規定によれば、当該スポーツ施設騒音がスポーツ施設騒音防止令に定められた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」とされる。⁽⁵⁰⁾したがって、イミッシオン基準値およびそこに反映された計画上の指定は、九〇六条における本質性の判断に関わることになる。

しかし、ゼッカーは、スポーツ施設騒音防止令の基準値を通じて本質性が判断される際に、既に場所的慣行性の視点も含まれていた、とする。場所的慣行性という要件はそもそも、精密な制御を行うための手段であり、個々の事例における特別な諸事情を判断に取り込めるようにするものである。⁽⁵¹⁾ところが、スポーツ施設騒音防止令も既にこの点に配慮していた。なぜなら、上述のように、イミッシオン基準値の決定にあたっては、当該地区における土地の計画上での状況（すなわち計画指定）に依拠しつつも、計画と現状が乖離する場合には現状を考慮することが認められているからである。つまり、基準値の選択の際に、土地の状況——ここには計画上のそれも現実のそれ

も含まれる——を考慮することによって場所的慣行性も判断されていたのである。そうすると、「スポーツ施設騒音防止令を適用した後は、場所的慣行性を審査する余地は残っていないことになる」⁽⁵²⁾。

したがって、ゼッカーによれば、「(スポーツ施設騒音防止令の)基準値は、本質性および場所的慣行性について判断を下していなければならぬ」(傍点強調は原著者)という結論になる⁽⁵³⁾。そこで、この基準値と隣人の受忍義務との関係について、具体的には以下のようになる。まず、イミッシオン値が超過されている場合には、原則として九〇六条の意味の本質的であつて場所的慣行の侵害が存在する。作用発生者が別段の証明(当該侵害がそれにもかかわらず非本質的である、あるいは本質的だが場所的慣行であるとの証明)をしない限り、隣人はかかる侵害を受忍する必要はない⁽⁵⁴⁾。他方、イミッシオン値が遵守されている場合には、当該侵害が本質的なものかどうかについてなおも判断が必要とされるものの、隣人は少なくともこの侵害を受忍しなければならないという結論が導かれる⁽⁵⁵⁾。

以上見てきたように、ゼッカーは、九〇六条の解釈とBプランとの調和・連携を進めるにあたって、スポーツ施設騒音防止令を手がかりとして論を展開している。この指摘からは、スポーツ施設騒音防止令がかかる調和・連携の道筋を先取りしていること、そしてまさに立法上でもかかる調和・連携が目指されていることが、理解できよう。加えて、ゼッカーによれば、イミッシオン基準値の決定過程には、九〇六条における場所的慣行性の判断と同様の構造(すなわち個別事例を対象とした個別具体的な制御)が見出されている。この点では、九〇六条の解釈と建設計画法との連携のために必要とされる第二の条件が、スポーツ施設騒音に関するイミッシオン基準値の決定の仕方を題材として実証されていると言える。いずれにせよ、ゼッカーの分析によるならば、スポーツ施設騒音防止令という限られた領域であるとはいえず、そこには上述の学説におけると同様の傾向を見て取ることができる。

(b) 判例における動向

次に、近時の連邦通常裁判所の判決にも、学説におけると同様の傾向を認めることができる。ここでは、連邦通常裁判所一九九八年一〇月三〇日判決(NJW 1999, S. 356)を見つみよう。

本判決の事案は以下の通りである。被告Yは自己の土地上で牛・豚の飼育をしていた(この点については官公庁に より許可を受けていた)が、その事業の拡張を意図し、牛小屋を豚小屋に改築して飼育能力を増加させた。これに 対して、近隣に居住する原告Xは、Yの豚小屋から耐え難い悪臭が生じていることを理由として、養豚事業の禁止 (予備的には補償の支払い)を求めた。なお、Yは、許可を受けずに事業拡張を行っていた。その後、Yは利用変更 許可の申請を行ったが、市町村がこれについて承諾を与えなかつたため、許可官庁(郡庁)はこれを拒否した。控 訴審裁判所は、Yに対して、養豚事業から生ずる悪臭による本質的な侵害を禁ずる旨の判決を下した。これに対し てYは上告したが、連邦通常裁判所は上告を棄却している。

本判決の論点は多岐に渡っているが、本稿との関連では、場所的慣行性の判断に関する部分が重要である。控訴 審裁判所は、Yが当該施設を許可なく操業しているという理由だけで、Yの養豚事業をもちや場所的慣行とは言え ないと判断していた。この点について、連邦通常裁判所は以下のように述べている。

「当部(連邦通常裁判所第五民事部のこと…筆者注)は、最近の判例の中で、イミッシオン防止私法とイミッシ オン防止公法とを調和させることを、常に正当な関心事として承認してきた。この点については、九〇六条二項 の意味における場所的慣行の利用の概念を継続発展させることも、体系上正当な手がかりである。ところで、必要 不可欠とされる公法上の許可はまさに、「具体的な場所的慣行性」を判断するための手段である。なぜなら、かか

る許可は、証明可能でかつ適切なイミッシオン防止を含むものだからである。もちろん、既存の許可が自動的に場所的慣行性を根拠付けることはできない。しかし、かかる許可が欠如していることは、場所的慣行性を排斥する。控訴審裁判所は、公法の視点から見て違法な関係者の行為（本件では、必要とされる許可を受けることなく施設を操業すること）を九〇六条の体系が無視することはできない、というところに正当にも焦点を合わせているのである⁽⁵⁶⁾。

このように、連邦通常裁判所も、イミッシオン防止の領域における公法と私法との調和を念頭に置きながら、公法上の許可と場所的慣行性の判断との連携を図ろうとしている。その際、場所的慣行性概念の継続発展の中で解決を図ろうとしていること、「具体的な場所的慣行性」が指摘されていること、および、公法上の許可に「証明可能でかつ適切なイミッシオン防止」が含まれると理解されていることからすれば、⁽⁵⁷⁾ここでも、学説における第二の方向性（特にハーゲンの見解）と共通する面が多く見受けられるのである。したがって、判例は、従来の伝統的な考え（本節二二参照）を維持しつつも、学説における第二の方向性を受け入れる形でこれに修正を加えようとしている、と理解できるであろう。

四 小 括

本節では、民法上の請求権と都市計画との関係を素材として、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してきた。具体的には、Bプランにおいてなされた建築地区の指定あるいは施設の具体的な指定が、一〇〇

四条および九〇六条に基づく民法上の防御請求権の判断にいかなる影響を及ぼすのか、という論点について検討を試みた。これまで述べてきたことをまとめれば以下のようになるう。

判例の伝統的な考えによれば、九〇六条における場所的慣行性の判断に際して、Bプランの指定にも考慮が払われている。すなわち、原則としては「最終口頭事実弁論時における現実の諸事情」が基準になるとしつつ、Bプランの指定も判断の際の「手がかり」になる、としている。しかし、判決例の分析から明らかとされたように、実際上はほとんど「手がかり」とされておらず、重視されているのは当該地区の現状であった。したがって、土地所有者としても、現実の利用を、計画により招来されるべき利用と合致させる必要はない。このように、判例は、Bプランが九〇六条の解釈に影響を及ぼすことをほとんど認めていない(本節二)。

しかし、このような判例の考えによれば、イミッシオン被害を受けた隣人は、民法上の防御請求権を通じて、都市計画上許容されかつ建設許可を受けた建設を阻止できることになってしまう。そのため、かかる帰結に対しては、法的安定性やBプランの任務の観点から、激しい批判が提起されることとなった(本節三一)。

これを受けて、学説においては、後述するような共通の問題意識と目標が見出される。しかし、学説も一枚岩というわけではなく、それぞれの学説の依拠する論拠をめぐって、判例の考えを批判する論者と判例の考えを基本的に支持する論者との間で激しい対立が見られる。本稿では、Bプランの効力(私法形成効)として民法上の防御請求権が排除されると説くパピアーの見解と、これを鋭く批判して判例の考えを基本的に擁護する——つまりBプランのかかる効力を認めずにBプランと民法上の防御請求権との相互独立性を原則とする——ハーゲンの見解とを、主要な論拠ごとに比較した。ここからは、三つの根本的な対立点が明らかとなる。第一に、BLプラン策定に

際しては被害者たる隣人の利益も衡量されるが、果たして隣人の民法上の防御請求権を排除できるだけの程度と範囲でなされているのか。Bプラン策定における衡量の意義と射程が問題である。第二に、ある起業案がBプランにおいて許容されているとしても、そのことがイミッシオン防止の観点における適法性と直結するわけではない。それでは、計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性とはどのように関係付けられるのか。第三に、Bプランにおける計画判断に伴って必然的に生じうる「予測リスク」に対して、どのような対処をするべきなのか。このことは、隣人がかかる「予測リスク」に対して民法上の保護手段を有するかどうか、つまり民法上の防御請求権の存在意義にも関わる（本節三②）。

しかし、このような根本的な対立点があるにもかかわらず、論者の中では共通の問題意識が生成されている。すなわち、Bプランに与えられた重要な任務に鑑み、また、Bプランの規律が阻害されるという——判例の考えによれば起こりうる——事態を回避して、Bプランを貫徹させる必要性である。かかる問題意識は、建設法・相隣法の領域における「相隣私法と建設計画法との調和」ないし「イミッシオン防止私法とイミッシオン防止公法との調和」という課題とも結び付けられている。そこで、学説としては、このような共通の問題意識を土台として、Bプランの内容に従う形で民法上の防御請求権を解釈する（結論的には民法上の防御請求権の成立を限定する）ことを意図している。このような傾向は、「九〇六条（より広く言えば相隣私法）の解釈と建設計画法との連携」に向かっているものと理解できる（本節三①）。

もっとも、このような連携が無条件に主張されているわけではない。学説では連携を導くための二つの方向性が主張されており（本節三③②および同③）、この二つの方向性が連携のための条件を示している。まず、第一の方向

性は、Bプランの効力として私法形成効を認めつつも、かかる効力はBプランの指定が具体化されている場合に限り、とする。Bプランの指定を具体化することを通じて、計画策定の際の衡量においてイミッシオン紛争をよりの確に予測・処理し、隣人の受忍義務の範囲を明確化しようとするものである。ここからは、計画指定が具体化されているかどうか、という条件が導かれる。次に、第二の方向性は、建築利用令一五条に基づく審査に着目し、この審査をクリアーして建設許可を受けることのできる建設起業案は九〇六条の意味の場所的慣行でもある、とする。建築利用令一五条では、個々の事例における現実の諸事情と特殊性にも配慮した「個別事例の観察」が行われており、ここからは、イミッシオン防止に関して九〇六条におけると同程度の個別具体的に精密な制御が行われているかどうか、という条件が導かれる。なお、これらの条件は相互補完的であり、両方が同時に追求されるべきものと解される（本節三4①）。

これら二つの方向性および条件は、上記の根本的な対立点にも回答を与えている。第一の方向性は、対立点の一番目に関して、計画指定の具体化を通じて衡量の精緻さを確保することにより、民法上の防御請求権が排除されるという結論を正当化するものである。これは、計画策定過程（とりわけ衡量の段階）で連携を図ろうとする立場でもある。他方、第二の方向性は、対立点の二番目に関して、建築利用令一五条がイミッシオン防止法上の適法性について最終的に判断しており、それを通じて計画法上の適法性とイミッシオン防止法上の適法性が結び付き担保されると考える。こちらは、個別の建設起業案を対象とした建設許可手続の段階で連携を目指すものと言える（本節三4②）。

それでは、このような連携の傾向——それは民法上の防御請求権を排除する方向に進むことになる——に対し

て、民法上の防御請求権にはどのような意義が残されているのか。この点は大きく二つに整理されうる。一つは、相隣私法（九〇六条）の解釈とBプランとを連携させるための基盤自体がそもそも欠けている場合、および、上述の二つの条件が備わっていない場合である。これらの場合に連携がなされないのは当然であり、その結果として、Bプランの指定とは無関係な形で民法上の防御請求権の成否が判断され、これを通じてイミッシオン紛争の解決が図られうる。もう一つとして、連携のための条件が満たされているとしても、「予測リスク」が現実化した場合において隣人の過度の負担を回避するため、民法上の防御請求権の成立が認められている。「緊急の場合」に備えるいわば「非常ブレーキ」としての役割であり、公法上の手法と比べても有用と評価されている。このことは、上記の対立点の三番目に対する回答にもなる。そして、この議論からは、民法上の防御請求権に残された積極的な役割が見出されると共に、連携を進めていく上で「予測リスク」への対応が必要不可欠であることも示されている（本節三4③）。

最後に、近時注目すべきは、立法（スポーツ施設騒音防止令）や判例の中でも学説における議論が相当に意識されていることである。特に、連邦通常裁判所の近時の判決では、学説における第二の方向性へとかなり接近していることが明白である（本節三4④）。このような実務の動向は、学説における議論の傾向を裏付けることにもなろう。

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

（一） 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）二八七頁以下では、本文で指摘した学説の傾向を「公法の優先の可能性」と理解している。しかし、筆者の見るところ、結論的には「公法の優先」、つまりBプランの指定に従う形で民法上の防御請求権の成立が限定されているが、そこに働いている考慮は単なる「公法の優先」だけではないよう

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（四）（秋山）

に思われる。なぜなら、既に見てきたように、学説においては、Bプランの実現の優先という問題意識が「相邻私法と建設計画法との調和」という課題と明確に結び付けられているからである。そこには、どちらか一方を優先させるといふ発想よりも、むしろ両者を調和・連携させていこうとする発想の方が一層強く見て取ることができる。以上の理由から、本稿では、結論的には公法の優先になるにもかかわらず、「九〇六条の解釈と建設計画法との連携」という表現を用いた。

(2) 判例の考えを基本的に支持する論者の中で、Staudinger/H. Roth, Rn. 188ff.; Soergel/J. F. Baur, Rn. 9ff.などは、格別に連携に言及しておらず、判例と同様、Bプランの指定が場所的慣行性の単なる「手がかり」となり、これをすぎないとしている。しかし、ハーケンの見解(上記①(2)参照)をはじめとして、MünchKomm/Sacker, Rn. 22ff.; H. P. Westermann, in: H. P. Westermann/K. H. Gursky/D. Eickmann, Westermann Sachenrecht, 7 Aufl. (1998), S. 502; P. Marburger, Ausbau des Individual-schutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Gutachten C für den 56. DJT (1986), S. 105f.; M. Wolf, Sachenrecht, 14 Aufl. (1997), S. 164f.などは、程度の差こそあるが、いずれも民法上の防御請求権の解釈とBプランの指定との調和を主張している。したがって、少なからぬ論者において、両者の連携が目指されていると言えよう。

(3) J. Berkemann, Sportstättenbau in Wohngebieten, NVwZ 1992, S. 824.

(4) ハンブー(その見解について上記①および同②参照)その他 G. Gaentzsch, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 207; A. Schink, Bau- und immissionsrechtliche Probleme beim Sportstättenbau in Wohngebieten, DVBl. 1992, S. 523
が指摘するところである。

(5) K. Kleinlein, Das System des Nachbarrechts (1987), S. 106f. の指摘による。

(6) とりわけ、健全な居住・労働関係に対する一般的な要請、居住者・労働者の安全、環境保護の利益が、当該地区において擁護されているかどうか、考慮されねばならぬ。(Kleinlein, aaO., S. 107)。

(7) ヘルケマンも同様に、計画の中で利用紛争が解決されるべきことを強調する。(Berkemann, aaO., S. 823)。³⁾ この点について、下記③および後掲注(30)で取り上げるところを参照された。

(8) 結局、Bプランにより惹起された有害な作用を受忍させることが隣人にとって期待可能かどうかは、Bプランそれ自体を通じて判断されるのであって、事後的な補充手段たる建築利用令一五条一項二文を通じてではなく、とされる。(Kleinlein, aaO., S.

(9) H. Hagen, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 199; Kleinlein, aaO, S. 130.

(10) 例えば、クラインラインは、ハビアーと基本的な認識を一致させているものの、計画指定の具体化の程度に関わらずBプランの私法形成効が認められるべきとの立場から、パビアーの見解に対して以下のような批判を展開した。すなわち、計画指定の具体化に応じて区別をなすことは、一律にBプランの私法形成効という形で民法上の防御請求権を排除することにより獲得されるはずの法的安定性を、再び疑わしくすることになりはしないか、と(Kleinlein, aaO, S. 130)。もっとも、かかるクラインラインの徹底した見解も一般に支持されているとは言いがたい(vgl. Bauliches Nachbarrecht, BBAuBl. 1991, S. 16; 本稿(三)・注(90)参照)。やはり問題の本質は、Bプランに私法形成効という強い効力を認めるところにあると考えられる(上記2(b)のハーゲンの批判を参照)。

(11) ハーゲンは、前掲注(9)に掲げた批判に加えて、以下の批判もしている。パビアーの主張に従い、具体化の程度に応じてBプランの私法形成効の有無を区別するならば、Bプランの上で同じように許容されている施設が、民法上の防御請求権を排除できるもの(「第一ランク」と排除できないもの(「第二ランク」)に分けられることになる。しかし、「第二ランク」の場合には、結局はBプランが尊重されないこととなり、パビアーの危惧した「市町村の計画高権の空洞化」という事態(この点については上記3(1)のパビアーの指摘を参照)が再度起こることになりはしないか、と(Hagen, aaO, UPR 1985, S. 199)。しかし、かかるハーゲンの批判も、本文で述べたと同様、Bプランに私法形成効という効力を認めること——つまりパビアーの見解の核心——に対して向けられたものであって、計画指定の具体化という方向性そのものを否定する趣旨とは考えられない。実際、ハーゲンは、前掲注(9)やここで紹介した疑念を表明しつつも、第一の方向性のようにしてBプランの効力を限定することは「避けられない」、また民法の視点からしても結果的に歓迎される」と述べて、第一の方向性に理解を示している(Hagen, aaO, UPR 1985, S. 199)。このことは、第一の方向性の目指すところがそれ自体間違っていないことを、裏付けることにもなる。

(12) 建築利用令二条以下によれば、一般的に許容されているのは、一般住居地区、特別住居地区、村落地区、混合地区、都心地区、商工業地区である。例外的に許容されているのは、小団地地区、専用住居地区、工業地区である。専用住居地区におけるスポーツ施設の許容性については、さらに「当該地区の住民の諸要請に奉仕すること」も要件とされている(同三条三項二文)。

(13) Berkemann, aaO, S. 820ff.; Schink, aaO, S. 521f.; Gaentzsch, aaO, S. 206f.の分析による。なお、各論文とも連邦行政裁判

所の判決の分析を中心としているので、判例もほぼ同様の理解に立っていると見られる。

- (14) 同じく住居地区でも、専用住居地区については、「当該地区の住民の諸要請に奉仕する」スポーツ施設のみが例外的に許容されると規定されている（前掲注（12）参照）ため、一般住居地区の場合とは異なる分析がなされている（Schink, aaO., S. 521ff.; Berkemann, aaO., S. 821ff.）。すなわち、かかる要請が規定されていることから分かるように、「専用住居地区における」スポーツ目的のための施設」とは、市民がその地区において日常のスポーツ活動のために期待するようないわば「街角のスポーツ施設」を意味する。したがって、子供の遊び場、小規模なテニスコート、学校付属のスポーツ施設など、入場範囲 Einzugsbereich が当該住居地区に限定されてこれを越えない（越えるとしてもわずかな）スポーツ施設だけが想定されうる。「大規模な入場範囲を伴うスポーツ施設」（例えばサッカースタジアムなど）は、専用住居地区では許容されない。これらのスポーツ施設を建設しようとする場合には、市町村は特別地区の指定（建築利用令一〇条および一一條）などを行わなければならない、とされている。
- (15) スポーツ施設のための指定としては、その他に、公有・私有の緑地指定（建設法典九条一項一五号）、特別地区の指定（建築利用令一〇条および一一條）なども行われうる（本節一参照）。
- (16) Geentzsch, aaO., S. 206によれば、スポーツ施設の用地指定が行われているとしても、その指定が近隣への負荷の程度や範囲に関して不特定で一般的にすぎる場合には、隣接する居住利用を犠牲にしてまで、当該負荷に対する隣人の期待可能性の限界——建築利用令の基準に基づき地区類型的とされるがゆえに受忍が期待されうる限度——を変更することはできない、とする。
- (17) D-I, H. Knaup/G.-A. Stange, Kommentar zur Baunutzungsverordnung, 8 Aufl. (1997), § 15, Rn. 2.; H. C. Fickert/H. Fieseler, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 9 Aufl. (1999), § 15, Rn. 1ff.; W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg, Baugesetzbuch, Kommentar, Band 4, BaunVO § 15 (Stand Mai 1995), Rn. 5f. なお、本稿（三）・注（75）に掲げた文献も参照。
- (18) 建築利用令一五条に言う「建築地区の特性」は、おおよそ以下の三つの要素によって決定されると言う（Knaup/Stange, aaO., Rn. 16ff., 33.; Fickert/Fieseler, aaO., Rn. 8.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, aaO., Rn. 22ff.）。第一は、建築利用令の各規定（二条乃至九条）から明らかとされる、各々の建築地区における一般的な目的用途である。第二は、建築利用の程度、建築様式、建築可能な敷地部分など、Bプランに含まれているその他の指定である。市町村のその都度の計画意思を表示するために図表や文字の指定の形でBプランに表現されたものは、全てこの範疇に属する。第三は、計画によって具体的に指定された地区における、その都度の場所的状况である。その際には、当該建築地区の具体的な（建設その他の）発展によって現実がどのような状況になっ

ているのかも考慮される。

(19) 建築利用令一五条一項二文の「負荷」概念および「侵害」概念については、不特定な法概念ゆえに解釈が必要とされるため様々な議論がなされており (Vgl. Fickert/Fieseler, aO., Rn. 11ff.)、これらの概念がイミッシオンと同一の意味なわけではない。しかし、同規定の規律対象の中心的な事例は「イミッシオンによる作用」と理解されており (Ernst/Zinkahn/Brielenberg, aO., Rn. 30)、少なくとも、イミッシオンの発生如何に照らして起業案の許容性審査が行われていることは間違いない。また、スポーツ施設からの騒音に関しては、スポーツ施設騒音防止令 (これについては下記(4)(a)参照) において各建築地区につき定められたイミッシオン基準値が遵守されているかどうか、建築利用令一五条の段階で審査されるべきである、と主張されている (Schink, aO., S. 522f.)。

(20) もっとも、現実の諸事情も「建築地区の特性」を (共同) 決定している (前掲注 (18) 参照) とはいえ、これらの現実の事情が全て反映されるわけではない。というのも、計画の策定された地区では、建設起業案の許容性を判断するにあたっては、計画により定められた建築状況が原則として基準とされるからである。したがって、現状を維持・発展させようという計画主体の意思がBプランの中に示されている場合に限って、かかる現状も考慮されることになる。他方、Bプランを通じて当該建築地区の特性を変更しようとしている場合に、現状の建築状況を持ち出しかかる計画判断を妨げることはいかなる、と解釈されている (Knaup/Stange, aO., Rn. 16ff.; Fickert/Fieseler, aO., Rn. 8; Kleinlein, aO., S. 106)。

ただし、このような限定があるとはいえ、建築利用令一五条では、個別具体的な状況に適合するようにBプランの建築地区指定の修正がなされていることは、再度強調されるべきである。

(21) 研究グループ「建設相隣法」の審議を通じて、このような理解が学説における多数意見を形成すると結論付けられている (Bauliches Nachbarrecht, aO., S. 16)。付言しておけば、この審議ではパピアーの見解も対象とされていたから、第二の方向性だけでなくパピアーの見解 (すなわち第一の方向性) も含めて、かかる結論が導かれたことになる。

(22) 「場所的慣行性概念は、重工業の構築のような最新の発展を斟酌するために、民事判例によって繰り返し継続発展してきた。したがって、このような場所的慣行性概念を現在も継続発展させていくことについては、何ら原理上の疑念はない」 (Bauliches Nachbarrecht, aO., S. 16)。

(23) 研究グループ「建設相隣法」では、「現行の規定の解釈によって建設相隣法を調和させること」を目標としている

相隣関係における調整の論理と都市計画との関係 (四) (秋山)

- (Bauliches Nachbarrecht, aaO., S. 10) とし、その審議の結果、前掲注 (21) および (22) で述べたような結論が導かれてい
る。
- (24) Marburger, aaO., S. 105. また、ゲンチュは、この見解を採用した場合に、九〇六条二項二文に基づく補償請求権と収用法上
の補償請求権の重複という事態が起こりうることを理由として、学説における第二の方向性を批判している。しかし、既に見た通
り、かかる批判には有力な反論が示されている (本稿 (三)・注 (90) 参照)。
- (25) 疑問を呈したマールブルガー自身がこのことを分析している (Marburger, aaO., S. 105f.)。
- (26) Schink, aaO., S. 524f.
- (27) Schink, aaO., S. 525. ニンで「適切な騒音予測」が述べられていることから分かるように、シンクも、ハーゲンらと同様、
「不適切なイミッシオン予測では、場所的慣行性を規範的に形成することはできない」がゆえに、「最終的な権限としてさらに民
法上の防衛請求権が考慮される」とする。
- (28) シンクによれば、かかる二段構えの構成のいずれかを満たせば良いため、結果として、スポーツ施設が相隣私法によって阻止
される場面は「例外的である」とされる (Schink, aaO., S. 525)。なお、かかる「例外」に当たるのが、「不適切なイミッシオー
ン予測」の場合、すなわち「B1プランないし建設許可で行われる居住の静穏とスポーツ騒音との衡量が不適切とされる」場合で
ある (下記 (3) 参照)。
- (29) このような理解は、建築利用令一五条の一般的な説明にも窺える。建築利用令一五条は計画策定時になされた計画判断を修正
するわけだが、これが無制限に認められるわけではない。というのも、計画の中で (不十分なながらも) 「最終的な基本判断」が行
われている場合には、個別の建設許可手続の中で建築利用令一五条を通じてこの「基本判断」を修正することはできない、とされ
ているからである。したがって、計画指定が具体化されていけばされていくほど、計画主体の最終的な判断が明示されているた
め、建築利用令一五条の適用される余地は少なくなっていく、という関係が見られる (Knaup/Stange, aaO., Rn. 3; Krautber-
ger, aaO., § 1, Rn. 120)。このような説明は、両者の相互補充的な位置付けを示している点で、シンクの見解にも通ずるものがあ
ると言えよう。
- (30) Berkemann, aaO., S. 822f. 具体的には、建築利用令一条六項以下に定められた諸々の可能性——ここにはBプランの指定に
関する詳細な手法が用意されている——が用いられるべきである、とする (前掲注 (7) も参照)。

(31) ここでの考察は、乏しい資料による検討の結果にすぎない。しかも、本文で述べた「相互補完的な形」が具体的にどのようなものかについても、シンクの見解しか手がかりとなるものがなく、解明されたとは言えない。しかし、限られた検討とはいえず、本文で述べたような理解を導くことは少なくとも可能ではなからうか。

(32) つまり、当該作用が本質的であり、かつ、Bプランの指定に適合し建築利用令一五条をクリアしているがゆえに場所的慣行とされる場合であっても、作用発生者としては、自らに経済的に期待しうる除去策を講じることができなかったことを証明しなければならぬ。作用発生者がこれを証明できない限り、隣人はかかる(限定された)防御請求権を行使できることになる(九〇六条二項一文)。

(33) 上述のバビアーの見解(上記3(2)参照)に加え、H. Hagen, Privates Immissionsschutzrecht und öffentliches Baurecht, NWZ 1991, S. 822; Erman/Hagen, Rn. 21; Marburger aO., S. 106; Bauliches Nachbarrecht, aO., S. 16 などにもこの旨の指摘が見られる。ただし、プロイアーだけは、防止措置の請求を認めず、九〇六条二項二文に基づく補償請求権だけが成立するとする(R. Breuer, Baurechtlicher Nachschutz, UPR 1985, S. 439. もつとも、格別の根拠は述べられていない)。

(34) 上述のバビアーの見解(上記3(2))を参照されたい。

(35) 衡量原則とその違反については、本論第二節三(2)(c)において言及した。

(36) これを強調するのがクラインラインである。彼は、Bプランの私法形成効を徹底する立場(本稿(三)・注(53))および前掲注(10)に立ちつつも、Bプランの有効性を厳格に審査するべきことを強調している。特に、衡量原則の一範疇たる紛争処理原則(これについては本論第二節三(2)(c)および同所の注(66)を参照)に注意を促し、以下のように述べている。「計画がその目標を実現するために、隣地にとって期待不可能な影響を伴う指定を必要とする場合には、その計画の中に表現される利用紛争が単純に処理されないままであってはならない。むしろ、Bプランは、その指定に伴う近隣にとって有害な影響を期待可能な程度にまで縮減するか、あるいは、従前の利用の廃止・変更を通じて被害地を明確に取用し、連邦建設法四〇条以下に基づく所有者への補償の要件を作り出すべきである。かかる場合にのみ、当該Bプランは有効である」(Kleinlein, aO., S. 107, 125f.)。このように、クラインラインは、Bプランの私法形成効を徹底する反面として、Bプランの中での的確な紛争処理を強調している。一方的にBプランの効力を強めているわけではないことに注意すべきであろう。

(37) 九〇六条二項一文によれば、作用発生地の利用から生ずる作用が隣地を本質的に侵害している場合であっても、当該利用が場

所的慣行であれば(かつ経済的に期待可能な措置により防止できない場合であれば)、隣地所有者は受忍義務を負う(つまり防衛請求権を行使できない)とされている。したがって、かかる場合において、本文で述べたような形で場所的慣行性が否定されたならば、隣地所有者は受忍義務を負わないこととなり、防衛請求権を行使できる余地が相当程度広がることになろう。その反面、作用発生地の所有者が隣人からの防衛請求権の行使にさらされる場合は、相対的に増加することになろう。いずれにせよ、民法上の防衛請求権が、以上のような場面において依然として活用されているのである。

(38) Bプランの私法形成効がいかなる範囲にまで及ぶかという観点から、シュミッツがこの旨を指摘する(U. Schmitz, *Privat- und öffentlichrechtliche Abwehransprüche gegen Sportlärm*, NVwZ 1991, S. 1132)。

(39) 上の「アフターケア」という表現については、M. Dolderer, *Das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Nachbarrecht*, DVBl. 1998, S. 26, Fn. 80; J. W. Gerlach, *Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht*, JZ 1988, S. 166ff.; ゲルラッハによれば、相隣私法によるかかる「アフターケア」の利点として、①権利保護期間による制限が定められていないこと、②公法におけるような裁量の留保がないこと、③イミッシオン作用の違法性についての証明責任を作用発生者が負うため、その厳密な危険作用について不確実な部分が残る場合にはそのリスクを作用発生者が負わなければならないこと、が挙げられている(Gerlach, aao., S. 167)。

(40) Hagen, aao., NVwZ 1991, S. 823; Dolderer, aao., S. 25. 両人の上述の指摘(上記③(b)および同(c))も併せて参照された。

(41) Wolf, aao., S. 165; Schmitz, aao., S. 1132.

(42) 例えば、上で例示した連邦イミッシオン防止法二四条は、「管轄官庁は、二二条およびこの法律に基づく法規命令の実施のために必要とされる命令を、個別事例において行うことができる。」(傍点筆者)と規定しており、一定の要件の下で必ず命令を行うべきものとはされていない。

(43) 本文で述べた事情は、以下のような場面にも当てはまるといえる(Dolderer, aao., S. 26)。建築監督官庁は、その任務として、建設法の諸規定その他の建築物の建設・維持・取り壊しに関する公法規定が遵守され、かつ、これらの規定に基づいて発せられた命令が実行されるように、配慮しなければならない。したがって、建築監督官庁は、法に違反するとの認識を得た場合には、建築主等に対して対応の命令を行うことができる。その一環として、建築主等が公法規定に違反して施設を建設あるいは利用している場合には、建築監督官庁は取り壊しもしくは利用禁止の命令を発することができ(W. Brohm, *Öffentliches Baurecht* (1997),

S. 433f. 立法例として、バーデン・ヴュルテンベルク州建設法六五条)。しかし、「…できる」という文言からも分かるように、この規定も「裁量条項」である。それゆえ、隣人がこれを基にして保護を求めることは、本文で述べたと同様、行政庁の裁量に左右されることになる。しかも、規制緩和の流れの中で、もはや施設の許容性について行政判断が下されなくなってきたてきっており、隣人としては（許容性判断を争いの対象とすることができずに）相隣私法上の保護を求めざるをえなくなっている、という。

(44) Dolderer, aO., S. 25f.; Gerlach, aO., S. 167. ドルデラーは「かかる裁量の留保を回避するための相隣私法上の手法として特に、一〇〇四条および八二三条二項に基づく、公法上の保護法規を媒介とした防衛請求権を強調している。すなわち、隣人は、かかる防衛請求権を通じて、民事裁判所に対して、官公庁が裁量を理由に拒絶した救済を強制することができることになる、という。もっとも、かかる防衛請求権の行使は、個々の事例において不適切な結論を導く場合がある。そこで、ドルデラーは、二五一条二項（賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能である場合には、債権者に金銭で賠償することができる）」を類推し、「原状回復」（ここでは妨害排除）が「過分の費用」によってしか可能でない場合には金銭賠償の可能性も認められる、としている。このように解することで、相隣私法においては、公法——ここでは受忍か排除かの二者択一しか規定されていない——におけるよりも柔軟な形で建築主と隣人との利益調整がなされる、と行うのである（Dolderer, aO., S. 26; Kleinlein, aO., S. 144 ff.）。

以上のドルデラーの指摘、特に二五一条二項類推による柔軟な利益調整という構成は、相隣関係における調整に着目する本稿の問題意識から見ても、極めて興味深い内容を含んでいる。しかし、和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求の制限——BGB二五一条二項の適用範囲論をめぐって——」立命二二五二二六号（一九九二年）七八五頁以下によれば、ドイツの判例・学説では、二五一条二項の発想を妨害排除請求権の場合にも導入しようとする点では認識が一致しているものの、もっぱら費用の過大さだけを考慮事由とする同項の適用ないし類推適用には消極的である（むしろ信義則などの構成が主張されている）こと、その背景には、「法的に承認された権利、つまり権利者が有する権利の完全性に対する利益（Integritätsinteresse）」は、回復費用に関わらず保護されねばならない」という強い考え方があること、以上が既に指摘されている。このような和田教授の分析に照らしみると、ドルデラーの述べる柔軟な利益調整という構成——妨害排除請求を金銭賠償に転化させること——を直ちに受け入れることはできないようにも思われる。いずれにせよ、この点については別個の検討が必要であり、本稿ではひとまず結論を留保せざるをえない。

(45) Achtzehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 18. Juli 1991 (BGBl. I S. 1588, 1790). スポーツ施設騒音防止令に関して筆者が参照した文献は「Schink, aO., S. 517ff.; Barkemann, aO., S. 825ff.; Schmitz, aO., S. 1129ff.; G. Spindler/B. Spindler, Die Sportanlagenlärmenschutz-Verordnung in ihrer praktischen Anwendung, NVwZ 1993, S. 225ff.; M. J. Herr, Sportanlagen in Wohnnachbarschaft (1997), S. 18ff., 147ff. がある。また「スポーツ施設騒音防止令の概要については、小林真理「スポーツ施設と環境保護——第一八連邦イミッシオン防止法実施令」「スポーツ施設騒音防止法」を中心に——」日本スポーツ法学会年報二号(一九九五年)一四七頁以下に紹介がある。

(46) Spindler/Spindler, aO., S. 225; Schink, aO., S. 516; Schmitz, aO., S. 1129f. スポーツ施設騒音防止令の成立に至るまでの法状況について、本文の説明を多少補っておく。

従来、スポーツ施設から生ずる騒音の測定と評価については、騒音防止のための技術指針(以下「TA-Lärm」と呼ぶ)が頻繁に用いられていた。しかし、このTA-Lärmは、本来は連邦イミッシオン防止法四条に基づく同法上の要許可施設を対象としたものであって、許可不要施設たるスポーツ施設には直接適用できないものであった。しかも、スポーツ施設から生ずる騒音は、テニスコート判決(II判決⑩)でも述べられているように、特別な衝撃を含む点(例えばサッカーボールを蹴る音)および高度な情報内容を伴う点(例えば拡声器によるアナウンス)で特殊であり、そもそもTA-Lärmによって十分に把握できるのかどうか問題視されていた。そこで、判例では、TA-Lärmの適用に際して用いられる騒音限界値に割増を行う(つまり値を厳しくすること)で、スポーツ騒音の特殊性に配慮してきた。その結果、スポーツ騒音は、これと比較しうるその他の騒音(例えば営業騒音)と比べて、近隣にとってより負荷的なものと位置付けられることとなった。その結果、判例においては、近隣の居住のためにスポーツ活動を抑圧する傾向が顕著に見られるようになった(Schink, aO., S. 517f.; Herr, aO., S. 18f.)。

ところが、このようなスポーツ施設騒音の位置付け、特に「割増の考え」に対しては、多くの批判が出された。スポーツ騒音の特殊性が——スポーツ施設に不利な形で——二重に考慮されているなど、批判は多岐に渡っている。しかし、その根本となっているのは、住居近隣におけるスポーツ活動が今日では社会的な相当性を備えている、および、スポーツにおける健康政策上の機能を評価すべきである、という考えである。このような考えからすれば、スポーツ施設の利用に伴って生じる諸作用は、住居地区の住民の自動車による騒音、子供の発する騒音や笑い声、芝刈り機のモータ音などと何ら異なつて判断されるべきではない。仮に多数のスポーツ活動者の利益を犠牲にしてまで限定された被害者のことだけを考慮するならば、それは正当化されないであろう。以上

のような批判が出され、学説においても広範に支持を受けていた（以上について、K. Gelzer, Umweltbeeinträchtigungen durch Sportanlagen aus öffentlich-rechtlicher (planungrechtlicher) Sicht, in: H. Pikart/K. Gelzer/H.-J. Papier, Umweltwirkungen durch Sportanlagen: Rechtsgutachten (1984), S. 56, 59; Papier, aaO, UPR 1985, S. 76; Gaentzsch, aaO, UPR 1985, S. 204; H.-J. Birk, Umweltwirkungen durch Sportanlagen, NVwZ 1985, S. 691ff.)。

スポーツ施設騒音防止令の成立は、以上のような法状況を背景としている。したがって、同令の持つ意義は決して小さくないと言える。しかし、同令については、判例により形成されてきた諸原則をほとんど変更するものではない、との評価もなされている。というのも、一定の衝撃含有性がある場合、目だつたレベルの変化がある場合、情報内容を含む場合については、従来と同様に一定の「割増」が予定されており（同令付則一・三・三および一・三・四）、その意味で、スポーツ施設騒音防止令は従来の判例における「割増の考え」を顧慮していたからである。しかも、同令二条では、特別な静穏時間帯について一層厳しい基準値が別に設定されている。このような点に鑑みれば、スポーツ騒音は依然として他の騒音源とは差別して扱われており、この点に対しては依然として、「その本質からすれば、スポーツの社会的相当性を理由にはほとんど正当化されないように思われる」との否定的な評価も示されている（Schink, aaO, S. 518ff.）。

(47) スポーツ施設騒音防止令二条二項によれば、①商工業地区、②都心地区・村落地区・混合地区、③一般住居地区・小住宅団地地区、④専用住居地区、⑤保養地区・病院・看護施設について、それぞれ昼間の静穏時間帯以外、昼間の静穏時間帯、夜間ごとに基準値が定められている。

(48) MünchKomm/Säcker, Rn. 19f., 88. このことを強調した判決として、ツヴァイブリュッケン高等裁判所一九九二年二月四日判決（BGH NVwZ 1991, S. 1242）が挙げられる。被告スポーツ団体がテニスコート三面、練習用の壁、七一台分の駐車場の建設を計画したのに対して、近隣に住む原告らは騒音を理由に一〇〇四条および九〇六条に基づき訴えを起した（訴えの具体的な内容は不明であるが、建設の不作為や騒音の制限を求めたものと思われる）。原告らの土地はBプランにおいて一般住居地区と指定されていた。かかる事案について、ツヴァイブリュッケン高等裁判所は、スポーツ施設騒音防止令に依拠して、イミッシオン基準値がBプランの指定に従って決定されること、現状と計画とが著しく異なっている場合に限りて現状が基準とされること、以上を確認した。その上で、かかるスポーツ施設騒音防止令は第一次的には公法に適用される規定であるにもかかわらず、「法秩序の統一性を保障し、かつ、公法上の受忍義務と民法上の受忍義務との望ましくない抵触を回避するためには、同令は民法上の隣人保

護の領域におけるイミッシオンの本質性の判断においても出発点とされなければならない」と判示した(NWZ 1992, S. 1243)。結論としては、本件では、現状を基準とするほどに現実の建築利用とBプランで指定された建築利用とが乖離していないため、スポーツ施設騒音防止令に定められた一般住居地区のイミッシオン値が基準とされ、被告は適切な措置を講じてこの値を越えないことを確保しなければならぬ」とされた。

(49) MünchKomm/Säcker, Rn. 61; Palandt/Bassenge, Rn. 17.

(50) したがって、それにもかかわらず当該侵害が本質的であることを、被害者たる隣人が証明しなければならない。なお、九〇六条一項二文の内容については、証明責任の分配を含めて、本稿(一)・本論第一節注(4)で略述した。

(51) 学説における第二の方向性が「一般的な場所的慣行性」と「具体的な場所的慣行性」とを区別し、九〇六条における場所的慣行性が後者を指すと理解したのは、まさに本文で述べた理由からであった(特にビルクの見解に顕著である…上記3(3)(a)参照)。

(52) MünchKomm/Säcker, Rn. 106; また、シュビンドラーによれば、前掲注(48)の判決は判決文中では場所的慣行性という表現を使っていなければならない。実質的には「裁判所は…(スポーツ施設騒音防止令)二条六項をも場所的慣行性の決定に適用している」と分析されている。そして、その結果、「現実の建築状況とBプランとが著しく乖離している場合に限って、Bプランが評価の基礎として用いられないことになる」という(Spindler/Spindler, aaO, S. 231)。

(53) MünchKomm/Säcker, Rn. 25; したがって、これまで本質性と場所的慣行性とは別個に判断されてきたが、スポーツ施設騒音防止令のイミッシオン値が適用される場面を想定すると、この両者の区別は明らかでなくなっている。しかも、近時、侵害の本質性が「合理的な平均人」を基準として客観的・規範的に判断されるようになっていく(本論第二節二五(3)(e)参照)ことからすれば、本質性の判断の中に場所的慣行性の判断も実質的に取り込まれているのではないかとされる(MünchKomm/Säcker, Rn. 231)。

(54) MünchKomm/Säcker, Rn. 25.

(55) 本文の叙述の意味を補足すれば、以下の通りである(MünchKomm/Säcker, Rn. 26)。^①イミッシオン基準値が遵守されている場合、九〇六条一項二文によれば、当該侵害は「通常は」非本質的と評価される。しかし、同規定は、裁判官が個々の事例における特殊事情を考慮することを排斥するものではなく(この点について本稿(一)・本論第一節注(4)および前掲注(50)参照)、その結果、かかる考慮次第では当該侵害がやはり本質的であると評価される場合もありうる、と解釈されている。その点

で、同規定の存在にもかかわらず、侵害の本質性を判断する余地は依然として残されている。②として、侵害が本質的なものと判断されるかどうかは、隣人の受忍義務の成立には影響を及ぼさないものの、隣人の補償請求権の成否には大きく関わる。すなわち、当該侵害が非本質的と評価された場合には、隣人はこれを無条件で（つまり補償なくして）受忍しなければならないとされており（九〇六条一項一文）、補償請求の可能性は閉ざされる。他方、当該侵害が（イミッシオン基準値を遵守しているにもかかわらず）裁判所により本質的と評価された場合は、状況が異なる。この場合、本文でも述べたように、イミッシオン基準値の決定の際に既に場所的慣行性が顧慮されていたため、イミッシオン基準値が遵守されている限りでは当該侵害は場所的慣行の利用から生じたものとされる。したがって、隣人はこの場合でも同様に受忍義務を負うことになる（九〇六条二項一文）。ただし作用発生者が経済的に期待可能な防止措置を講じることができない場合が、場合によっては補償請求の可能性が与えられている（九〇六条二項一文）。③結局のところ、イミッシオン基準値が遵守されている場合については、（侵害の本質性が認定されるかどうかに応じて）補償請求権の有無に違いがあるものの、隣人が「少なくとも」当該侵害を受忍せねばならない——それゆえ防御請求権を行使できない——ことは変わりがない。

(56) BGH NJW 1999, S. 358. なお、本件侵害が九〇六条の意味で本質的といえるかどうかについても、本判決は、「ある施設の操業につき必要とされる官公庁の許可が欠如していることは、当該施設が何らの制約なしに許可の適性ありと確定されていない点で、本質性の審査にも影響を及ぼしうる。許可手続は、隣人に対する侵害を少なくしておくことにも奉仕するものである」と述べており（NJW 1999, S. 357f.）、公法上の許可と九〇六条における本質性の判断との連携をも示唆していると言えよう。

(57) 連邦通常裁判所の判決が、学説における第二の方向性、特にハーゲンの見解を相当に意識しているのは、むしろ当然のことのように思われる。なぜなら、既に述べたように、連邦通常裁判所第五民事部の裁判官（一九八八年からは裁判長）として、ハーゲンの見解が大きな影響力を持っていたと考えられるからである（この点について、本稿（三）・注（87）の記述も参照）。

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