

環境法における私法の役割（前篇）（3・完）

—ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完※

宮 澤 俊 昭**

- I 序論—問題の所在と本稿の課題
- II ドイツ環境法における公法と私法の一般的な関係—本稿の考察の前提として
(以上第2巻第1号)
- III BGB906条1項における「本質性」と公法的規制の関係
(以上第2巻第2号)
- IV 民事訴訟を通じた公法的規制の実現
- V 日本法への示唆と日本法において必要となる独自の考察
- VI むすびにかえて—後篇における考察の方向（以上本号）

IV 民事訴訟を通じた公法的規制の実現

1 問題の所在

本章においては、BGB823条2項及びBGB1004条類推に基づく準ネガトリア請求権を通じた公法的規制の実現（以下「民事訴訟を通じた公法的規制の実現」と記述）に関する議論を検討する。この議論においては、行政上の負担（eine Auflage）の民事訴訟を通じた実現を認めた「バレー教室事件判決（BGHZ 122, 1.）」が重要な位置を占めている²⁹⁶⁾。本章では、このバレー教室事件判決を起点として、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関するドイツにおける議論に検討

※ 本稿は、2002年5月に一橋大学に提出した博士学位論文（「環境法における私法の役割—私人が公法的規制を私法的手段を通じて実現する可能性」）の前半部分を一部要約したうえで、補筆・修正を加えたものである。

※※ 近畿大学法学部専任講師

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第3号2003年11月 ISSN 1347-0388
296) このバレー教室事件判決について、シュミット（K. Schmidt）は次のように述べる。「隣接するバレー教室の騒音に対する保護に関する、どちらかといえば重要でないこの訴訟は、特に環境法において増大する行政の活動を考慮すると実務的な興味を引く。そして、法学的な観点においては、公法と私法の相互の関連づけに対する模範例（das Musterbeispiel）として、従って法秩序の統一（die Einheit der Rechtsordnung）の概念のテストケースとして示される（K. Schmidt, Deliktsschutz durch Verwaltungshandeln, FS für Zeuner, 1994, 259.）」。

を加える。

この議論には、日本に類似の規定の存在しないBGB823条2項及び準ネガトリア請求権の概念が関連する。また多くの行政法上の概念も関連する。そこで本章2において、ドイツ法の関連概念について必要な限りで検討を加える。そのうえで、本章3でバレー教室事件判決の内容を検討し、本章4において、このバレー教室事件判決の評価に関する議論を起点として、民事訴訟を通じた公法的制限の実現に関する議論を検討する。

2 関連概念の検討

一、BGB823条2項

(1) BGB823条2項の位置づけ²⁹⁷⁾

ドイツ不法行為法の領域において、最も重要な規定はBGB823条1項及び2項とBGB826条であるとされる²⁹⁸⁾。この三つの規定の中で、対極に位置づけられて

297) ドイツ不法行為法については、日本において多数の論文が発表されており、その全てをここに引用することはできない。ドイツ不法行為法に関する単行書として、椿寿夫＝右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂、1990年)がある。また、ドイツ不法行為法の構造に触れる概説書として、前田達明『現代法律学講座14 民法Ⅳ・2(不法行為法)』9頁以下(青林書院新社、1980年)、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』9頁以下(弘文堂、1992年)などがある。このほか、吉村良一「ドイツにおける環境民事責任論の動向」同『公害・環境私法の展開と今日的課題』55頁(法律文化社、2002年、初出・1990年)がドイツ環境法における不法行為法(民事責任論)を、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72巻3号234頁以下(1997年)が環境法における公法と私法の関係について不法行為法に関わる問題を、それぞれ検討している。

298) Medicus, Bürgerliches Recht, 18. neubearb. Aufl., 1999, IV, §24 Rn. 605.

BGB823条

1項：故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

2項：他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも違反を生ずる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。

BGB826条

善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。

以上の条文の訳は、椿＝右近編・前掲注297) 72頁〔右近健男執筆〕、115頁〔床谷文雄執筆〕を引用した。

いるのが、BGB823条1項とBGB826条である²⁹⁹⁾。BGB823条1項では客観的にその適用領域は狭く(一定の法益の侵害)、主観的には広い(故意及び過失(das Verschulden))が、BGB826条では主観的な適用領域は狭く(故意のみ)、客観的な適用領域は広い(財産そのものを保護する)³⁰⁰⁾。この両者の中間にBGB823条2項は位置するとされ、客観的な要件も主観的な要件も保護法規(das Schutzgesetz)に向かう³⁰¹⁾。以下では、本章の考察と関係するBGB823条2項における保護法規概念の基準について検討を加える³⁰²⁾。

(2) BGB823条2項における保護法規概念の基準

(a) 形式的基準

BGB823条2項における保護法規としては、民法施行法(EGBGB)2条³⁰³⁾に従って、原則として全ての法規範(Rechtsnormen)が考慮に入れられる³⁰⁴⁾。この法規範には、形式的な意味での法律だけではなく、道路交通規則(StVO)のような法令(Verordnungen)や市町村の条例(Gemeindesatzungen)も含まれる³⁰⁵⁾。また、行政庁の決定(Entscheidung)による執行や補完が必要な規定もこ

299) Medicus, a. a. O. (Fußn. 298), IV, §24 Rn. 605.

300) Medicus, a. a. O. (Fußn. 298), IV, §24 Rn. 605.; BGB 823 条 1 項における「その他の権利」に財産(Vermögen)は含まれない(Larentz, Fortgef. von Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2 Halbbd. 2, 13. Aufl., 1994, §76 II, 4 (a), 392.; 椿=右近編・前掲注297) 76頁〔右近執筆〕。

301) Medicus, a. a. O. (Fußn. 298), IV, §24 Rn. 605.

302) ドイツ環境法におけるBGB823条2項に関しては、吉村・前掲注297) 63頁以下、鈴木・前掲注297) 265頁以下が検討している。このほか、BGB823条2項については、第一次財産損害(primaer Vermögenschaden; 純粋財産損害(reines Vermögensschaden)ともいう)に関する議論が日本で検討されている。ドイツ不法行為法の構造との関連で第一次財産損害を検討する論文として、中村哲也「純粋財産損害とドイツ不法行為法」新潟21巻1号1頁(1988年)がある。また、第一次財産損害の代表的事例である情報提供者の責任に関して、松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(三・完)」民商79巻4号76頁以下(1979年)、岡孝「情報提供者の責任」遠藤浩他監修『現代契約法大系 第7巻 サービス・労務供給契約』315頁以下(有斐閣、1984年)参照。なお、第一次財産損害の概念については、奥田昌道「『契約責任と不法行為責任の交錯』をめぐる西ドイツ民法学の近時の動向」比較45号159頁注(3)(1983年)参照。

303) EGBGB 2 条

ドイツ民法典及びこれらの法律の意味における法律とは全ての法規範である。

304) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 1 (a), 433.

305) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 1 (b), 433.

ここでは保護法規として扱われる³⁰⁶⁾。しかし、ドイツ工業品標準規格 (DIN) のような私的団体によって設定される規則は、EGBGB 2条で必要とされる規範設定権限に欠けるので、BGB823条における保護法規性はないとされる³⁰⁷⁾。

(b) 実質的基準

BGB823条 2 項の文言及び目的から明らかなように、BGB823条 2 項における保護法規として認められるためには、その規範が単に公衆の法益やその他の個人的でない法益の保護を目的としているだけでは足りず、少なくとも被害者の保護も立法者の関心事 (das Anliegen) のなかの一つとされていなければならない^{308), 309)}。

二. 準ネガトリア請求権

(1) ネガトリア請求権 (negatorischer Anspruch)

BGB1004条³¹⁰⁾によれば、所有権が占有の侵奪 (die Entziehung) や占有の留置 (die Vorenthaltung)³¹¹⁾とは異なる態様で侵害されたときには、所有者は妨害者に対して侵害の除去を請求することができ、さらに、所有者は更なる侵害のおそれがあるときには不作为を請求することができる³¹²⁾。このような請求権は、ローマ

306) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 1 (b), 433.

307) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 1 (d), 433.; ドイツ工業品標準規格 (DIN) については、鈴木・前掲注297) 280頁以下参照。

308) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 2 (a), 433.; BGHZ 110, 13, 14f.

309) このほか、被害者の利益が他の方法で十分に守られる場合に、それと並んで同一の利益を不法行為法によって保護することは不必要であるとする補充性理論 (Subsidiaritätsthese) が判例上示されている。しかし、これは本章の検討において直接関わらないことから、本稿においては直接検討の対象としない (メディクス (Medicus) は、BGB823条 2 項における損害賠償請求権による保護の場合にこのような要求がなされるとする (Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 8. Aufl., 1997, §142 II, 1(b), Rn. 826.))。この点に関する判例の見解、及び学説の状況については、Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 3 (a), (b), (c), (d), 435ff.; Medicus, a. a. O., Rn. 826.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 1997, Mertens, §823 Rn. 171.

310) BGB1004条の条文については、本稿Ⅲ 2 注116) 参照。

311) 占有の留置とは、占有の引渡を拒否している状態を指す。この訳語は、神戸大学外国法研究会編『獨逸民法 [Ⅲ] 物権法』144頁、160頁 (有斐閣、復刊版、1955年)、玉樹智文「妨害除去請求権の機能に関する一考察」林選厝『現代私法学の課題と展望 中』142頁以下 (有斐閣、1981年) で用いられている。

312) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §86 I, 673.; なお、占有の侵奪及び占有の留置による所有権侵害は、BGB985条に基づく所有権者の占有者に対する返還請求権によって保護される。

法の否認訴権（actio negatoria）にその淵源を遡ることができるため、今日未だに「ネガトリア請求権（negatorischer Anspruch）」と呼ばれている³¹³⁾³¹⁴⁾。

（2）準ネガトリア請求権（quasinegatorischer Anspruch）

上述(1)で検討したように、所有権に対する侵害については、BGB1004条に基づくネガトリア請求権が被侵害者に与えられている。このような除去請求権あるいは不作為請求権は、BGB1004条を準用する規定、あるいはそれに類似する規定によって所有権以外の権利についても認められている³¹⁵⁾。また、通説及び判例は、BGB1004条を類推し、これを不法行為法の規定と結びつけて、除去請求権あるいは不作為請求権を認めている³¹⁶⁾。この不法行為法の規定と結びついた除去請求権

313) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §86 I, 673.; ネガトリア請求権の歴史的背景は、Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 1997, Medicus, § 1004 Rn 2. 参照。

314) ドイツにおけるネガトリア請求権については、日本において詳細な研究がなされている。まず、物権的請求権の内容（忍容請求権であるのか行為請求権であるのか）に関する研究として、川島武宜「物権的請求権における『支配権』と『責任』の分化(一)、(二)、(三・完)」法協55巻6号25頁以下、同9号34頁以下、同11号67頁以下（1937年）、川角由和「近代的所有権と物権的請求権との関係(一)、(二・完)」九法50号61頁（1985年）、同51号26頁（1986年）、鷹巢信孝「所有権の論理構造—財産法における権利の構造(一) 佐賀20巻4号65頁（1987年）、同「所有権に基づく妨害排除請求権—財産法における権利の構造(二) 佐賀21巻3号105頁（1989年）、田中康博「物権的請求権における『責任要件』について」六甲台34巻4号123頁（1988年）、同「所有権に基づく物権的請求権の請求内容について」京園創刊号53頁（1990年）がある。また日本における差止請求権の法的根拠の構成に関してネガトリア請求権を検討するものとして、原島重義「我が国における権利論の推移」法科4号54頁（1976年）、玉樹・前掲注311) 127頁、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え」同法36巻3号90頁（1984年）、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(三)」法協103巻8号60頁（1986年）がある。さらに、物権的請求権による保護範囲の検討を行う堀田親臣「物権的請求権の再検討(一)(二・完)」広法22巻2号161頁（1998年）、同3号61頁（1999年）がある。

315) BGB1004条を準用する規定、あるいは類似する規定によって除去請求権あるいは不作為請求権が認められている権利については、MunchKomm-Medicus, a. a. O. (Fußn. 313), §1004 Rn. 4ff 参照。さらに、侵害完了後の損害賠償請求権による保護だけでなく、切迫した侵害に対する予防的な不作為請求権による保護を一般的に認める「予防的権利保護の一般的な原則（eine allgemeine Regel des vorbeugenden Rechtsschutz）」が学説上説かれている（MunchKomm-Medicus, a. a. O. (Fußn. 313), §1004 Rn 6.）。この原則については、「一般的不作為の訴え」として日本においても検討されている（例えば、中井美雄「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」同「民事救済法理の展開」1頁以下（有斐閣、1981年、初出・1964年）、藤岡康宏「差止に関する研究序説」北法21巻1号108頁（1970年）、赤松・前掲注314) 90頁など）。

あるいは不作為請求権については、故意・過失の要件が必要とされない³¹⁷⁾。

三. 建設許可 (Baugenehmigung)

(1) 建設許可の内容³¹⁸⁾

ドイツにおいては、原則として、建築物の建設、撤去、改築及び用途変更などの際に、建設許可 (Baugenehmigung) を得ることが必要となる³¹⁹⁾。ただし、一定の建築物については建設許可を必要としない場合も認められている³²⁰⁾。

建設許可は、建設開始以前の段階における建設起業案全体の包括的な統制を目的としている³²¹⁾。従って、建設許可には、実体的な建設法の観点からも、その他の公法的な法律の観点からも、法律に違反していないことを証明する「確定を行

-
- 316) MunchKomm-Medicus, a. a. O. (Fußn. 313), §1004 Rn. 6.; Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §86 I, 1(a), 673f.; 判例としては、RGZ 60, 6. (信用を貶めるような虚偽の主張に対して、不作為請求権を認め、その際に明文でネガトリア請求権と不法行為法の規定との結び付きを認めた判決。本判決については、中井・前掲注315) 7頁、藤岡・前掲注315) 120頁以下、赤松・前掲注314) 114頁参照。), BGH WM 1974, 572. (建物間の間隔に関する規定に違反した場合に除去請求権を認めた判決。後掲注438) 参照。)
- 317) Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §86 I, 1 (a), 673.; MunchKomm-Mertens, a. a. O. (Fußn. 309), §823 Rn. 63.; そのため、実務的に不法行為法の最も重要な補完とされている (Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §86 I, 1 (a), 673.).
- 318) 建設許可に関する邦語文献として、阿部成治「西ドイツにおける建築許可制度—日本の制度との比較」都市計画別冊14号109頁 (1979年)、荒木修「ドイツにおける建設許可の規律内容」阪法51巻1号266頁以下 (2001年)がある。また、ヴィンフリート・ブローム／大橋洋一『都市計画法の比較研究—日独比較を中心として』167頁以下 (日本評論社、1995年)は計画法を中心に建設許可を検討する。
- 319) Brohm, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl., 1999, IV. Teil, §28 Rn. 3
- 320) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil, §28 Rn. 3.; なお、近年、ドイツ建設法では建設許可手続の簡略化が進められている。例えば、一定の建設起業案については簡略化された建設許可手続 (verfachte Genehmigungsverfahren) が採用されている。この手続のなかでは審査の範囲が縮小され、さらに申請後一定期間内に建設監督庁が決定を下さない場合には、許可が下されたとみなされる (許可の擬制 (Genehmigungsfiktion))。さらに、建設許可手続そのものを問題としない建設届出手続 (Bauanzeigeverfahren) もいくつかの州で規定されている。このような流れに沿って、各州の建設法においては建設許可を必要としない起業案の範囲を広げる改正もなされている (例えば、地区詳細計画の定められている地域内での低層住居の建築に関する建設許可の免除等)。以上につき、Blumel, Vereinfachung des Baugenehmigungsverfahrens und Nachbarschutz, FS für Boujong, 1996, 521, 522 ff.
- 321) Krebs in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 11. Aufl., 1999, 4. Abschn., Rn. 204.; Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil, §28 Rn. 8.

う部分（feststellender Teil）」が含まれている³²²⁾。さらに建設許可には、建設の自由（die Baufreiheit）を制限している許可留保のついた予防的禁止（präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）³²³⁾を取り払い、その限りで権利形成的に作用する「処分を行う部分（verfügender Teil）」も含まれる³²⁴⁾。

有効な建設許可は、事後的な法の変更に関して、許可の与えられた者に建設する権利（das Recht zu bauen）を保障する³²⁵⁾。また、のちに当該建築物の実体的な違法性が判明した場合、または事後的な法の変更によって当該建築物が違法となった場合には、原則として、この違法性を援用してその建築物を撤去することはできない³²⁶⁾。この限りで、建設許可を受けた建築物は「存在の保護（Bestandsschutz）」を享受する³²⁷⁾。

（2）例外許可（Ausnahme）と特例許可（Befreiung；免除（Dispense））

建設起業案が実体法と合致していない場合、しばしば例外許可（Ausnahme）あるいは特例許可（Befreiung；免除（Dispense）とも呼ばれる）の付与を通じて、その齟齬が埋められている³²⁸⁾。例外許可は強行規定については適用されないが、特例許可は強行規定についても適用されうる³²⁹⁾。例外許可も特例許可も、建

322) Oldiges in Udo Steiner, BesVerwR, 6 Aufl., 1999, IV, Rn. 307., Brohm, a. a. O. (Fußn 319), IV. Teil, §28 Rn. 25.

323) ドイツにおいて、建設許可によって取り去られる建設の禁止（Bauverbot）は、当該起業案を原則的に認めないとするのではなく、単に予防的な統制を保証しているに過ぎない。従って、所有権者の建築の自由は、単に形式的に制限されているだけである。このことから、当該起業案が公法的な規定に違反していない場合には、所有権者に、建設許可の付与に対する請求権が認められる。この構造が、法律的に「許可留保のついた予防的禁止」と呼ばれている。以上につき、Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 8 参照。

324) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 307.; Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 25

325) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 307., 以下の記述につき Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 26. も参照

326) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 307.

327) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 307.; moreover, その建築物に対する建設許可が有効に取り消された場合には、この保護効は消滅する（Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 307.）。

328) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 311., Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 17.; Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 206.; 用語の邦訳は、阿部・前掲注318) 112頁を参照した。

設監督庁 (Bauaufsichtsbehörde) の裁量によって付与される³³⁰⁾。

四. 負担 (Auflage)

(1) 附款 (Nebenbestimmungen)

ドイツにおいて、附款 (Nebenbestimmungen) は、授益的行政行為 (begünstigende Verwaltungsakte) を内容的に又は時間的に限定する目的で使用されている³³¹⁾。問題となる行政行為の公布について行政に対する請求権が存在しているときは、法律的に許されている又はその行政行為の法律的な前提条件の充足が確実である場合にのみ、その行政行為に附款が付されうる (ドイツ行政手続法 (VwVfG) 36条1項)³³²⁾。他方、行政庁の裁量によって公布される授益的行政行為には、特別な法律的な根拠を必要とせずに附款が付されうる (VwVfG36条2項)³³³⁾。

公法的規定に適合している起業案に対する建設許可に関しては、その付与に対する請求権が存在しているので³³⁴⁾、法規定によって認められている又は法律的な規定を充足することが確実な場合に附款が付されうる³³⁵⁾。ほとんどの州建設法には、附款について権限付与する規定が含まれているとされる³³⁶⁾。

(2) 負担 (Auflage)

負担 (Auflage) とは、授益的行政行為の名宛人に対して、行為、受忍又は不

329) Oldiges, a. a. O. (Fußn 322), IV, Rn. 311., 強行規定でないとみなされるのは、違反しても無効とならないと定められている規定 (Soll-Vorschriften) か、または例外許可の許容性を明文で予定している場合である (Oldiges, a. a. O. (Fußn 322), IV, Rn. 311)。

330) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 18 ; Oldiges, a. a. O. (Fußn 322), IV, Rn. 311.

331) Erichsen in Erichsen, AllgVerwR, 11. Aufl., 1998, §14 Rn. 1.; なお、行政法における附款の概念と内容は民法からの借用とされる (Erichsen, a. a. O., §14 Rn. 1.; 塩野宏「附款に関する一考察」同『行政過程とその統制』149頁以下 (有斐閣、1989年、初出・1985年))。

332) Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §14 Rn. 10.; VwVfG36条の邦訳は、塩野・前掲注331) 154頁以下注 (17) 参照。

333) Erichsen, a. a. O. (Fußn 331), §14 Rn. 11.; なお、附款の種類については、Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §14 Rn. 2ff.; 塩野・前掲注331) 157頁以下参照。

334) 前掲注323) 参照。

335) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV Teil., §28 Rn. 19.

336) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 316.; Krebs, a. a. O. (Fußn 321), 4 Abschn., Rn. 207.

作為を命じる附款である³³⁷⁾。負担が独立した行政行為であるか、という問題については争いがある³³⁸⁾。しかし、いずれにしろ行政庁は、ドイツ行政執行法（Verwaltungsvollstreckungsrecht）において行政行為に適用される規定に基づいて、負担の履行又は遵守を強制しようとされる³³⁹⁾。

五．建設許可の効力

（1）建設許可の公法上の効力

建設許可は、拘束効（Bindungswirkung）を持つ³⁴⁰⁾。建築主は、許可の内容に沿って建築する権限が与えられ、建設行政庁は、許可された起業案の違法を後に認識したとしても、許可された起業案を受忍しなければならない³⁴¹⁾。また建設許可は、他の全ての行政行為と同様に、構成要件の効力（Tatbestandswirkung）を持つ³⁴²⁾。その許可の内容は、この構成要件の効力によって、他の行政手続において構成要件的な要素として作用し、別の行政庁が中間審査（Inzidentprüfung）のなかでこの許可の内容を問題とすることは許されない³⁴³⁾。

（2）建設許可の私法上の効力

（a）議論の概観

建設許可の私法上の効力について、その対象となる相隣権は二つに分けられる³⁴⁴⁾。まず、根源的相隣権（originare (private) Nachbarrecht）は、BGB1004条及びBGB906条以下を通じて保護されている私法的な相隣権を指す³⁴⁵⁾。これに対して、派生的相隣権（derivative (private) Nachbarrecht）は、内容を決定する公

337) Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §14 Rn. 6.; VwVfG36条2項（邦訳は、塩野・前掲注331）154頁以下注（17））参照。

338) 負担を独立した行政行為とする見解として、Kopp, Fortgef. von Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2000, §36 Rn. 30.; Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 20 がある。他方、これを否定する見解として、Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, 3. Aufl., 1988, 91., Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §14 Rn. 7. がある。

339) Kopp, a. a. O. (Fußn. 338), §36 Rn. 70., Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV Teil., §28 Rn. 20.; Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §14 Rn. 7.; Obermayer, a. a. O. (Fußn. 338), 91.

340) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 314.

341) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 314.

342) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 314.; ドイツにおける行政行為の構成要件の効果については、人見剛『行政行為の公定力の範囲』高柳古稀『行政法学の現状分析』219頁以下（勁草書房、1991年）参照。

343) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 314.

法上の保護規範との結び付きにおいて BGB823条及び BGB1004条類推を通じて実現される私法的な相隣権を指す³⁴⁶⁾。

建設許可の私法上の効力について、ほとんどの州の建設法において、「第三者の私権を害することなく (unbeschadet privater Rechte Dritter)」建設許可は下されるとする規定が存在している³⁴⁷⁾。しかし、この「第三者の私権を害することなく」の内容が必ずしも明らかではないために、学説において、建設許可の私法上の効力に関して議論されている³⁴⁸⁾。

学説における主張は大きく次の三つに分けることができる³⁴⁹⁾。第一が、派生的

344) Breuer, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl 1983, 433ff, 438.; 以下に示す用語(派生的相隣権と根源的相隣権)を、全ての論者が用いているわけではない。しかし、この用語を用いる見解が少なくないこと、及び、建設許可の私法上の効力に関する議論について筆者の接した全ての見解における分類がこれらの用語によって理解されうること、を理由として本稿ではこの用語を用いる。

345) Breuer, a. a. O. (Fußn 344), 438

346) Breuer, a. a. O. (Fußn. 344), 438.

347) Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 309.; Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 214.; Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §28 Rn. 11.

348) なお、通常の建設許可とは異なり、免除(本節三。(2)参照)が派生的相隣権を排除する効果を持つことには異論がないとされる(J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 14. Aufl., 2002, Roth, §906 Rn. 34., このほか、J. F. Baur, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichem Rechtsschutz gegenüber Immissionen aus der Sicht eines Zivilisten, 1987, GS für Martens, 545ff, 556.; Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Gutachten C für den 56. DJT (1986), 46.; Schmidt-Preuß, Kollidierend Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, 127f.). 連邦通常裁判所の判例も、建築物の間隔に関する州建設法の規定を保護法規として BGB823条2項に基づく違反部分の除去が請求された事案において「免除が付与された場合には、損害賠償請求権又は除去請求権に対する決定的な前提条件が欠ける(BGHZ 66, 354, 357.)」と述べて免除の私法的効力を認めている。

349) 以下では、根源的相隣権及び派生的相隣権の双方に触れる見解を中心に検討を加える。以下で検討する見解のほかに、根源的相隣権に限定した議論に関しても多数の文献が存在する。これらについては Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 33. を参照。なお、Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 33. では、根源的相隣権に対する建設許可の効力について、否定的に捉える見解が通説であるとされる(秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係」『早法75巻1号192頁以下注(95)(1999年)も否定説が通説であるとする)。根源的相隣権に対する建設許可の私法的効力に関する邦語文献として、秋山・前掲192頁以下注(95)、派生的相隣法に対する建設許可の私法的効力に関する邦語文献として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』326頁(有斐閣、2000年)がある。

相隣権にも根源的相隣権にも建設許可の効力が及び、建設許可の下された建築物に対して、派生的相隣権に基づく請求も根源的相隣権に基づく請求も認められないとする見解である³⁵⁰⁾。第二が、派生的相隣権には建設許可の効力が及ぶが、根源的相隣権には建設許可の効力は及ばないとする見解である³⁵¹⁾。第三が、派生的相隣権にも根源的相隣権にも建設許可の効力が及ばないとする見解である³⁵²⁾。判例は、この第三の見解の立場を取っているとされる³⁵³⁾。

(b) 本章の検討対象と建設許可の私法上の効力

上述(a)において検討したように、ドイツにおいて、建設許可の私法上の効力の問題は、建設許可によって私法的な請求権が排除されるか、という問題として議論されている。しかし、本章で検討の対象とする BGB823条 2 項に基づく民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論は、当該公法的規制の遵守を私法的

350) このような結論に至る見解として、Schapp, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, 1978.; Dolderer, Das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Nachbarrecht, DVBl 1998, 19, 24f.; シャップ (Schapp) の見解については、鈴木・前掲注297) 188頁以下、秋山・前掲注349) 149頁以下参照。ドルデラー (Dolderer) の見解については、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(三)」早法75巻2号273頁以下 (2000年) 参照。

351) このような結論に至る見解として、Breuer, a. a. O. (Fußn. 344), 438.; Konrad, Verwaltungsrechtsschutz im Nachbarschaftsverhältnis, BayVBl 1984, 70, 73.; J. F. Baur, a. a. O. (Fußn. 348), 556f.; Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), V. Teil., §31 Rn. 8f.

352) このような結論に至る見解として、Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 46f.; Schmidt-Preuß, a. a. O. (Fußn. 348), 127f.; Broß, Gedanken zum Verhältnis von öffentlichem Baurecht und zivilrechtlichem Nachbarschutz, 1999, FS für Hagen, 357ff, 360f.

353) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), V. Teil., §31 Rn. 9.; Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 21f.; Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 33.; これらが判例として掲げるのは、ダンス喫茶の騒音の差止が問題となった連邦通常裁判所の判決である (BGH NJW 1959, 2013, 2014.; 本判決については鈴木・前掲注297) 199頁参照)。連邦通常裁判所は、本判決において、酒類小売免許及び建設許可について、「飲食店営業者と行政庁との間の、又は建築主と行政庁との間の公法的な関係の規制に限定される。営業警察的な許可も建設警察法的な許可も、申請者によって計画された行為が警察的な根拠に違反していないことを確定し、その申請者の私権の行使を認めるものである。しかし、許可行政庁が第三者の利益の考慮の際に、その第三者の私権を顧慮しなければならない場合においても、これらの許可によってその申請者の私権は拡張されず、また他人の私権は制限されない」と述べている。また、その後の判決 (BGH DVBl 1971, 744.) において、この1959年判決を引いて、「建設監督的な許可は、民事法的な関係に影響を及ぼすことなく、単に、当該建設起案が、公法的に妨げられないことを表現しているだけである」と述べ、この判断を確認している。

な請求権に基づいて実現することができるか、という問題である³⁵⁴⁾。以上から、上述(a)で検討した建設許可の私法上の効力の問題は、本章の検討対象とは異なる問題として捉えられる。

六、義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage) と建設許可

本章の検討にあたっては、行政訴訟の一類型である義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage) を通じた公法的制限の実現との関係も重要な位置を占める³⁵⁵⁾。そこで以下では、(1)においてドイツにおける義務づけ訴訟の制度について、(2)において公法上の隣人訴訟について検討したうえで、(3)において、建設許可に関する隣人の義務づけ訴訟について検討を加える。

(1) 義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage)

ドイツ行政裁判所法 (以下条文を表す際には「VwGO」と記述) では、第42条1項において取消訴訟及び義務づけ訴訟が、第43条において確認訴訟が、それぞれ法定されている³⁵⁶⁾。このうち、本章において問題となる義務づけ訴訟は、付与を拒否された行政行為、又は行われない行政行為の公布に対する請求に関する訴訟である (VwGO42条1項)。

義務づけ訴訟において、裁判所が行政庁の義務を宣言することができるのは、事案が「成熟している (spruchreif)」場合である (VwGO113条5項1文)³⁵⁷⁾。事案が成熟しているときに、違法な行政行為の拒否又は不行為によって原告の権利が侵害されている場合、行政裁判所は、判決において詳細に内容を定めた行政行為の公布を行政庁に対して義務づけなければならない (VwGO113条5項1文)³⁵⁸⁾。他方、違法な行政行為の拒否又は不行為によって原告の権利が侵害されているが、

354) バレー教室事件判決 (BGHZ 122, 1.) の事案 (本章3-.) 参照。

355) 民事訴訟を通じた相隣保護と行政訴訟を通じた相隣保護の関係については、本節七. において検討を加える。

356) ドイツの行政訴訟制度に関しては、日本において詳細な研究が行われている。本稿の記述にあたっては、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」同『行政訴訟改革論』223頁 (有斐閣、1993年、初出・1977年)、折登美紀「ドイツ行政裁判所の訴訟類型(一)、(二・完)」民商107巻3号59頁、同4・5号187頁 (1992年)、八木良一＝福井章代「ドイツにおける行政裁判制度の研究」司法研究報告書第51輯第1号 (2000年) を参照した。また、Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 2000. も参照した。なお、VwGO42条、VwGO43条の条文の邦訳に関しては、折登・前掲「(一)」61頁以下参照。

裁量は零に収縮しておらず³⁵⁹⁾、行政庁に裁量の余地又は評価の余地が存在している場合（事案が成熟していない場合）には、行政裁判所は、VwGO113条5項2文に従って、裁判所の法的見解を尊重して（unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts）原告に決定を下すことを行政庁に対して義務づけることを宣言する（指令判決（Bescheidungsurteil））³⁶⁰⁾。

（2）公法上の隣人訴訟³⁶¹⁾

建設法上の隣人訴訟における隣人（der Nachbar）とは、境を接する者（Abgrenzer）だけではなく、法規範によって保護される地位にあり、かつ当該起業案によって侵害される全ての者である（実体的な隣人概念（materieller Nachbar-

357) この「事案の成熟性（Spruchreife）」が存在するのは、行政裁判所が当該行政行為の公布について最終的に判断する状態にある場合とされる。行政行為の公布に関して、裁量の余地（Ermessensspielraum）もしくは評価の余地（Beurteilungsspielraum）が行政庁に認められる場合、又は行政によって行われるべき別の事前決定に行政行為の履行請求権が依存する場合には、成熟性に欠けることとなる（事案の成熟性については、阿部・前掲注356）283頁、折登・前掲注356）「㊦」190頁、八木＝福井・前掲注356）167頁以下、Schenke, a. a. O. (FuRn 356), Rn. 837f. 参照）。VwGO113条5項の内容については、折登・前掲注356）「㊦」188頁参照。

358) 八木＝福井・前掲注356）165頁以下、Schenke, a. a. O. (FuRn. 356), Rn. 851, 従って、行政裁判所が、自身で行政行為を公布するのではなく、行政庁にその公布を義務づける旨を宣告することになる（八木＝福井・前掲注356）155頁以下、Schenke, a. a. O. (FuRn. 356), Rn. 851. 参照）。

359) 裁量に瑕疵のない考慮によって法的瑕疵なく行われうる決定がただ一つに限定される場合、この決定に対して行政の選択の自由は存在しない。これは、裁量の零収縮（Ermessensreduzierung auf Null）又は裁量の収縮（Ermessensschrumpfung）とよばれる（Ossenbühl in Erichsen, AllgVerwR, 11. Aufl., 1998, §10 Rn. 21.）。裁量の零収縮については、阿部・前掲注356）283頁以下、342頁以下、阿部泰隆「裁量収縮論の擁護と水俣病国家賠償責任再論」淡路剛久＝寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』136頁以下（日本評論社、1997年）、原田尚彦『行政法要論（全訂第四版増補版）』96頁（学陽書房、2000年）等参照。

360) すなわち、指令判決とは、判決理由中において、行政庁が裁量判断をする際に顧慮すべき法的限界を示したうえで、裁判所の法的見解を尊重した決定をなすべき義務が行政にあることを宣言する判決である（阿部・前掲注356）285頁、八木＝福井・前掲注356）168頁、Schenke, a. a. O. (FuRn. 356), Rn. 264, Rn. 842.）。

361) ドイツにおける公法上の隣人訴訟に関しては、特に建設法の領域において、日本で詳細に研究されている。本稿では、大西有二「公法上の建築隣人訴訟（一～四）」北法41巻1号1頁、同2号71頁、同3号63頁以下、同4号61頁（1990年～1991年）、同「ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察」北法41巻5—6号591頁（1991年）、塩入みほ「ドイツ建設法における隣人の公権（上）（下）」自研75巻4号89頁、同7号92頁（1999年）、ブローム／大橋・前掲注318）167頁以下、187頁を参照した。

begriff))とされる³⁶²⁾。

隣人の主観的公権³⁶³⁾は、基本権にも通常の法 (einfaches Recht) における規範にも含まれるが、その規範の文言から明文をもって主観法的内容が読みとられることはまれであるとされる³⁶⁴⁾。そこで、この主観的公権の概念に基づいて、客観法的な法規が個人の利益にも役立つように規定されているかどうかが問題とされる³⁶⁵⁾。ここでは、行政庁による客観法的な法規に従った義務の遂行によって、隣人が事実上に有利に扱われるだけでは十分ではなく、むしろこのように有利に扱われるということも当該規範の目的とされていることが必要とされる³⁶⁶⁾。つまり、通常の法における規範が第三者保護的に、すなわち公的な利益だけでなく隣人の利益にも役立つように規定されている限りで、隣人の主観的公権はその法規範から生じるとされている^{367/368)}。

(3) 建設許可に関する隣人による義務づけ訴訟

建設許可が必要とされるにもかかわらず建築主が許可を得ていない場合、又は許可もしくは手続を免除された起業案が隣人保護的な実体法規範に違反して実行される場合、隣人は、行政監督的な手段、例えば建設停止処分 of 公布を行政庁に申請できる³⁶⁹⁾。その申請が拒否された場合に、その隣人は第一に異議審査請求を

362) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV Teil., §30 Rn. 9.; 塩入・前掲注361)「(上)」91頁注(5)参照。ただし、Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 232. では、この点について争いがあるとされる。なお、ブローム／大橋・前掲注318) 175頁以下参照。

363) 主観的公権とは、「権利主体 (Rechtssubjekt) に対して公法的規定において認められる、法秩序の助けを借りて自己の利益を追求するための法的な力 (Rechtsmacht)」であるとされる (Erichsen, a. a. O. (Fußn. 331), §11 Rn. 30.)。

364) Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 234.

365) Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 234.

366) Krebs, a. a. O. (Fußn. 321), 4. Abschn., Rn. 234.; Oldiges, a. a. O. (Fußn. 322), IV, Rn. 360.

367) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV Teil., §30 Rn. 8.; 以上は、ドイツにおける通説・判例とされる「保護規範説 (die Schutznormtheorie)」である (塩入・前掲注361)「(上)」95頁、ブローム／大橋・前掲注318) 176頁参照)。

368) しかし、特に建設計画法においては、このような規範の第三者保護性が容易に判明しないとされ、保護規範説の解釈を補助するために様々な議論がなされている。この議論については、Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 8.; 大西・前掲注361)「一考察」601頁以下、塩入・前掲注361)「(上)」96頁以下、106頁以下、同「(下)」92頁以下、ブローム／大橋・前掲注318) 176頁以下、187頁以下参照。

行うことができ、これが退けられた場合、義務づけ訴訟を起こすことができる³⁷⁰⁾。このような建設行政庁の介入に対する請求権は、建設主によって履行されていない隣人保護的な負担の達成が問題となる場合にも存在するとされる³⁷¹⁾。

建設監督的な介入に対する決定は、原則的に建設行政庁の裁量にかかる³⁷²⁾。そのため、原則として、建設庁がその裁量を瑕疵なく行使することに対する主観的権利のみが隣人に認められうる³⁷³⁾。このような瑕疵のない裁量の行使に対する主観的公権は、当該起業案が隣人保護的な公法規定に違反している場合のみに、すなわち客観法的な権限規範であると同時に隣人の保護にも役立つように規定されている場合にのみに与えられる³⁷⁴⁾。ただし、極端な場合には、建設行政庁の裁量が零に収縮するため³⁷⁵⁾、ある確定した行政庁の介入に対する隣人の請求権が存在する³⁷⁶⁾。

裁量が零に収縮される場合には、裁判所は、申し立てられた措置を行うことを行政庁に義務づける旨を宣言する³⁷⁷⁾。そうでない場合には、建設監督的な介入に対する隣人の申立について、裁判所の法的見解を尊重して新たに判断することを行政庁に義務づける指令判決が下される³⁷⁸⁾。

七. 民事訴訟を通じた相隣保護と行政訴訟を通じた相隣保護—複線性説を中心に

(1) 議論の概観と問題の所在

相隣法における民事訴訟を通じた保護と行政訴訟を通じた保護との関係について、従来のドイツの議論においては、民事訴訟を通じた保護を優先させ行政訴訟

369) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.

370) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.; ドイツの行政訴訟において異議審査請求前置主義が取られていることについて、折登・前掲注356)「(一)」65頁、八木＝福井・前掲注356) 108頁参照。

371) Saurnighausen, Zum Nachbaranspruch auf baubehördliches Einschreiten, NJW 1993, 1623, 1627.

372) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.

373) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.

374) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.; 上述(2)参照。

375) 裁量の零収縮については、前掲注359) 参照。

376) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.

377) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.; 上述(1)参照。

378) Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV. Teil., §30 Rn. 24.; 上述(1)参照。

を通じた保護を排除する見解³⁷⁹⁾、行政訴訟を通じた保護を優先させ民事訴訟を通じた保護を排除する見解³⁸⁰⁾、及び、民事訴訟を通じた保護と行政訴訟を通じた保護の両者を認める、すなわち保護に対する訴訟の複線性 (Zweigleisigkeit) を認める見解 (以下「複線性説」と記述) がそれぞれ主張されていた³⁸¹⁾。しかし、現在では、複線性説が通説・判例とされる³⁸²⁾³⁸³⁾。以下では、この複線性説を基礎において、相隣法における民事訴訟による保護と行政訴訟による保護との関係に関する議論を、本章の考察に必要な限りで検討する³⁸⁴⁾。

現在のドイツで通説・判例とされる複線性説においても、民事訴訟による保護と行政訴訟による保護を同価値とする見解、複線性を認めつつ民事訴訟に優位を認める見解、及び複線性を認めつつ行政訴訟に優位を認める見解が存在している。以下(2)において、それぞれに検討を加える³⁸⁵⁾。

(2) 複線性説における民事訴訟による相隣保護と行政訴訟による相隣保護

(a) 民事訴訟による保護と行政訴訟による保護を同価値に見る見解

ヤーラス (Jarass) は、私法的地位と公法的地位の平行性 (Parallelität) を変

-
- 379) Redeker, Nachbarklage – öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?, NJW 1959, 749.; Schwerdtfeger, Baurechtlicher Drittschutz und Parlamentsvorbehalt, NVwZ 1983, 199.; レーデカー (Redeker) の見解については鈴木・前掲注297) 183頁以下参照。シュヴェルトフェガー (Schwerdtfeger) の見解については鈴木・前掲注297) 185頁以下参照。
- 380) Bartlsperger, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch 60(1969), 35.; Schapp, a. a. O. (Fußn. 350), 1978.; バルツルスペーガー (Bartlsperger) の見解については、鈴木・前掲注297) 187頁以下、秋山・前掲注349) 148頁以下参照。シャップ (Schapp) の見解については、鈴木・前掲注297) 188頁以下、秋山・前掲注349) 149頁以下参照。
- 381) 以上の三つの見解に関する従来の議論については、鈴木・前掲注297) 183頁以下参照。
- 382) この複線性説を通説としているものとして、Jarass, Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen, DVBl 1985, 193, 195.; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 42.; Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, JuS 1987, 169, 173.; Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 9ff., Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 23.; このほか、鈴木・前掲注297) 183頁以下も参照。
- 383) BGH DVBl 1971, 744.; この判決を連邦通常裁判所の判例として示すものとして、Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 42.; Peine, a. a. O. (Fußn. 382), 173., Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 23.; なお、この判決については、本節五. (2)(a)注353) を参照。このほか、鈴木・前掲注297) 199頁以下では、関連する連邦通常裁判所の判決として、BGH NJW 1984, 1242. が挙げられている。
- 384) 秋山・前掲注350) 234頁以下も、複線性説を基礎として学説の検討を進めている。

更しえないものとする³⁸⁶⁾。その理由として、関連する公法的規定が第三者保護的であるために受益者に主観的公権が認められる、という事情に反していることを掲げる³⁸⁷⁾。しかし、行政庁は、関係者が民事訴訟を通じて自らの目的を同様に良く達成できることを裁量の枠内で考量の視点として顧慮しようと述べる³⁸⁸⁾。ただし、BlmSchG17条2項2文のような法律又は一般的な原則によって、裁量が制限される又は認められないという場面には、このような顧慮は排除されるとする³⁸⁹⁾。

マールブルガー（Marburger）は、基本法（GG）19条4項³⁹⁰⁾に基づく訴権の保証を理由として、行政訴訟における保護と民事訴訟における保護が同価値であることを認める³⁹¹⁾。ただし、マールブルガーは、問題となる妨害が比較的軽度である場合と、その妨害が人間の生命又は健康に対して具体的な危険を伴う場合を区

385) パイネ（Peine）は、複線性説を、絶対的な複線性説（die absolute Zweigleisigkeitsthese）と相対的な複線性説（die relative Zweigleisigkeitsthese）に分類する（Peine, a. a. O. (Fußn. 382), 173ff.）。ここでは、公法による利用許可に着目して、その許可が私法的な請求権を排除するか否かで複線性説が分類されている。しかし、これは地区詳細計画及び建設許可の私法上の効力に関する問題である。本章で問題とするのは、このような許可の私法上の効力という形で公法と私法の関係についての議論ではない（本節五. (2)(b)参照）。そのため、以下では、パイネの分類は採用せず、本文に述べた三つの分類のもとに検討を進める。なお、秋山・前掲注350) 234頁以下では、絶対的な複線性説と相対的な複線性説という分類のもとで複線性説の検討が進められている。

386) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195.; Jarass, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, VVdStRL 50 (1991), 239, 256f. でも同様の見解が述べられている。

387) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195.

388) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195.

389) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195.; BlmSchG17条2項2文においては、相当性を欠くために追加命令を発せない場合に、行政庁は許可の全部又は一部を取り消さなければならないことが規定されている（藤村和夫「2.連邦イミシオン防止法」季環108号37頁参照）。

390) GG19条4項

何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途（Rechtsweg）が開かれている。他の〔機関の〕管轄が認められていない限度において、通常裁判所で争う途が与えられている。第10条第2項第2文は〔これによって〕影響を受けない。

本条項の訳は、高田敏＝初宿正典『ドイツ憲法集（第3版）』216頁（信山社、2001年）を引用した。

391) Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 44ff.; このマールブルガーの見解については、鈴木・前掲注297) 195頁以下参照。

別したうえで、行政庁の裁量に関して両者の違いを主張する³⁹²⁾。まず、前者の場合、すなわち妨害が比較的軽微である場合は、隣人に民事訴訟における権利保護の可能性を指示することが行政庁の瑕疵のない裁量として認められるとする³⁹³⁾。他方、後者の場合、すなわち生命等に具体的な危険がある場合に、行政庁が裁量によって民事訴訟における権利保護を指示することは認められないとする³⁹⁴⁾。

(b) 民事訴訟による保護が優先する場合を認める見解

コンラート (Konrad) は、個々の法的主体の保持する主観的権利の確定及び現実化を民事裁判所の責務と捉え、他方、公共団体の構成員にとって共通で一般的な事柄でかつ個人の領域を越えた事柄の遂行を行政庁の責務と捉える³⁹⁵⁾。この理解に基づいて、私人間の紛争は行政においてよりも民事裁判所において体系的に公正に終結されるので、原則として、相隣法において民事訴訟は行政訴訟に対して優先すると述べる³⁹⁶⁾。そのうえで、コンラートは、隣人による許可の取消請求の場面と、隣人による行政庁の介入の請求の場面を区別して、民事訴訟による保護と行政訴訟による保護の關係に検討を加えている³⁹⁷⁾。

392) Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 44ff

393) Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 44f.; この理由として、民事法的な可能性が十分に保証されるので行政庁による救済が必要ないこと、及び、関係する隣人同士の紛争を私法関係において直接規制することは、公益の保護を第一の責務とする行政庁に要求するよりも体系適合的であること、が挙げられる (Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45)。

394) Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45f.; この理由としては、民事訴訟を指示することは BImSchG25条 2 項における法律的评价に違反することが挙げられる (Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 46.)。マールブルガーは、BImSchG25条 2 項のもとで、妨害が人間の生命又は健康に対する具体的な危険に関わる場合、通常、行政庁には必要な処分の公布が義務づけられるとする (Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45 f.)。BImSchG25条 2 項の邦訳は藤村・前掲注389) 39頁参照。

395) Konrad, *privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Immissionsschutz, Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung* (FS zum 30 jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft e. V.), 1996, 133, 159f., Konrad, a. a. O. (Fußn. 351), 35ff, 70ff.; 以下では、前者 (1996年論文) を中心に検討する。後者 (Konrad, a. a. O. (Fußn. 351), 35ff, 70ff.) については、鈴木・前掲注297) 192頁以下参照。

396) Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 159f.; なお、Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195.; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 41.; Peine, a. a. O. (Fußn. 382), 172. は、Konrad, a. a. O. (Fußn. 351), 74. を踏まえて、コンラートの説を、一般的に民事訴訟を優先する説として捉える。

397) Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 160.

まず、前者の場面、すなわち隣人による取消請求の場面は、民事法的な権利保護の優先は一般的に受け入れられないとされる³⁹⁸⁾。他方、後者の場面、すなわち行政の介入に対する請求の場面では、原則として民事訴訟における解決が行政庁の裁量として指示されうるとされる³⁹⁹⁾。しかし、この場面でも、基礎となる事情及び可能な救済措置の評価が困難なとき、または、均衡性を欠く当事者間の相隣紛争であるとき、または切迫する侵害が明らかに危険であるときに、正当であると思われる異議が存在する場合には、裁量が制限され、民事訴訟における解決の指示は断念されるべきとされている⁴⁰⁰⁾。

(c) 行政訴訟による保護が優先する場合を認める見解

ブロス (Broß) は、建設許可によって民事訴訟による相隣保護が排除されないことを指摘したうえで⁴⁰¹⁾、公法的な訴訟においてより費用のかからないこと⁴⁰²⁾、相隣法的関係は個人的な利益に関わるのではなく公益に関わることで捉えられること⁴⁰³⁾、民事訴訟では行政訴訟のような職権探知主義ではなく弁論主義を基礎として判決を下されること⁴⁰⁴⁾、を理由として、相隣紛争の解決は行政訴訟に向かうべきとする⁴⁰⁵⁾。

398) Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 160.; コンラートは、この理由として、相隣保護的な建設法規定及び VwGO113条1項（取消訴訟に関する規定）を通じて、それ自体所与である民事訴訟の優位を立法者が失わせたと捉えられること、並びに GG19条4項（前掲注390）参照）に基づく訴権の保証を挙げる（Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 160.）。

399) Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 160ff.; ここでは、通常、建設法に違反した状態に対する行政の介入は裁量の範囲に収まること、及び民事法的な保護が結論として常に十分な権利保護となることが理由として指摘される（Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 161f.）。

400) Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 163f.

401) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 360f.

402) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 363.

403) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 363.; ブロスはこのように捉える根拠として、個々の隣人は、単に自らの個人の利益においてのみ保護を獲得するのではなく、国家という共同体の構成員 (Glied) として保護を獲得するので、相隣法的関係は国家によって設定された法的な枠のなかで実際に安定していなければならないことを挙げている（Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 363.）。

404) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364., ブロスは、民法上の取引に参加する者すべてが、事実に及び経済的に同じ力を持つ地位を意のままに扱うという伝統的な概念が実情とは異なることを、この根拠を示す基礎とする（Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 363f.）

これに加えてブ罗斯は、行政庁の裁量によって民事訴訟における解決を指示しうるとした連邦行政裁判所の判断⁴⁰⁶⁾は問題解決に役立たないとしたうえで、これによって民事訴訟を通じた保護の存在を理由として管轄の行政庁が当該隣人に対する責任を回避するという方向に進展し、民法の領域への押し付けがますます増加するという危惧を示す⁴⁰⁷⁾。

(d) 学説の検討

以上のように、複線性説における行政訴訟を通じた保護と民事訴訟を通じた保護との関係についての学説は、三つに区別されうる見解が存在する。しかし、具体的な結論に至る過程をそれぞれ検討すると、民事訴訟における十分な保護を理由として民事訴訟を通じた解決を指示することが行政庁の裁量として認められるか否か、という点が重要な役割を担っているといえよう。そこで、以下(3)において、この問題についても検討を加える。

(3) 行政庁の裁量による民事訴訟での解決の指示

(a) 判例の立場

行政裁判所の判例は、相隣紛争に関して、民事訴訟における十分な保護を理由として民事訴訟での解決を行政庁が裁量によって指示することを認めている、と理解されている⁴⁰⁸⁾。

(b) 学説における議論

(ア) 肯定的な見解

405) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 362 ff., なお、ブ罗斯は、両方の裁判所は同じ価値をもって並立していると述べている (Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364.)。

406) BVerwG ZfBR 1998, 106.; 後掲注408) 参照。

407) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364.

408) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364., この点に関する連邦行政裁判所の判例として、BVerwG ZfBR 1998, 106 が挙げられている (Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364 (Fußn. 16).)。この決定では、「隣人が自らの権利を直接『妨害者 (Störer)』に対して民事法的に (BGB1004条、906条、823条2項) 主張する可能性は、個々の事例の具体的な事情にそれぞれ従って、注目すべき裁量の視点となりうる」と述べられる (BVerwG ZfBR 1998, 106, 107.)。このほか、行政庁の裁量による民事訴訟での解決の指示を認める下級審判決として、OVG Lüneburg DÖV 1963, 769, OVG Münster DVBl 1967, 547. が挙げられている (Steinberg, Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, 464 (Fußn. 97).; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45 (Fußn. 192).)。

民事訴訟を通じた十分な保護を理由として行政庁の裁量による民事訴訟での解決の指示を肯定するのは、ヤーラス（Jarass）、マールブルガー（Marburger）及びコンラート（Konrad）である⁴⁰⁹⁾。いずれの見解も共通して、行政の介入が原則として裁量のもとに置かれることをその根拠としている⁴¹⁰⁾。ただし、いずれの見解も、行政庁の裁量による民事訴訟での解決の指示が否定される場合のあることを認めている⁴¹¹⁾。

（イ）否定的な見解

民事訴訟を通じた十分な保護を理由として行政庁の裁量で民事訴訟での解決を指示することを否定するのは、スタインベルグ（Steinberg）、ロート（Roth）及びブロス（Broß）である⁴¹²⁾。いずれの見解においても、このような裁量による民事訴訟での解決の指示は国家（行政）の保護義務違反であり、公法的な法益保護の許されがたい私化（Privatisierung）となることが、根拠として挙げられている⁴¹³⁾。

3 バレー教室事件判決（BGHZ 122, 1.）の概要

一、本判決の事案

バレー教室事件判決における被告（Y）はバレー教室の経営者であり、原告（X）はこのバレー教室に隣接している土地の物的な用益権者（dingliche Nießbraucherin）である。

1984年9月28日と1985年11月19日に、B市は、Yに対して、Y所有地上の建築物の改築と半地階（バレーホール）の用途変更に必要な建設許可を付与した。両許可には「練習時間の間、又は音楽再生機（Tonwiedergabegeräte）のスイッチ

409) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195 (上 述(2)(a)参 照).; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 44ff (上 述(2)(a)参 照).; Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 160ff (上 述(2)(b)参 照)

410) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195 (上 述(2)(a)参 照).; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45 (上 述(2)(a)参 照).; Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 161ff (上 述(2)(b)参 照).

411) Jarass, a. a. O. (Fußn. 382), 195 (上 述(2)(a)参 照).; Marburger, a. a. O. (Fußn. 348), 45f (上 述(2)(a)参 照).; Konrad, a. a. O. (Fußn. 395), 163f (上 述(2)(b)参 照).

412) Steinberg, a. a. O. (Fußn. 408), 464; Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 10f.; Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364.

413) Steinberg, a. a. O. (Fußn. 408), 464.; Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 13.; Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 364.

が入っている間、原則として窓は閉じられていなければならない」という内容の負担が付されていた。さらに、両許可においては、日中（6時から22時まで）は60dB(A)の基準値を、夜間（22時から6時まで）は45dB(A)の基準値を、それぞれ超過してはならないことが確定されていた。

当該建設許可に対してなされたXの取消訴訟は、1985年11月19日に棄却された。

その後、Xは、Yに対して、先に示した負担の遵守を求めて、ビュッケンブルグ地方裁判所に訴えを提起したが、同地方裁判所は訴えを棄却した。これに対してXは控訴した。この控訴に際して、Xは、指定された時間的範囲において窓を閉めておくことのみを再び請求した。ツェレ上級地方裁判所は、Yに対して、19時以降に、音楽再生機が使用されている場合には、Yの家の一階と半地階にある練習部屋の窓を閉めつつけておくことを命じた。しかしその他の点では控訴を棄却した。これに対してXは上告した。この上告に対して、連邦通常裁判所がXの請求を認めたのが本判決である⁴¹⁴⁾。

二. 本判決の内容の検討

(1) 行政行為のBGB823条2項における保護法規性

(a) 問題の所在

本判決では、行政行為のBGB823条2項における意味での保護法規性が問題とされている。BGB823条2項の意味における保護法規としては、EGBGB2条に従って、原則として全ての法規範が考慮に入れられる⁴¹⁵⁾。しかし、実体的な意味での法律の代わりに、行政庁による個別の規制を通じて不法行為に対する保護が行われうるか、という問題については、BGBにおいて特に何も規定されていない⁴¹⁶⁾。そこで、ドイツにおいて、行政行為の保護法規性が議論の対象とされている。

(b) この問題に関する判旨

「控訴裁判所は、当然に以下のことから出発している。それは、行政行為を通

414) 本判決の事案については、BGHZ 122, 1, 1f. 参照。

415) 本章2一、(2)(a)参照。

416) K.Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 260.

じて命じられた負担が、その行政行為の基礎におかれる権限規範（Ermächtigungsnorm）を、BGB823条2項の意味における保護法規として、具体化していることである。その際にはこのような行政行為（…）ではなく、その行政行為の根拠となっているその都度の権限規範が保護法規として考察される。このライヒ裁判所によって…既に創り出された判例は今日まで継続しており、基本的な判決において連邦最高裁判所によっても確定されている。この判例は学説において圧倒的な同意を得ている。本法廷もこれに同調する⁴¹⁷⁾。」

（c）学説における議論

この行政行為の保護法規性の問題については、以下で示す四つの学説があるとされる⁴¹⁸⁾。

第一に、当該行政行為自体を BGB823条2項における保護法規とみなす見解がある。これはかつて判例においてみられた見解である⁴¹⁹⁾。

第二に、当該行政行為の不服従に対して制裁を加える刑罰規定（Strafbestimmung）又は過料規定（Bußgeldbestimmung）を保護法規とみなす見解がある。これもかつて判例においてみられた見解である⁴²⁰⁾。

第三は、当該行政行為を行う権限を付与する規定（Ermächtigungsnorm）を当該行政行為との結び付きにおいて保護法規とみなす見解である。この見解は、通説であると評価されている⁴²¹⁾。この見解において前提条件となるのは、権限付与規定が BGB823条2項の意味における保護法規としてみなされうること、及び法

417) BGHZ 122, 1, 3f.

418) 以下の記述は、K.Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 264ff. における学説の整理を基礎とした。

419) RG JW 1916, 38.; 本判決については、K.Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 261 f. 参照。ただし、この見解は、EGBGB 2 条に基づいて、法規範のみが BGB823条2項における保護法規の概念として考慮されることを理由として批判されている（Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht erster Teil, 1974, 47ff, 48, 54.; K. Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 264ff.; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., 1999, Hager, §823 Rn. G 10.; Soergel Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 1998, Zeuner, §823 Rn 286.)

420) RG JW 1909, 493.; 本判決については、K.Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 261. 参照。この見解に対しては、立法者が違反を刑法違反又は秩序違反として評価するかどうかによって、第三者保護的な法的義務の解釈が変更されることが困難であるとして批判されている（K Schmidt, a. a O (Fußn. 296), 265.）。

律によって意図された個人の保護を具体化する行政行為がその権限規定に基づいて決定されていること、である⁴²²⁾。この見解では、法律とそれに基づいた行政行為が一体として考慮されている⁴²³⁾。すなわち、その法律に基づいた行政行為の公布という行政庁の決定が必要となる⁴²⁴⁾。

第四は、禁止を具体化する行政行為が構成要件の基準 (Merkmal) の役割を果たす「拡張された禁止構成要件 (gestreckten Verbotstatbeständen)⁴²⁵⁾」の概念を採用する見解である⁴²⁶⁾。この見解は、保護法規としてみなすべきでない単なる行政庁の権限と、保護法規としての特徴を持つ「拡張された禁止構成要件」を区別する見解とされる⁴²⁷⁾。すなわち、BGB823条2項の意味における保護法規とされることが立法者によって認められている行政行為のみを、保護法規として認める見解である⁴²⁸⁾。

(d) 本判決の意義

本判決は、上述(c)で示した第三の見解である通説を採用したものと評価されて

421) Rehbindner, Anm zu BGH LM Nr.10 zu §823 (b), 2. (a) ; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn 419), §823 Rn G 10.

422) Rehbindner, Anm zu BGH LM Nr. 10 zu §823 (b), 2. (a)., Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn. G 10.

423) Rehbindner, Anm zu BGH LM Nr 10 zu §823 (b), 2. (a). ; なお、Larentz, a. a. O. (Fußn. 300), §77 II, 1 (b), 433. では、「行政庁の決定によって実行されること又は補完されることが必要な規定も、規範としての性質を持ち、それゆえ原則的に保護法規としての特徴を持ちうる」と述べられている。Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn. G 10. も同様。

424) Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn G 10. , この通説に対しては、行政行為がそれ自体を考慮の対象とされた場合、BGB823条2項における保護法規の要件である「個人保護の目的 (本章2一. (2)(b)参照)」について、個人を保護する特徴を持たない権限付与規範であるところの秩序法的な一般条項がBGB823条2項の保護規範とされてしまうという問題を指摘する見解がある (K. Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 265. , シュミット (K. Schmidt) は、ここで、「個人保護の目的」は法律自体ではなく具体化された命令から判明するとした OLG Hamm JZ 1981, 277. を挙げる)。

425) これは、「禁止可能性構成要件 (Verbietbarkeitstatbestand)」とも呼ばれている。

426) K. Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 265. ; MünchKomm-Mertens, a. a. O (Fußn 309), §823 Rn 174. , この「拡張された禁止構成要件」は、シュミット (K.Schmidt) がドイツ競争制限禁止法 (GWB) 35条における保護処分について主張した見解である (K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht-kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, 1977, 367f.)。

427) Rehbindner, Anm zu BGH LM Nr.10 zu §823 (b), 2 (a).

いる⁴²⁹⁾。本判決は、保護法規として、権限規範を具体化する行政行為ではなく、その行政行為の根拠となっているその都度の権限規範が考察されるとする⁴³⁰⁾。

(2) BGB823条2項に基づく準ネガトリア請求権とBGB906条との関係

(a) 問題の所在

BGB906条によれば、BGB1004条1項に基づく除去請求権あるいは不作為請求権は、その侵害が本質的（wesentlich）であり、かつ場所的慣行的（ortüblich）でない場合、または、その侵害が本質的であり、かつ場所的慣行的であるが経済的に要求しうる措置によりその侵害を防ぎうる場合に認められる⁴³¹⁾。このBGB906条は、相隣関係における不法行為の違法性について決定的となるとされている⁴³²⁾。

本判決では、公法的な保護法規がBGB823条2項の意味における保護法規と解釈され、それによって不法行為に基づく準ネガトリア請求権が生じた場合にも、BGB906条の前提条件を満たしていることが必要とされるか否かが問題とされている。

(b) この問題に関する判旨

「3. …。確かに、隣人同士の関係において、BGB906条以下の特別規定が、それによって把握される規制の領域において、一方の土地から他方の土地に対して発生した影響が適法な所有権への働きかけであるのか、それとも違法な所有権侵害を示すのかということについて決定的であるということは正しい。…。しかし、このことは、保護規範を通じた特別な規制に対して最終的に適用されないし、そ

428) MunchKomm-Mertens, a. a. O. (Fußn. 309), §823 Rn. 174.; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn. G 10.; なお、この見解に対しては、行政行為の公布を行政に委ねることが単に立法者の合目的な決定である場合に、なぜ、明らかに第三者保護を目的としている行政行為が損害賠償の訴又は不作為の訴えで役立ちえないのか、という点が明白でないとする見解がある（Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn. G 10.）。

429) Rehbinder, Anm zu BGH LM Nr 10 zu §823 (b), 2. (a).

430) K Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 269（シュミット（K. Schmidt）はこの点を捉えて本判決に賛同する）； Staudinger-Hager, a. a. O. (Fußn. 419), §823 Rn. G 10.; なお、この判断は BGH NJW 1995, 132.（本稿Ⅲ 4 四. (7)(a)(7)参照）においても維持されている。

431) 本稿Ⅲ 2 参照。

432) Erman-Hagen/Lorenz, BGB, 10. Aufl., 2000, §906 Rn. 5.

れと同時に、保護法規に基づいた準ネガトリア不作為請求権（BGB823条2項）にも適用されない。その限りで保護法規違反は違法性を徴憑する。行政庁による法律上の根拠に基づいた該当の行為命令において、侵害の結果と結びつけずに隣人の保護を前進させる抽象的危険の構成要件が規範化される。すなわち、この特別な権利保護を通じて、隣人の法益（所有権、健康）は確かに間接的にはあるが、しかし特に効果的に保護される。この原告に追加的に認められる法的地位によって、原告は準ネガトリア不作為訴訟を通じて守られる。なぜなら、被告に対する行為の命令は、その効果に関わらず、その命令の達成が個々の場合に保証されるときにだけ、その目的に適合するからである。もし保護法規違反の場合にその違法性を BGB906条の基準によって立証しなければならないとするならば、保護法規の特殊で抽象的な規制の機能が無に帰すことになるだろう。それゆえ、保護法規違反から生じる準ネガトリア請求権を、BGB906条を通じてしかるべく制限することについて、本法廷はそれに従えない。…。

4. …このことは体系に反する結果を導かない。隣人が BGB906条に従ってその隣人に当然に与えられる保護を、建設許可と結び付けることなく勝ち取るということは、建設許可が第三者の権利を害することなく下され、それゆえに私権形成的效果を持ちえない、ということに基づいている。まさにこの私権は、隣人に、第三者保護的な公法規範の遵守を強く主張する可能性をも開いている⁴³³⁾」。

(c) 学説における議論

この問題について、通説は、保護法規違反から生じる準ネガトリア請求権については BGB906条によって制限されないとする⁴³⁴⁾。他方、BGB906条が私法的なイミシオン保護を最終的に規定していないとすることに疑問を呈する見解もある⁴³⁵⁾。

433) BGHZ 122, 1, 6ff.

434) Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn 16ff.; この解釈を通じて、行政による個々の場合の命令が BGB906条で予定されている要求よりも厳しい要求を設定している場合に、隣人の受忍義務が軽減され、それにより環境保護が効率的に行われるとされる (Rehbinder, Anm zu BGH LM Nr 10 zu §823(b); K.Schmidt, a. a. O. (Fußn. 296), 272.; Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn. 18., Fritzsche, Die Durchsetzung nachbarschützender Auflagen über Zivilrechtliche Abwehransprüche, NJW 1995, 1121, 1124.)。

（d）本判決の意義

本判決では、上述(b)で示したように述べて通説の立場をとった⁴³⁶⁾。それによって、BGB906条は、バレー教室事件判決の事案のような状況において、私法的なイミシオン保護を最終的に規定するものではないとされる⁴³⁷⁾。

4 民事訴訟を通じた公法的規制の実現—バレー教室事件判決を起点として

一. この問題に対するバレー教室事件判決の意義

ドイツにおいて、民事訴訟を通じた公法的規制の実現という観点は決して新しいものではないとされる⁴³⁸⁾。それにもかかわらず、バレー教室事件判決には、実務において高い関心が集められるとされる⁴³⁹⁾。その理由として、本判決によって、負担の遵守が民事訴訟の場において要求される可能性への注意が再び喚起されたことが挙げられている⁴⁴⁰⁾。また、本判決の実務的な帰結として、民事法的环境保護が著しく強化されたことを挙げる見解も存在する⁴⁴¹⁾。

以上のような意義を持つバレー教室事件判決を起点として、以下では、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する学説における議論を検討する⁴⁴²⁾。

435) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., 1999, Bassenge, §906 Rn. 3.

436) Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn 18.

437) Staudinger-Roth, a. a. O. (Fußn. 348), §906 Rn 18.

438) Fritzsche, a. a. O. (Fußn. 434), 1124.; フリツェ (Fritzsche) は判例として BGH WM 1974, 572. を示す (Fritzsche, a. a. O. (Fußn. 434), 1124.)。この判決は、建物間の間隔に関する規定に違反した場合に関する事案である。当該州の建築法によれば、当該建物の階数に応じて建物間の間隔の幅員が定められていた。この判決では、「もし、階数制限違反が証明されたならば、階数に関する規定の内容に沿う状態の確立に対する原告の請求権は、被告の故意・過失に左右されず、認められることになろう。判例と学説は、原則として、他人を保護を目的とする法律の対する違反のもとで、他人の法益を侵害した者すべてに、この侵害を将来に向けて除去することを義務づけており、これは BGB276条の意味における故意・過失に左右されずにこの義務は生じる (BGH WM 1974, 572, 573.)」と述べられる。なお、この1974年判決当時の議論状況については、Picker, Die privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von "Schutzgesetzen", 1976, AcP 176, 28ff. 参照。

439) Fritzsche, a. a. O. (Fußn. 434), 1124.

440) Fritzsche, a. a. O. (Fußn. 434), 1124.

441) Rehbinder, Anm zu BGH LM Nr. 10 zu §823 (b), 3.; また、本判決の意義については、シュミット (K. Schmidt) の見解 (前掲注296)) も参照。

二、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論

(1) 肯定的な見解

(a) バレー教室事件判決を考察対象とする見解

フリツチェ (Fritzsche) は、このバレー教室事件判決の持ちうる意義が、公法における執行不全 (Vollzugsdefizit) から明らかになるとする⁴⁴³⁾。また、直接の紛争を回避するために監督行政庁による解決を求めることによって、行政庁が不作為請求者と同じ方法で妨害者に対して行動することになる点、及び民事裁判所の方が行政裁判所よりも通常迅速に行動する点も指摘する⁴⁴⁴⁾。

ブロス (Broß) は、相隣紛争において、民事訴訟を通じた解決を行政が裁量によって指示することについて、現実には、民事裁判所においても十分な保護が得られない危険が伴うことを指摘する⁴⁴⁵⁾。そして、このような危険の回避を理由として、負担の派生的相隣権に基づいた達成を肯定したこのバレー教室事件判決について無条件で賛同の意を示す⁴⁴⁶⁾。

ハーゲン (Hagen) は、バレー教室事件判決及び非常用暖炉事件判決⁴⁴⁷⁾によって、私法的イミシオン保護が完全なものとなった、と評価する⁴⁴⁸⁾。ここでは、行政庁が公法的手段を通じて問題となる負担を実現するか否かにかかわらず、隣人自らが自らの権利保護を行いうるようになったことが指摘されている⁴⁴⁹⁾。さらにハーゲンは、公法的な建設計画法及び建設秩序法には、甚だしい権利保護の欠缺

442) 以下では、バレー教室事件判決を直接検討していない見解も検討対象に加える。

443) Fritzsche, a. a. O. (Fußn 434), 1124.

444) Fritzsche, a. a. O. (Fußn 434), 1124.; さらに、フリツチェは自らの論文の最後に、「…、第三者保護的な公法的負担の遵守は、民事法的な防御請求権を通じて達成されうる。このことは、相隣法において権利保護の効率を高めるといえよう」と述べる (Fritzsche, a. a. O. (Fußn 434), 1126.)。

445) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 365.; なお、ブロスは、相隣関係における隣人の保護は行政訴訟によってはかられるべきとの見解をとっている (本章2七. (2)(c)参照)。また、民事訴訟による保護を理由とした行政庁の裁量による民事訴訟による解決の指示を認める判例に対しては批判的な立場を取る (本章2七. (3)(b)(i)参照)。

446) Broß, a. a. O. (Fußn. 352), 365., 359.

447) この非常用暖炉事件判決については、本節三. 参照

448) Hagen, Immissionsrechtlicher Nachbarschutz vor den Zivilgerichten, ZfR 1999, 413, 417.

449) Hagen, a. a. O. (Fußn. 448), 417

が存在することを指摘したうえで⁴⁵⁰⁾、公法的な相隣保護が不十分である状態においては、民事法的な相隣保護には依然として捨て去られえない独自の重要性があるとする⁴⁵¹⁾。

レーテル（Röthel）は、BGB823条2項に基づく準ネガトリア請求権とBGB906条の関係に対するバレー教室事件判決の判断⁴⁵²⁾を、「…、BGB906条の適用によって公法的な相隣保護を『下に向かって（nach unten）』修正することはできない」という判断であると評価したうえで、この本判決の判断に賛同している⁴⁵³⁾。

（b）バレー教室事件判決を直接の考察対象としていない見解

レーデカー（Redeker）は、公法上の隣人訴訟の問題点を掲げ、相隣関係において行政訴訟を通じた解決を排除する見解を取る⁴⁵⁴⁾。そして、公法的な隣人訴訟がなくても問題が起こらないのは、代わりに完全な民事法的な保護の行われる場合のみであるとしたうえで、秩序法的性質をもつ規定がBGB823条2項に基づく保護法規となることを基礎として、BGB823条2項に基づく準ネガトリア請求権を通じた公法的規制の実現を肯定する⁴⁵⁵⁾。

シュヴェルトフェガー（Schwerdtfeger）は、客観法的な第三者保護規範を保護規範とするBGB823条2項に基づく準ネガトリア請求権が認められることを理由として、公法的な相隣保護を排除する見解を取る⁴⁵⁶⁾。

コンラート（Konrad）は、BGB823条2項における保護法規が、純粋な私法的領域における規定ではなく、公法的な性質又は私法と公法の混合的な性質を持つ

450) Hagen, a. a. O. (Fußn. 448), 417f.; ここで、ハーゲン＝、所有権者以外の権利者（特に賃借人）に対する実体的イミシオン保護が公法において考慮の外に置かれていること、及び建設許可手続における隣人の参加権（die Beteiligungsrechte）が縮小しており、この参加権が十分に現れていないことを指摘する（Hagen, a. a. O. (Fußn. 448), 417f.）。隣人の参加権に関する後者の指摘においては、具体的に、建設法における簡略化の傾向が指摘されている。現在のドイツにおける建設許可手続の簡略化については、本章2三. (1)注320) 参照。

451) Hagen, a. a. O. (Fußn. 448), 417f.

452) 本章3二. (2)参照。

453) Rothel, Privatrechtliche Ansprüche bei Larmbeeinträchtigungen, Jura 2000, 617, 620.

454) Redeker, a. a. O. (Fußn. 379), 750f.; レーデカーの見解については、鈴木・前掲注297) 183頁以下参照。レーデカーが、相隣関係において行政訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることにについて、本章2七. (1)注379) 参照。

455) Redeker, a. a. O. (Fußn. 379), 751f.

規定であること、及びBGB823条2項における保護法規概念の実質的基準が、この意味において公法における保護規範説と同じ内容を示すこと⁴⁵⁷⁾をそれぞれ示し、公法的な隣人保護を導くものは同時に私法的な相隣保護も導くとして、BGB823条2項に基づく準ネガトリア請求権を通じた公法的規制の実現を肯定する⁴⁵⁸⁾。

メルテンス (Mertens) は、技術的な安全保障法の標準規範 (Standardnormen) が、それを具体化する許可の条件及び負担の存在なしに BGB823条2項の意味における保護法規となりうるとするマールブルガー (Marburger) の見解⁴⁵⁹⁾について検討を加える⁴⁶⁰⁾。そして、行政庁と製造業者等の間に暗黙の協調関係が生まれる危険を指摘し、必要であれば法及び技術的規則及び行政庁による負担の遵守を、損害賠償訴訟の枠内でもう一度審査する利益は保護に値すると述べ、マールブルガーの見解に賛同する⁴⁶¹⁾。

ドルデラー (Dolderer) は、相隣法における公法と私法の関係について考察した後に⁴⁶²⁾、私法には、公法の「予測リスク (die Prognoserisiken)」を補う役割があるとする⁴⁶³⁾。その理由として、公法はもっぱら予防的に規制を行うものであり、

456) Schwerdtfeger, a. a. O. (Fußn. 379), 199ff.; シュヴェルトフェガーの見解については、鈴木・前掲注297) 185頁以下参照。また、シュヴェルトフェガーが、相隣関係において行政訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることにについて、本章2七.(1)注379) 参照。

457) BGB823条2項における保護法規概念の実質的基準については本章2一.(2)(b)を、行政訴訟における保護規範説については本章2六.(2)注367)を、公法上の隣人訴訟において問題となる法規の第三者保護規範性に関しては本章2六.(2)をそれぞれ参照。

458) Konrad, a. a. O. (Fußn. 351), 37, 74.; コンラートの見解については、鈴木・前掲注297) 192頁以下参照。コンラートの相隣法における民事訴訟と行政訴訟との関係に関する見解については、本章2七.(2)(b)参照。

459) Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, 475ff.; なお、このマールブルガーの見解については、鈴木・前掲注297) 267頁以下参照。

460) MünchKomm-Mertens, a. a. O. (Fußn. 309), §823 Rn. 176f.

461) MünchKomm-Mertens, a. a. O. (Fußn. 309), §823 Rn. 177.; なお、MünchKomm-Mertens, 2. Aufl., 1986, §823 Rn.153f. において、既に同じ見解が述べられている。

462) Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 21ff., ドルデラーの民事訴訟における保護と行政訴訟における保護との関係における複線性説に対する見解、特に地区詳細計画の私法的効力に対する見解について、秋山・前掲注350) 273頁以下、同「相隣関係における調整の論理と都市計画の関係Ⅳ」早法75巻4号53頁以下(2000年)を参照。複線性説については、本章2七. 参照。

463) Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 25f

常に誤った予測をするリスク（予測リスク）を伴うが、私法にはこのようなリスクは存在しないことが挙げられる⁴⁶⁴⁾。さらに、公法自体にも予測リスクに対する事後的配慮を行う手段は存在する⁴⁶⁵⁾が、そこには行政庁の裁量の留保が認められていることによって発生する弱点があると指摘したうえで⁴⁶⁶⁾、その弱点の克服に相隣私法、とりわけ BGB1004条及び BGB823条 2 項に基づく派生的相隣権が有効であると述べる⁴⁶⁷⁾。

（2）否定的な見解

（a）バレー教室事件判決を考察対象とする見解

J. F. バウアー（J. F. Baur）／ビッツァー（Bitzer）は、起業案の実施における建築主の利益にも配慮すべきであること、相隣者は行政訴訟（義務づけ訴訟）を通じて自らの保護を実現しうること、BGB906条と結びついた BGB1004条に基づく防衛請求権（根源的請求権）によって私法的に十分に保護されうること、行政実務における裁量も考慮されるべきであること、を理由として、BGB823条 2 項及び BGB1004条類推に基づく準ネガトリア請求権によって公法的な保護規範の達成を認めた本判決を批判している⁴⁶⁸⁾。

（b）バレー教室事件判決を直接の考察対象としていない見解

バルツルスパーガー（Bartlsperger）は、公法的建設相隣法の規定が一般的な私法の相隣法に関する規定に対して特別法として解釈されることを理由として、民事訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることを示したうえで、BGB823条 2

464) Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 25f.

465) ただし、この手段としては、一部の州建設法に規定されている建設施設に対する追加命令についての規制、又はイミシオン保護法的な追加命令の公布（BImSchG 17条；邦訳は藤村・前掲注389）37頁参照）もしくはイミシオン保護法的な許可の撤回の公布（BImSchG 21条；邦訳は藤村・前掲注389）38頁参照）しか存在しないとされる（Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 26.）。州建設法上の追加命令については、Brohm, a. a. O. (Fußn. 319), IV Teil., §28 Rn. 24. 参照。

466) ここでは、規制緩和の傾向も弱点として指摘されている（Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 26.）。建設許可に関する規制緩和の傾向については本章 2 三. (1) 注320) 参照。

467) Dolderer, a. a. O. (Fußn. 350), 26.

468) J. F. Baur/Bitzer, Anm. zu BGH JR 1994, 100, 103f.；なお、本注釈の署名が、「Jürgen F. Bauer」となっているが、JR 1994 の Inhaltsverzeichnis においては、「Baur」と表記されていること、及び本注釈の内容から、本稿においては本注釈が J. F. バウアー（J. F. Baur）の手によるものとして検討する。

項の意味における保護法規として行政法規が考慮されるか否かに関わりなく、BGB823条2項に基づく請求権についてもこの解釈があてはまるとする⁴⁶⁹⁾。

シャップ (Schapp) も、民事訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることを示したうえで、相隣公法における規範は条例制定者又は行政にのみに向けられることを理由として、当該公法的規制に違反する場合に、BGB823条2項の意味における建設主の保護法規違反は存在しないとする⁴⁷⁰⁾。

クレプファー (Kloepfer) は、上述(1)(b)において検討したメルテンス (Mertens) の見解を、公法的な執行不全を修正する可能性の創設を民事法的な権利保護の拡張の目的として持ち出す見解であると評価する⁴⁷¹⁾。そのうえで、訴権者にとって必要となる強制に対する準備 (erforderlichen Erzwingungsbereitschaft einer privater Klageberechtigter) を理由として、このメルテンスの見解を批判する⁴⁷²⁾。

(3) 学説の検討⁴⁷³⁾

(a) 肯定的な見解の検討

(ア) BGB823条2項の私法的性質と公法的性質

上述(1)(b)において示したレーデカーの見解及びシュヴェルトフェガーの見解では、公法的規定がBGB823条2項の意味における保護法規としてみなされることが、「相隣法における公法的手段の排除」の根拠として取り扱われている。ただし、本章2七、(1)で述べたように、現在の通説及び判例は相隣法において民事訴訟を通じた保護と行政訴訟を通じた保護の複線性を認めている。それゆえ、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する現在のドイツの議論状況を考察するにあたって、これらの過去の議論を検討対象とすることはできないとも考えられる。

469) Bartlsperger, a. a. O. (Fußn. 380), 62. ; 鈴木・前掲注297) 186頁以下、秋山・前掲注349) 148頁以下参照。また、バルツルスペーガーが、相隣関係において民事訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることにについて、本章2七、(1)注380) 参照。

470) Schapp, a. a. O. (Fußn. 350), 246f. ; 鈴木・前掲注297) 188頁以下参照。また、シャップが、相隣関係において民事訴訟を通じた解決を排除する見解を取ることにについて、本章2七、(1)注380) 参照。

471) Kloepfer, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus öffentlicher Sicht, NuR 1990, 345.

472) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 471), 345.

しかし、上述(1)(b)においてその見解を示したコンラートは、レーデカーの見解及びシュヴェルトフェガーの見解と同様に、BGB823条2項に公法的性質が認められることを根拠としている。そして、本章2七．(2)(b)で検討したように、このコンラートの見解は複線性を維持しつつ民事訴訟に優位を認める見解を取っており、現在の通説及び判例に沿っている。そのため、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する点について、これらの見解を検討対象とすることが認められよう。

これらの見解においては、上述したように、公法的規制を民事訴訟を通じて実現するにあたって、私法的規定のみならず公法的規定もその保護法規とするBGB823条2項には私法的性質だけでなく公法的性質も認められることが基礎とされている⁴⁷⁴⁾。これは、民事訴訟を通じた公法的規制の実現の法理論的根拠として示されていると解されう。

(イ) 公法的手段の不全の補完

上述(1)(b)で示したドルデラーの見解では、公法的手段に必然的に付随する予測リスクの存在、及び事後的配慮を行う公法的手段における行政の裁量に関する弱点の存在が指摘され、これらの克服に派生的相隣権が有効であるとされる。また、上述(1)(a)において示したプロスの見解では、行政庁は裁量によって民事訴訟による解決を指示しうるとされていることを理由として、公法的規制の派生的相隣権に基づいた達成を肯定したバレー教室事件判決に賛意が示されている。ここから、ドルデラー及びプロスは、公法的手段の不全、とりわけ行政の裁量に起因する公法的手段の不全を補う機能を私法的手段（派生的相隣権）に認めていると解することができよう。これに加えて、公法的権利保護の欠缺を指摘するハーゲンの見解（上述(1)(a)）、及びフリツチュの見解（上述(1)(a)）においても、公法的手段の不全の補完が私法的手段による公法的規制の実現を認める根拠とされている。なお、上述(1)(a)で示したメルテンスの見解は、民事訴訟を通じた公法的規制の実現を対象とした見解ではないが、隣人の保護に関する行政庁の手段の不全が根拠と

473) 以下では、バレー教室事件判決を考察対象とする見解と、バレー教室事件判決を直接の考察対象としていない見解をあわせて検討対象とする。

474) 上述(1)(b)において示した、レーデカーの見解、シュヴェルトフェガーの見解及びコンラートの見解参照。BGB823条2項における保護法規として全ての法規範が考慮に入れられることについては本章2一．(2)(a)参照。

されている。

(ウ) 公法的保護と私法的保護の関係についての法政策的考慮

最後に、上述(1)(a)で示したレーテルの見解では、私法的相隣保護において、公法的相隣保護を「下に向かって (nach unten)」修正することはできないことを根拠して、公法的規制を民事訴訟において実現することが是認されていた。この点は、法政策的根拠として示されているといえよう。

(b) 否定的な見解の検討

上述(2)(b)で示したバルツルスパーガーの見解、及びシャップの見解においては、いずれの見解の基礎にも、「相隣関係における公法の優越と民法の排除」という概念が存在している。しかし、本章2七.(1)において検討したように、現在のドイツにおける通説・判例は、複線性説を取っている。それゆえ、「公法的規制の民事訴訟を通じた実現」に関する現在のドイツの議論状況を考察するにあたっては、これらの過去の議論は直接考察の対象とするのに相応しくない。

上述(2)(b)で触れたクレプファーの見解は、上述(1)(a)で示したメルテンスの議論に対する批判である。ただし、短い文章であり、また具体例の記述がなく、「訴権者にとって必要となる強制に対する準備」という抽象的表現が使われているにとどまるため、必ずしもその内容は明らかではない。

他方、上述(2)(a)において検討したJ. F. バウアー／ピッツァーの見解は、義務づけ訴訟における実現の可能性、私法的な保護の存在、行政実務における裁量の考慮を理由として、バレー教室事件判決に対して批判的な立場を取っている。しかし、肯定説の指摘する公法的手段の不全に関しては、特に反論が示されていない。

三. バレー教室事件判決以後の判決 (非常用暖炉事件判決⁴⁷⁵⁾)

非常用暖炉事件判決における被告は、固形燃料及び液状燃料による暖房が禁止された地区詳細計画の区域において、「暖炉は、第一次的なエネルギーの停止の際にのみ非常用暖炉 (Notkamin) として使用される」という内容の負担が付された建設許可を暖炉の設置に対して受けた。しかし、被告はこの暖炉を随意に使

475) BGH NJW 1997, 55.

用していた。原告は、被告に対して当該負担の遵守を求めて訴えを提起した。連邦通常裁判所は、原告の訴えを認めた。

本判決において、連邦通常裁判所は、BGB906条の前提条件が具体的な場合に存在しない場合に、建設許可に付随する負担の遵守を、原告が民事裁判所場で達成することを認めている⁴⁷⁶⁾。そして、第三者保護規範として考慮に入れられるBImSchG22条1項1号及び2号の規定が、当該負担によって詳細に具体化される際に、この規定が行政庁によって明文をもって引用されたかどうかには関わらない、とした原審を支持している⁴⁷⁷⁾。さらに、具体的な侵害の発生、又は侵害が直接間近に迫っていることが不作为請求権の成否と関わらないとしている⁴⁷⁸⁾。

学説では、本判決を通じて、連邦通常裁判所はバレー教室事件判決における判断を維持した、とされている⁴⁷⁹⁾。

V 日本法への示唆と日本法において必要となる独自の考察

1 本章における検討の内容

以下では、本章2において、本稿ⅡからⅣで検討したドイツ法の議論を分析する。この分析に基づいて、本章3で、日本法に対するドイツ法からの示唆、及びこの示唆を受け入れる際に日本法において必要となる独自の考察の内容に検討を加える。そして、この検討結果を基礎として、本章4において、日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の議論の構造を示す。

2 ドイツ法における議論の分析

一. はじめに

本節では、本稿で検討したドイツ法の議論の内容を分析する。以下、本節二.において、ドイツ法の二つの議論がそれぞれ対象とする問題状況を分析する。この分析を基礎として、本節三.では、民法的保護と行政法的保護の一致の実現形

476) BGH NJW 1997, 55.

477) BGH NJW 1997, 55

478) BGH NJW 1997, 55

479) Broß, a. a. O. (Fußn 352), 366.; また、ハーゲン (Hagen) の見解 (本節二. (1) (a)) も参照。

態について、本節四. では、学説が示す根拠について、それぞれ議論の内容を分析する。

二. 二つの議論が対象とする問題状況の比較

(1) 当事者関係に関する共通点

BGB906条1項における本質性（以下「本質性」と記述）と公法的規制の関係についての議論として検討対象とした三つの問題は、いずれも、一方当事者がBGB1004条に基づいて防御請求権を主張する場合である⁴⁸⁰⁾。また、この三つの問題はいずれも、他方当事者に対して公法的規制が義務づけられている場面の問題である⁴⁸¹⁾。

他方、BGB823条2項及びBGB1004条類推に基づく準ネガトリア請求権を通じた公法的規制の実現（以下「民事訴訟を通じた公法的規制の実現」と記述）に関する議論は、他方当事者に対して義務づけられている公法的規制を保護法規としたBGB823条2項及びBGB1004条類推を通じた準ネガトリア請求権を一方当事者が主張する場面の問題である⁴⁸²⁾。

以上の分析から、本稿で検討対象とした二つの議論は、いずれも、一方当事者が私法上の制度に基づいて権利を主張している場合で、他方当事者に対して公法的規制が義務づけられている場面における議論といえる。

(2) 「民法的保護と行政法的保護の一致」という共通点

「本質性」と公法的規制の関係についての議論における三つの問題のうち、第一の問題では「本質性」とBImSchG3条1項における重大性（以下「重大性」と記述）の同一視が問題となる⁴⁸³⁾。第二の問題では、「思慮分別のある平均人の感覚」の基準への変更によって、公法的規制を含めた意味での法律的な評価的要素を「本質性」の評価の際に考量することが問題となる⁴⁸⁴⁾。そして第三の問題で

480) BGB906条が、BGB1004条に基づく防御請求権の制限規定であることについて、本稿Ⅲ2参照。

481) 第一の問題については、本稿Ⅲ2二. (3)(a)及び(b)、並びに同(4)(a)を、第二の問題については、本稿Ⅲ4三. (3)(a)及び(b)、並びに同(4)(a)を、第三の問題については、BGB906条1項2文及び同3文の追加の内容に関する本稿Ⅲ4四. (5)を、それぞれ参照。

482) 本稿Ⅳ3一. 及び同4参照。

483) 本稿Ⅲ4二. (3)(a)及び(b)、並びに同(4)(a)参照。

ある BGB906条 1 項 2 文及び同 3 文の追加の際には、問題となる作用が公法的な限界値を下回っている場合に隣人はその作用を甘受しなければならない、そうでない場合に隣人は防御しうる、とする点が考慮された⁴⁸⁵⁾。この三つの問題はいずれも「本質性」の評価と公法的規制における評価の一致を問題としている。

他方、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論は、BGB823条 2 項における保護法規とされる公法的規制の違反の際に、相隣関係における不法行為の違法性について決定的とされた BGB906条の前提条件の充足が不要となる、とした連邦通常裁判所の判決（バレー教室事件判決）が基礎となる⁴⁸⁶⁾。すなわち、公法的規制の不遵守を不法行為法における違法性と一致させることによって、民事訴訟を通じた公法的規制の実現が認められた。

以上の分析から、本稿で検討対象とした二つの議論のいずれもが、私法上の制度に基づいて権利を主張している一方当事者に対する民法的保護を、その当事者に対する行政法的保護と一致させること（以下「民法的保護と行政法的保護の一致」と記述）を問題としている、といえよう⁴⁸⁷⁾。

（3）公法的規制の私法上の評価に見られる問題状況の相違点

しかし、公法的規制の私法上の評価という視点から分析を加えると、二つの議論の問題状況の相違点が示されうる。

（a）「本質性」と公法的規制に関する議論

「本質性」と公法的規制の関係についての議論で対象とした三つの問題のうち、第一の問題である「本質性」と「重大性」の同一視は、「本質性」に基づく騒音侵害の非許容性の限界が「重大性」の基準のそれよりも低く設定されているとの原告の主張を退けた連邦行政裁判所の判断（火災警報サイレン事件判決）が基礎

484) 本稿Ⅲ 4 三. (3)(a)及び(b)、並びに同(4)(a)参照。

485) 本稿Ⅲ 4 四. (5)(b)参照。

486) この点に関するバレー教室事件判決の内容について本稿Ⅳ 3 二. (2)参照。

487) ここでいう「民法的保護を行政法的保護に一致させる」とは、民事訴訟による相隣保護を否定し、行政訴訟による相隣保護のみを肯定する、という意味ではない。ここでいう「民法的保護を行政法的保護に一致させる」とは、民事訴訟による相隣保護も行政訴訟による相隣保護も認めたうえで、民事訴訟による相隣保護において、民法的保護の範囲を行政法的保護の範囲と一致させる、という意味を持つ。ドイツにおいて、民事訴訟による相隣保護も行政訴訟による相隣保護も認められていることについて、本稿Ⅳ 2 七. 参照。

となっている⁴⁸⁸⁾。第二の問題である「本質性」の評価基準としての「思慮分別のある平均人の感覚」の基準は、公法的規制を含めた意味での法律的な評価的要素を考量することによって、「本質性」における非許容性の限界を判定することを意味している⁴⁸⁹⁾。ドイツにおいて、これは「本質性」における許容性の限界値が公共的な利益によってより高い限界値まで許容されることを意味する⁴⁹⁰⁾。さらに、上述の二つの問題における判例の流れを法文上に移し替えたものである、と立法過程において位置づけられた BGB906条 1 項 2 文及び同 3 文の追加⁴⁹¹⁾によって、事実審裁判官の自由な評価に対する一つの根拠を与えるにすぎないとされていた公法的規制の遵守に、私法上の適法性を法律上推定するのと同様の証明責任の転換を引き起こす効果が与えられた⁴⁹²⁾。他方、公法的規制の不遵守が原則として「本質性」を徴憑するとされていた点について、BGB906条 1 項 2 文及び同 3 文の追加による変更はないとされる⁴⁹³⁾。

以上の分析から、ドイツにおいて、「本質性」と公法的規制の関係についての議論は、公法的規制の不遵守の場合には従来通りとし、公法的規制の遵守の場合に、その遵守を私法上の制度に反映させる議論といえる。すなわち、本稿Ⅲで検討した議論は、公法的規制の遵守を私法上適法と評価しうるか、という問題のみを対象としていたといえよう⁴⁹⁴⁾⁴⁹⁵⁾。

(b) 民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論

488) 火災警報サイレン事件判決については、本稿Ⅲ 4 二. (3)(a)参照。

489) 本稿Ⅲ 4 三. (4)(a)参照。

490) 青少年キャンプ場事件判決（本稿Ⅲ 4 三. (3)(b)）、並びに、この問題に対するロート（Roth）の見解（本稿Ⅲ 4 三. (4)(c)）及びマールブルガー（Marburger）の見解（本稿Ⅲ 4 三. (4)(c)）を参照。

491) 連邦議会法務委員会報告書におけるこのような位置付けについて、本稿Ⅲ 4 四. (5)(a)参照。

492) 本稿Ⅲ 4 四. (3)(b)及び同(5)(b)参照。

493) 本稿Ⅲ 4 四. (5)(b)注252) 参照。

494) 逆にいえば、公法的規制の不遵守を私法上違法とするか、という点に関しては議論の対象となっていない。

495) ただし、このことは、BGB906条に関して、公法的規制の不遵守の場合に私法上違法と評価するか、という問題が議論の対象となりえない、ということを意味するわけではない。BGB906条に関して、公法的規制の不遵守の場合に私法上違法と評価するか、という問題を対象として議論がなされうることについては、後掲注 513) 参照。

民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論では、BGB823条2項における保護法規とされる公法的規制の違反の際に、不法行為法における違法性について決定的である BGB906条の前提条件の充足が不要となとした連邦通常裁判所の判決（バレー教室事件判決）が基礎におかれている⁴⁹⁶⁾。この判決は、公法的規制の不遵守を不法行為法における違法性に一致させたと捉えられうる。他方、公法的規制の遵守の場合は、BGB823条2項の要件である保護法規違反が存在しないので、この議論においては問題とならない。

以上の分析から、ドイツにおいて、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論は、公法的規制の遵守の場合には従来通りとし、公法的規制の不遵守の場合に、その公法的規制の不遵守を私法上の制度に反映させる議論といえる。すなわち、本稿Ⅳで検討とした議論は、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価するか、という問題のみを対象としていたといえよう⁴⁹⁷⁾。

三．民法的保護と行政法的保護の一致の実現形態の相違とその理由

BGB906条1項2文及び同3文の追加によって、公法的規制の遵守には私法上の適法性を法律上推定するのと同様の効果が与えられる⁴⁹⁸⁾。このことは、BGB906条1項2文及び同3文の追加によって民法的保護と行政法的保護の一致をはかる際に、公法的規制の遵守によって直接私法的な適法性を認めるという形態が取られなかったことを示している。他方、民事訴訟を通じた公法的規制の実現の議論においては、不法行為法における違法性について決定的である BGB906条の前提条件の充足を必要としないことが基礎とされている⁴⁹⁹⁾。これは、公法的規制の不遵守によって直接私法的な違法性を認めるという形態が取られたことを示している。このように、民法的保護と行政法的保護の一致が問題とされているこの二つの議論において、両者の一致の実現形態に違いが見られるのはなぜであろうか。

BGB906条1項2文及び同3文の追加に際しては、次の二つの点が考慮されて

496) この点に関するバレー教室事件判決の内容について本稿Ⅳ3二．(2)参照。

497) 逆にいえば、公法的規制の遵守を私法上適法とするか、という点に関しては議論の対象となっていない。

498) 本稿Ⅲ4四．(5)(b)参照。

499) 本稿Ⅳ3二．(2)参照。

いた⁵⁰⁰⁾。その第一が、BGB906条1項における侵害の本質性の平面における隣人の民事法的な受忍義務の評価の際に、通常、公法的な基準を考慮に入れなければならない、という点である。その第二が、民事裁判官には、個々の事例における特別な事情を考慮に入れる可能性が残されている必要がある、という点である。

他方、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関して、BGB823条2項における保護法規とされる公法的規制の違反の際に BGB906条の前提条件の充足を不要としたバレ教室事件判決は、その不要とした理由として、保護法規違反の場合に違法性がBGB906条の基準によって立証されなければならないのであれば、保護法規の特殊で抽象的な規制の機能が失われてしまうことを挙げている⁵⁰¹⁾。

以上を検討すると、BGB906条1項2文及び同3文の追加に関しては、複数の要素が考慮される「本質性」という概念において、公法的規制を考慮に入れる必要性と、民事裁判官が特別な事情を考慮に入れる可能性を残す必要性の双方が考慮されている。他方、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関しては、BGB823条2項の意味における保護法規の抽象的性質がその理由とされている。そこで、二つの議論における民法的保護と行政法的保護の一致の実現形態の相違は、それぞれの議論で問題となる私法規範の性質に由来するものであるといえよう。

四. 学説の示す根拠に見られる共通点及び相違点とその理由

(1) 学説において示される根拠

(a) 「本質性」と公法的規制の関係についての学説

「本質性」と公法的規制との関係についての三つの問題に対して、学説における肯定的な見解及び否定的な見解は、それぞれ次のような根拠を共通して示している⁵⁰²⁾。

まず、肯定的な立場を取る見解の根拠としては、民法的保護と行政法的保護と

500) 以下の二点について、本稿Ⅲ4四.(5)(b)参照。

501) 本稿Ⅳ3二.(2)(b)参照。なお、この前提として、公法的規制は、侵害の結果と結びつけずに隣人の保護を前進させる抽象的危険の構成要件を規範化していること、及びこの追加的に認められる法的地位によって、BGB823条に基づいて準ネガトリア請求権を主張する当事者は保護されることが確認されている(本稿Ⅳ3二.(2)(b)参照)。

502) 以下の記述については、本稿Ⅲ4五. 参照。

の一致を要請する法政策的な考慮が挙げられている。

他方、否定的な立場を取る見解の根拠としては、それぞれの問題で示されている公法と私法の調和を肯定することによって相隣保護における私法上の制度の機能が失われること、及びその結果として私法上の相隣保護が縮減すること、が示されている。

（b）民事訴訟を通じた公法的規制の実現についての学説

民事訴訟を通じた公法的規制の実現に対して、学説における肯定的な見解及び否定的な見解は、それぞれ次のような根拠を示している⁵⁰³⁾。

肯定的な見解では次の三つの根拠が示される。第一に、法理論的根拠として、私法的規定のみならず公法的規定も保護法規となる BGB823条 2 項には私法的性質だけでなく公法的性質も認められることが挙げられる。第二に、実際上の根拠として、公法的手段の不全の補完という私法的手段の機能が挙げられている。第三として、私法的相隣保護において公法的な相隣保護を下に向ける修正は認められない、という法政策的根拠も掲げられる。

他方、否定説においては、義務づけ訴訟の存在、私法的な保護の存在、行政実務における裁量の考慮を根拠として示す見解が存在するが、肯定説が指摘する公法的手段の不全に関しては特に反論が示されていない。

（2）学説の示す根拠に見られる共通点とその理由—「民法的保護と行政法的保護の一致」を要請する法政策的根拠

まず、上述(1)(a)に示したように、「本質性」と公法的規制との関係について取り上げた三つの問題において肯定的な見解に共通して示された根拠は、民法的保護と行政法的保護の一致を要請する法政策的な考慮である。他方、上述(1)(b)において示したように、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論においては、私法的相隣保護において、公法的な相隣保護を下に向ける修正が認められないという法政策的根拠が、この問題を肯定する見解の根拠の一つとされている。

このように、いずれの議論においても、対象となる問題を肯定する見解では、民法的保護と行政法的保護の不一致を回避すべきである、という法政策的根拠が

503) 以下の記述については、本稿Ⅳ 4 二. (3)参照。

示されている。この二つの議論の同一性は、いずれの議論も「民法的保護と行政法的保護の一致」に関する問題を対象としている、という意味での問題状況の同一性に由来するといえよう。

(3) 学説の示す根拠に見られる相違点とその理由—「私法上の制度の機能」の意味

(a) 学説の示す根拠に見られる相違点

しかし、「私法上の制度の機能」という概念は、二つの議論において異なった現われ方をしている。「本質性」と公法的規制の関係に関する議論では、民法的保護と行政法的保護の一致によって相隣保護における私法上の制度の機能が失われること、及びその結果として私法上の相隣保護が縮減すること、がそれぞれ否定的な見解の根拠とされている⁵⁰⁴⁾。他方、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論では、公法的手段の不全の補完という私法的手段の機能が、この問題を肯定する見解において根拠とされている⁵⁰⁵⁾。このように、「私法上の制度の機能」という概念が、一方の議論では民法的保護と行政法的保護の一致を否定する見解の根拠として現れ、他方の議論ではこれを肯定する見解の根拠として現れている。このような相違が生じる理由を考察するために、以下(b)において、まず、それぞれの議論における「私法上の制度の機能」という概念の意味を分析する。そのうえで、以下(c)において、「私法上の制度の機能」が、一方の議論では否定する見解の根拠に現れ、他方の議論では肯定する見解の根拠に現れている理由について分析を加える。

(b) 「私法上の制度の機能」の二つの意味

(ア) 「本質性」と公法的規制の関係についての議論

この議論では、公法的規制の遵守を私法上適法と評価できるか、という問題状況のもとで民法的保護と行政法的保護の一致が議論されている⁵⁰⁶⁾。ここで民法的保護と行政法的保護の完全な一致を肯定した場合、従来行われていた私法上の評価を行わずに、公法的規制の遵守をもって私法上適法と評価される。すなわち、

504) 上述(1)(a)参照。

505) 上述(1)(b)参照。

506) 本節二、(3)(a)参照。

この場合、従来行われていた私法上の評価を行わずに、公法上の評価を私法上の評価に置き換えることになる。そのため、従来、私法上の評価を行うことによって果たされてきた私法上の制度の機能が検討対象とされる必要がある。つまり、ここで民法的保護と行政法的保護の一致をはかる際には、公法的規制による評価が私法上の制度に基づく評価と同質であること（以下「公法的規制と私法上の制度の同質性」と記述）⁵⁰⁷⁾、及び公法的規制の遵守を私法上適法と評価することによって、従来から存する私法上の制度の機能が失われないこと（以下「従来から存する私法上の制度の機能の維持」と記述）⁵⁰⁸⁾、の二つを示すことが必要となるといえよう⁵⁰⁹⁾。

（イ）民事訴訟を通じた公法的規制の実現についての議論

この議論では、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価できるか、という問題状況のもとで民法的保護と行政法的保護の一致が議論されている⁵¹⁰⁾。ここでは、公法的規制の不遵守の是正を私法的相隣保護を通じても達成することが求められるという主張、すなわち、公法的手段の不全を補完する機能を「私法上の制度の機能」として認めるという主張が、「民法的保護と行政法的保護の一致」を肯定する根拠となっている。つまり、この議論における「私法上の制度の機能」とは、「公法的手段の不全を補完する機能」である⁵¹¹⁾。

ここで問題となるのは、この意味における「私法上の制度の機能」が、公法的性質をも備えている BGB823条 2 項にのみ認められるのか、という点である。こ

507) この点については、BGB906条 1 項 2 文及び同 3 文の追加が、「本質性」と「重大性」を同一視した「火災警報サイレン事件判決（本稿Ⅲ 4 二. (3)(a)）」及び「地域の祭り事件判決（本稿Ⅲ 4 二. (3)(b)）」、並びに「本質性」を評価する基準として「思慮分別のある平均人の感覚」を採用した「カエル池事件判決（本稿Ⅲ 4 三. (3)(a)）」を基礎としていることに現れている。これらの連邦行政裁判所の判決及び連邦通常裁判所の判決は、公法的規制による評価が私法上の制度に基づく評価と同質であることを示しているといえる。

508) この点については、BGB906条 1 項 2 文及び同 3 文の立法過程において、民事裁判官に個々の事例における特別な事情を考慮に入れる可能性を残す必要性が指摘され、公法的規制の遵守を直接私法上の適法とする形態が採用されなかったことに現れている（本稿Ⅲ 4 四. (5)(b)参照）。

509) これらが示されない場合は、「民法的保護と行政法的保護の一致」が抑制される。

510) 本節二. (3)(b)参照。

511) この機能の必要性が認められる場合には、「民法的保護と行政法的保護の一致」が促進される。

の点については、学説において、「BGB823条2項があるから私法上の制度の機能として公法的手段の不全を補完する機能が認められる」と主張されているのではなく、「私法上の制度の機能に公法的手段の不全を補完する機能が認められるなかで、BGB823条2項に基づいて民事訴訟を通じた公法的規制の実現が認められる」と主張されていることが重要となる⁵¹²⁾。つまり、公法的手段の不全を補完する機能を私法上の制度が備えていることを基礎として、BGB823条2項に基づいて民事訴訟を通じた公法的規制の実現の可能性が肯定されている。そのため、「公法的手段の不全を補完する機能」という意味における「私法上の制度の機能」を基礎として、他の規範に関しても、「民法的保護と行政法的保護の一致」は議論されうるといえる⁵¹³⁾。

(c) それぞれの議論で問題とされない「私法上の制度の機能」とその理由

上述(b)で分析したように、二つの議論において示される「私法上の制度の機能」はそれぞれ異なる意味を持つ。以下では、上述(b)(i)で分析した意味における「私法上の制度の機能」が民事訴訟を通じた公法的規制の実現についての議論で問題とされていない理由、及び上述(b)(ii)で分析した意味における「私法上の制度の機能」が「本質性」と公法的規制の関係についての議論で問題とされていない理由をそれぞれ考察することを通じて、「私法上の制度の機能」が、一方の議論では民法的保護と行政法的保護の一致を否定する見解の根拠に現れ、他方では肯定する見解の根拠に現れている理由を分析する。

512) この点に関しては、特に、ドルデラー (Dolderer) の見解 (本稿Ⅳ 4 二. (1)(b))、及びハーゲン (Hagen) の見解 (本稿Ⅳ 4 二. (1)(a)) 参照。

513) このことは、ドイツにおいて、BGB906条に、土地所有者間の利益を調整する機能だけでなく、国土整備に対する機能も認められていることを指摘する秋山靖浩講師の研究からも示される。秋山講師は、このような BGB906条の国土整備に対する機能がドイツにおいて注目された背景の一つとして、公法・規制法システムについて、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)」が指摘されていたことを示している (秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画の関係(一)」早法74巻4号321頁以下 (1999年) 参照)。この秋山講師の研究から、ドイツにおいて、「公法的手段の不全を補完する機能」を基礎において、BGB906条の国土整備に対する機能が議論されていることを示しえよう。

（ア）民事訴訟を通じた公法的規制の実現についての議論

民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論は、「本質性」と公法的規制の関係についての議論と異なり、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価できるか、という問題を対象としている⁵¹⁴⁾。そのため、この公法的規制の遵守状況と私法上の評価の関係から示される問題状況の違いを理由として、上述(b)(7)で分析した意味における「私法上の制度の機能」、すなわち従来私法上の評価を行うことによって果たされてきた「私法上の制度の機能」がこの議論において問題とされていない可能性がまず考えられる。

しかし、民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論では、従来行われていたBGB906条の基準に基づく私法上の評価を行わずに、公法的規制の不遵守をもって不法行為法上違法と評価するという形で民法的保護を行政法的保護に一致させることが議論されている⁵¹⁵⁾。そのため、「本質性」と公法的規制の関係についての議論と同様に、従来、私法上の評価を行うことによって果たされてきた私法上の制度の機能が問題とされなければならないはずである。すなわち、公法的規制の遵守状況と私法上の評価の関係から示される問題状況の違いにかかわらず、上述(b)(7)で分析した意味における「私法上の制度の機能」は検討対象とされなければならない。このように、公法的規制の遵守状況と私法上の評価の関係から示される問題状況の違いは理由とならない。そこで、以下では、上述(b)(7)で分析した意味における「私法上の制度の機能」について「民法的保護と行政法的保護の一致」をはかる際に示される必要のある「公法的規制と私法上の制度の同質性」及び「従来から存する私法上の制度の機能の維持」のそれぞれについて、この議論において問題とされていない理由に検討を加える。

まず、「公法的規制と私法上の制度の同質性」に関しては、BGB823条2項のもつ公法的性質が重要となる。このBGB823条2項の公法的性質は、BGB823条2項の保護法規要件を通じて、公法的規制における評価を私法的な評価とすることが実定法上既に認められていることを意味している。つまり、BGB823条2項には、そもそも公法的規制に基づく評価が私法上の評価として扱われるという構造

514) 本節二、(3)(b)参照。

515) 本稿IV 3 二、(2)参照。

が備わっている。そのため、BGB823条2項のもとでは、公法的規制による評価が私法上の制度に基づく評価と同質であることに疑問をはさむ余地がない。

他方、「従来から存する私法上の制度の機能の維持」に関しては、上述したBGB823条2項の構造を基礎として、公法的規制の評価を私法上の評価として受け入れるという機能がBGB823条2項の機能として認められる。そのために、「従来から存する私法上の制度の機能の維持」が議論の対象とされなかったといえよう。

以上のように、BGB823条2項を基礎として、「公法的規制と私法上の制度の同質性」及び「従来から存する私法上の制度の機能の維持」がそれぞれ示されうる。そしてこの検討結果から、従来私法上の評価を行うことによって果たされてきた「私法上の制度の機能」が民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関する議論において問題とされなかった理由は、BGB823条2項という条文の存在であると結論づけられよう。

(イ) BGB906条1項における本質性と公法的規制の関係についての議論

上述(b)(イ)で分析した意味における「私法上の制度の機能」、すなわち「公法的手段の不全を補完する機能」という意味での「私法上の制度の機能」に関しては、「公法的手段の不全」が公法的規制の不遵守を是正する公法的手段の不全を意味することが重要となる。すなわち、公法的手段の不全を補完する機能としての「私法上の制度の機能」は、公法的規制の不遵守を前提としている。つまり、公法的規制の遵守が問題となる場面では、公法的手段の不全を補完する機能としての「私法上の制度の機能」が考慮される前提を欠くことになる。このことが、「本質性」と公法的規制の関係についての議論において、「公法的手段の不全を補完する機能」という意味での「私法上の制度の機能」が問題とされなかった理由であるといえよう。

3 日本法への示唆と日本法における独自の考察の必要性

一、はじめに

本節では、本章2における分析から導きうる日本法への示唆の検討、及び、そ

の示唆を日本法において受け入れる際に必要となる日本法独自の考察についての検討を行う。以下本節二．において、本章第二節におけるドイツ法の議論の分析結果から導きうる日本法への示唆を検討する。続いて本節三．において、この示唆を受け入れる際に必要となる日本法における独自の考察について検討を加える。これらの検討に基づいて、本章4において、日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の議論の構造を示す。

二．ドイツ法の議論の分析から得られる日本法への示唆

（1）ドイツ法から日本法への示唆を汲み取るための基礎—大陸法系という共通点

ドイツ法の議論の分析から日本法に対する示唆を導くにあたっては、日本法においてもドイツ法においても大陸法系的な基礎のうえに民法及び行政法の実体法体系が形成されていることが重要となる⁵¹⁶⁾。この共通点の存在を基礎とすることによって、民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論においていかなる点が考慮されるか、という問題について、ドイツ法の議論から日本法の議論への示唆を汲み取ることが可能となるといえよう。

（2）ドイツ法の議論から日本法への示唆

（a）示唆を受け入れる対象としうる問題

まず、本稿において検討したドイツ法の議論が対象とする問題状況に関する二

516) 日本法がドイツ法と同じ大陸法系に属することについて、例えば、野田良之「日本における比較法の発展と現状(2)」法協90巻1号14頁（1973年）参照（ただし、機能に関しては疑問が呈されている（同14頁））。これに対して、木下毅教授は第二次世界大戦後のアメリカ法の大量継受を踏まえて、日本法が大陸法系の一員であることに疑問を投げかける（木下毅「アメリカ法入門・総論」1頁（有斐閣、2000年））。しかし、木下教授は、行政法に関して、「…従来のヨーロッパ型（ドイツ型）の実体法的行政法体系のうえに、戦後新たにアメリカ型の行政手続的発想が取り入れられることになった」として、アメリカ法の影響を概観したうえで、「わが国の行政法は、…、大陸法系の実体的行政法に英米法系の手続的行政法ないし救済システムを導入し」た、と述べる（木下・前掲9頁、12頁）。また木下教授は、民法に関するアメリカ法の影響の概観に先立ち、「…、私法分野では、『会社法』などの若干の領域を除き、明治時代に摂取されたヨーロッパ大陸法が基本的に維持されてきている」と述べる（木下・前掲19頁）。以上の木下教授の見解に基づけば、仮に、日本法が英米法系の影響を強く受けたことにより、もはや大陸法系とは評価されえないとしても、民法と行政法は、その実体法体系を、大陸法系の基礎の上に築いていると評価することができよう。

つの共通点から、示唆を受け入れる際の前提条件が示される⁵¹⁷⁾。その第一の条件は、一方当事者が私法上の制度に基づいて権利を主張している場合で、かつ他方当事者に対して公法的規制が義務づけられている場面における問題を対象としていることである。第二の条件は、私法上の制度に基づいて権利を主張している一方当事者に対する民法的保護を、その当事者に対する行政法的保護に一致させること（「民法的保護と行政法的保護の一致」）に関する問題を対象としていることである⁵¹⁸⁾。日本法において、本稿において検討したドイツ法の議論から示唆を得られるのは、この二つの前提条件を備えている問題に関する議論である。

(b) ドイツ法の議論から導きうる日本法への示唆

上述(a)で示した前提条件を満たす問題を対象として、ドイツ法の議論の分析から、次の三つを日本法に対する示唆として導き出しうる。

(ア) 公法的規制の遵守状況と私法上の評価の関係による問題の分類

第一の示唆は、公法的規制の遵守を私法上適法と評価する問題と、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価する問題を区別して議論しなければならないことである⁵¹⁹⁾。

(イ) 民法的保護と行政法的保護の一致の議論で考慮する必要のある点

第二の示唆は、民法的保護と行政法的保護の一致を肯定するために、次の四つの点を考慮しなければならないことである⁵²⁰⁾。

まず、上述した第一の示唆に基づいた議論の区別にかかわらず、民法的保護と行政法的保護の不一致を回避すべきである、という内容の法政策的根拠を示す必要がある⁵²¹⁾。

続いて、上述した第一の示唆に基づいた議論の区別にかかわらず、公法的規制による評価と私法上の制度に基づく評価との同質性が示されなければならない⁵²²⁾。

さらに、上述した第一の示唆に基づいた議論の区別にかかわらず、公法的規制

517) この二つの共通点に関しては、本章2二、(1)及び(2)参照。

518) なお、前掲注487) 参照。

519) これは本章2二、(3)及び同四、における分析から導き出した示唆である。

520) これは本章2四、における分析から導き出した示唆である。

521) 本章2四、(2)参照。

522) 本章2四、(3)(b)(ア)及び同(c)(ア)参照。

による評価をもって私法上の制度に基づく評価と捉えることによって、従来から存する私法上の制度の機能が失われないことを示さなければならない⁵²³⁾。

最後に、上述した第一の示唆に基づいて、公法的規制の不遵守を私法上違法と評価する問題を対象とする議論とされる場合には、この公法的規制の不遵守の是正を私法上の制度の機能によって達成する必要性が示されなければならない^{524) 525)}。ここでいう私法上の制度の機能とは公法的手段の不全を補完する機能である⁵²⁶⁾。

（ウ） 民法的保護と行政法的保護の一致の実現形態と私法規範の性質

第三の示唆は、上述した第一の示唆に基づいた議論の区別にかかわらず、民法的保護と行政法的保護の一致の実現形態は、問題となる私法規範の性質に基づいて考察されることである⁵²⁷⁾。

三．日本法において示唆を受け入れる際に必要となる独自の考察

（1）日本法における独自の考察の必要性

ードイツ法における状況と日本法における状況の相違

しかし、ドイツ法の議論から日本法の議論への示唆を汲み取る際には、次のようなドイツ法における状況と日本法における状況の違いに留意しなければならない。

まず、ドイツと日本の間の具体的な法制度について違いが存在する。本稿で検討したドイツ法の議論の対象となっているのは、いずれも日本法に存在しない私法上の制度である。すなわち、「本質性」と公法的規制の関係についての議論で問題となるのは、BGB1004条に基づいた防御請求権を主張する者の受忍義務を定めたBGB906条であり、これと類似の規定は日本に存在しない。他方、民事訴訟

523) 本章2四．(3)(b)(i)及び同(c)(i)参照。なお、ここで、私法上の制度の機能が失われると評価される場合には、民法的保護と行政法的保護の一致が抑制される（前掲注509）参照）。

524) 本章2四．(3)(b)(i)及び同(c)(i)参照。なお、公法的規制の不遵守の是正を私法上の制度の機能によって達成する必要があるとされる場合は、民法的保護と行政法的保護の一致が促進される（前掲注511）参照）。

525) 上述した第一の示唆に基づいて、その議論が公法的規制の遵守を私法上適法と評価することを対象とする議論であると整理されたときには、この機能は考慮されない。

526) 本章2四．(3)(b)(i)参照。

527) これは、本章2三．における分析から導き出した示唆である。

を通じた公法的規制の実現についての議論で問題となるのは、保護法規違反に基づく不法行為責任に関する BGB823条2項であり、これと類似の規定も日本に存在しない。さらに、ドイツと日本で相隣保護に関する公法上の制度が異なることも指摘しなければならない。

また、ドイツと日本との社会状況も異なる。少なくとも本稿で検討した二つのドイツ法の議論については、民法的保護と行政法的保護を一致させる政策が進んでいた。しかし、このような議論の背景となったドイツの社会状況が、日本の社会状況と同一であるかどうかにはまでは本稿において十分な考察を加えていない⁵²⁸⁾。

以上のように、本稿の検討対象としたドイツ法の議論の基礎となる事柄に関して、日本法との間に相違点が存在する。そのため、ドイツ法における民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論に対する本稿の分析結果を日本法に対する示唆として受け止める際には、これらの相違点に関して日本法において独自の考察を行うことが必要となる⁵²⁹⁾。

(2) 日本法において必要となる独自の考察

上述(1)において示したドイツ法と日本法の相違点の内容から、日本法において民法的保護と行政法的保護の一致を議論する場合には、以下(a)ないし(c)に示す点について日本法における独自の考察が必要となると考えられる。

528) 例えば、円谷峻教授は、BGB906条1項2文及び同3文の追加を紹介したのちに、「ドイツの新たな方向は、我が国とは大きく異なり、可視的で合理的である。しかし、ドイツ流の構成は、住民が行政をとりあえずは信頼していることを前提にすると思われ、現段階においてわが国でドイツ流の構成を推奨することには慎重にならざるを得ない」、と述べる（円谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第1巻 総論』190頁（日本評論社、1997年））。

529) このほかに、ドイツ法と日本法の違いとして、裁判制度の違いが挙げられる。ドイツでは、民事訴訟を管轄する通常裁判所と行政訴訟を管轄する行政裁判所が別に設置されている（ドイツの裁判制度に関しては、村上淳一＝Hans Peter Marut-schke『ドイツ法入門〔改訂第五版〕』202頁以下（有斐閣、2002年）参照）。他方、日本では行政裁判所は存在せず、民事訴訟も行政訴訟も組織として同一の裁判所において審理される。しかし、本稿の課題との関連においては、ドイツ相隣法について、判例及び通説が複線性（Zweigleisigkeit）を認めており、民事訴訟を通じた保護と、行政訴訟を通じた保護の両者が認められていることが重要である（本稿IV 2七、参照）。そのため、ドイツ法における相隣保護に関するかぎりにおいて、ドイツ法の議論から日本法への示唆を導く際に、この裁判制度の違いに留意する必要はないと考えられる。

(a) 日本民法学の対象としての民法的保護と行政法的保護の一致の可能性

まず、民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論が日本において民法学の対象となりうるのか、という点を考察する必要がある。

ドイツにおいては、本稿Ⅲ及びⅣにおいて検討したように、民法的保護と行政法的保護の一致に関して、民法学における議論が行われていた。しかし、日本法がドイツ法と同じ大陸法系の法体系をもち、また日本民法学がドイツ民法学から大きな影響を受けているとはいえ、日本法はドイツ法と別個の法文化を備えており、ドイツ民法学における議論の全てが日本においても同様に民法学における議論の対象としうるとは限らない。そのため、本稿において検討したドイツ法の議論から日本法への示唆を導くにあたって、民法的保護と行政法的保護の一致の問題が実質的意義における民法の範囲に含まれるか、という点についての日本法における独自の考察が必要となる（民法上の位置付けの問題）⁵³⁰⁾。

(b) 日本法において民法的保護と行政法的保護の一致を根拠づける民法理論

続いて、民法的保護と行政法的保護の一致を根拠づけるための日本法における民法理論が存在しているのか、という問題について考察を行うことが必要となる。

ドイツにおいては、「重大性」と同一視され、かつ「思慮分別のある平均人の感覚の基準」のもとで法律的な評価の要素の考量が判例上認められている「本質性」を規定する BGB906条1項、及び公法的規定を保護法規とすることが認められている BGB823条2項が、それぞれ実定法上の条文として存在しており、これらの条文を基礎として、民法的保護と行政法的保護の一致が議論されていた。しかし、日本では、これらと類似する条文は存在しない⁵³¹⁾。そのため、ドイツ法の議論から導いた示唆を基礎として民法的保護と行政法的保護の一致を議論する際には、日本法において民法的保護と行政法的保護の一致を根拠づける民法理論を

530) なお、この点は、日本法において民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論が民法学の対象となるか、という問題を対象とするものであり、具体的な問題において民法的保護と行政法的保護の一致を議論する際に考慮される問題ではない。

531) 上述(1)参照。

日本法独自に考察する必要がある（民法理論上の根拠付けの問題）。

(c) 具体的問題における民法的保護と行政法的保護の一致の条件の充足

また、個別具体的な問題について、日本の社会状況のもとで、民法的保護と行政法的保護の一致を肯定するための条件が満たされているか、という点に関する考察も必要となる。

4 日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の議論の構造—本章の結論

一、はじめに

本章では、2において、本稿で検討してきたドイツ法の議論に分析を加えたうえで、3二.において、ドイツ法の議論の分析結果から導かれる日本法への示唆について検討し、3三.において、ドイツ法の議論からの示唆を受け入れる際に必要となる日本法独自の考察について検討を加えた。これらの検討から、日本法において民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論を行う際に考慮しなければならない点、という意味における議論の構造を導き出さう。

二、日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の議論の構造

(1) 議論の対象としうる問題

日本法において、以下(2)ないし(5)に示す構造をもつ民法的保護と行政法的保護の一致の議論の対象としうる問題は、次の二つの前提条件を備えている問題である⁵³²⁾。第一の条件が、一方当事者が私法上の制度に基づいて権利を主張している場合で、かつ他方当事者に対して公法的規制が義務づけられている場面における問題であること、である。第二の条件が、私法上の制度に基づいて権利を主張している一方当事者に対する民法的保護とその当事者に対する行政法的保護の一致（民法的保護と行政法的保護の一致）が問題とされていること、である⁵³³⁾。

(2) 議論における問題の分類

日本法において民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論を行う際には、公法的規制の遵守を私法上適法と評価することに関する問題と、公法的規制の不

532) 以下に示す二つの前提条件について、本章3二. (2)(a)参照。

533) なお、前掲注487) 参照。

遵守を私法上違法と評価することに関する問題を区別する必要がある⁵³⁴⁾。

（3）議論において考慮される点

日本法において民法的保護と行政法的保護の一致をはかる場合には、次の五つないし六つの点が示されなければならない。

第一が、民法的保護と行政法的保護の不一致を回避すべきである、という内容の法政策的根拠である⁵³⁵⁾。

第二が、公法的規制による評価と私法上の制度に基づく評価との同質性である⁵³⁶⁾。

第三が、公法的規制による評価をもって私法上の制度に基づく評価と捉えることによって、従来から存する私法上の制度の機能が失われないこと、である⁵³⁷⁾。

第四が、民法的保護と行政法的保護の一致に関する議論の民法学上の位置付けである⁵³⁸⁾。

第五が、日本法において民法的保護と行政法的保護の一致を根拠づける民法理論である⁵³⁹⁾。

以上、第一ないし第五に掲げた点は、上述(2)において示した分類に基づく整理に関わらず考慮されなければならない。

この五つに加えて、当該議論が公法的規制の不遵守を私法上違法と評価する問題を対象としている場合には、さらに第六として、この公法的規制の不遵守の是正を私法上の制度の機能によって達成する必要性を示さなければならない⁵⁴⁰⁾。この私法上の制度の機能とは、公法的手段の不全を補完する機能である⁵⁴¹⁾。

（4）個別の問題における条件の充足

個別具体的な問題について、日本の社会状況のもとで、民法的保護と行政法的保護の一致を肯定するための条件が満たされているか、という点に関する考察も

534) 本章3二.(2)(b)(ア)参照。

535) 本章3二.(2)(b)(イ)参照。

536) 本章3二.(2)(b)(イ)参照。

537) 本章3二.(2)(b)(イ)参照。なお、前掲注524)も参照。

538) 本章3三.(2)(a)参照。なお、前掲注530)も参照。

539) 本章3三.(2)(b)参照。

540) 本章3二.(2)(b)(イ)参照。なお、前掲注524)も参照。

541) 本章3二.(2)(b)(イ)参照。

必要となる⁵⁴²⁾。

(5) 実現形態と私法規範の性質

日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の実現形態は、上述(2)における分類に基づく整理にかかわらず、私法規範の性質に基づいた考察が必要となる⁵⁴³⁾。

VI むすびにかえて—後篇における考察の方向

「環境法における私法の役割⁵⁴⁴⁾」の考察を目的とする論考の前篇である本稿では、ドイツ環境法における公法と私法の関係について分析及び検討を加えてきた。その結果として、本稿では、日本法における民法的保護と行政法的保護の一致の議論の構造を導き出した⁵⁴⁵⁾。「環境法における私法の役割」の考察を目的とする論考の後篇である次稿⁵⁴⁶⁾では、本稿の結論を基礎として、民法的保護と行政法的保護の一致に関する日本法における現在の議論に分析を加え、この分析から日本法において考察の必要となる法理論を析出し、この法理論に考察を加える。

542) 本章3三。(2)(c)参照。

543) 本章3二。(2)(b)(ウ)参照。

544) 「環境法における私法の役割」の意味については、本稿I1四。(4)参照。

545) 本稿V4二。参照。

546) 本稿に引き続いて、2002年5月に一橋大学に提出した博士学位論文（「環境法における私法の役割—私人が公法的規制を私法的手段を通じて実現する可能性」）の後半部分を一部要約したうえで、補筆・修正を加えた「環境法における私法の役割（後篇）—集合的・公共的利益の実現に対する民法と行政法の相互補完の可能性」を2004年に近畿大学法学（近畿大学法学部紀要）において公表する予定である。