

環境法における私法の役割（前篇）(1)

—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
- III BGB906条1項における「本質性」と公法的規制の関係（以下次号）
- 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

I 序論—問題の所在と本稿の課題

1 問題の所在と本稿の課題

一. はじめに

本稿においては、「環境法における私法の役割」を考察の対象とする。まず、「環境法」とは、「環境保全上の支障（公害や地域的規模あるいは地球的規模の環境破壊・悪化）を防止し、良好な環境の確保をはかることを目的とする法制度（憲法、条約、法律、条例など）の総称¹⁾」として考察を進める。他方、「私法の役割」について、問題意識の対象及び範囲をこのように簡潔に示すことは困難である。そこで、以下では、公法と私法に関する現在の議論状況の検討を通じて「私法の役割」に含まれた問題意識の対象及び範囲を示し、これによって本稿の課題を明らかにしたい。まず、本節二. において、「公法」と「私法」についての民法学及び行政法学の議論状況を検討する。そして、本節三. において、民法

※ 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。

※※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了（2002年法学博士号取得）

「一橋法学」（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第1号2003年3月 ISSN 1347-0388

1) 阿部泰隆＝淡路剛久編『環境法〔第2版追補版〕』30頁〔淡路執筆〕（有斐閣、2002年）。

と行政法との関係についての現在の議論を概観する。そのうえで、本節四.において、環境法における民法と行政法との関係についての議論を検討し、本稿の課題を示したい。

二. 議論の出発点としての「公法」と「私法」

(1) 問題の所在

現在、民法総則を取り扱う概説書の多くが、序論として「民法とは何か」という問題に触れており、公法と私法の関係はここで取り扱われている²⁾。他方、行政法における概説書においても、同様に「行政法とは何か」という問題がその序論的位置を占めており、ここで、公法と私法の関係について詳細な検討がなされている³⁾。以下では、「公法」と「私法」の概念について、民法学および行政法学のそれぞれにおける議論を比較検討する。

(2) 民法学における「公法」と「私法」

民法総則を取り扱う概説書の多くは、概括的な説明として、私人に関わる社会関係を私法関係とし、国家及び公共団体の内部関係・相互関係並びに国家及び公共団体と私人との関係を公法関係とする⁴⁾。そのうえで民法は「私法の一般法」と位置づけられる⁵⁾。しかし、民法学においては、公法と私法の概念に関する一般的な議論がこれ以上に展開されることは少ない⁶⁾⁷⁾。その少ない議論のなかで、

-
- 2) 序論において公法と私法の問題に触れる近年公刊された民法の概説書として、内田貴『民法Ⅰ 第2版補訂版 総則・物権総論』13頁以下(東京大学出版会、2000年)、北川善太郎『民法総則(民法講義Ⅰ)[第2版]』1頁以下(有斐閣、2001年)、大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論』1頁以下(有斐閣、2001年)、山本敬三『民法講義Ⅰ 総則』8頁以下(有斐閣、2001年)、四宮和夫・能見善久『民法総則[第6版]』4頁以下(弘文堂、2002年)などがある。なお、「民法とは何か」という問題に関して、星野英一『民法のすすめ』(岩波書店、1998年)、大村敦志『民法総論』(岩波書店、2001年)がある。
 - 3) 近年公刊された行政法の概説書において、「行政法とは何か」という論点において、この公法と私法の問題を取り扱うものとして、塩野宏『行政法Ⅰ[第2版増補] 行政法総論』24頁以下(有斐閣、1999年)、小早川光郎『行政法 上』45頁以下、146頁以下(弘文堂、1999年)、芝池義一『行政法総論講義[第3版増補]』18頁以下(有斐閣、1999年)、原田尚彦『行政法要論[全訂第四版増補版]』16頁以下(学陽書房、2000年)、藤田宙靖『第3版行政法Ⅰ(総論)[再訂版]』3頁以下(青林書院、2000年)などがある。また、公法と私法の関係について、塩野宏『公法と私法』(有斐閣、1989年)がある。
 - 4) 北川・前掲注2) 2頁。その他、四宮・能見・前掲注2) 3頁、内田・前掲注2) 14頁以下、大村・前掲注2) 基本民法3頁、山本・前掲注2) 9頁以下。

以下では、星野英一教授の見解を検討する。

星野教授は、国の法律全部を公法・私法に区分する厳格な二分法は今日において妥当しない、としたうえで、私法とされることに異論のなかった法律と、公法とされることに異論のなかった法律を対比し、それぞれの特色として以下の三つを挙げる⁸⁾。

公法と私法の特色の第一として、本来的な規律対象の違いが挙げられる⁹⁾。私法は個人間の関係の規律を予定しており、他方、公法は、国家及び地方公共団体（行政権の主体または行政機関の組織）の相互関係、及びそれらと個人の関係の規律を出発点としていた、と指摘される¹⁰⁾。

続いて、社会関係の規律の仕方についての二つの違いが指摘される¹¹⁾。

-
- 5) 北川・前掲注2) 23頁、四宮＝能見・前掲注2) 5頁以下、内田・前掲注2) 15頁、川井健『民法概論1（民法総則）〔第2版〕〕1頁（有斐閣、2000年）。山本・前掲注2) 11頁では、民法は「私法の一般法」ではなく「私法の基本法」であるとされる。また、大村・前掲注2) 基本民法3頁は、「私法の一般法」という語を用いていない。
 - 6) 山田卓生「公法と私法」星野英一他編『民法講座 第1巻 民法総則』18頁（有斐閣、1984年）は、その理由を「民法を学ぶに当たって必要な事柄と考えられなかったから」とする。
 - 7) 民法において、公法と私法の概念に関する一般的な議論を行うものとして、星野英一「民法とは何か(1)～(3)」法教1号19頁、同2号17頁、同3号20頁（1980年）、山田・前掲注6) 1頁。また近年、「取締法規違反行為の私法上の効力」論を通じて公法と私法の関係に考察を加えるものとして、大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』201頁以下（東京大学出版会、1999年、初出・1993年）、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割」同『公序良俗論の再構成』246頁以下（有斐閣、2000年、初出・1996年）がある。また、民法と憲法との関係について、民法学の側から、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二・完）」論叢133巻4号1頁以下、同5号1頁以下（1993年）が、憲法の私人間適用の問題に関して詳細な検討を行っている。さらに、法学教室177号6頁以下（1994年）において「民法と憲法」と題する特集が組まれている。このほか、民法と行政法との関係については、大橋洋一＝山本敬三「行政法規違反行為の民事上の効力」法教249号57頁以下〔山本発言〕（2001年）など参照。なお、拙稿「都市環境保全における『公法と私法』序論」一研25巻4号25頁（2001年）は、連担建築物設計制度（建築基準法86条2項）を題材として、民法と行政法の関係についての検討を局部的にはあるが試みている。
 - 8) 星野・前掲注7) 「(2)」19頁以下。
 - 9) 星野・前掲注7) 「(2)」20頁。
 - 10) 星野・前掲注7) 「(2)」20頁。ただし、行政機関相互の関係及び行政機関と個人の関係を規律する法の全てが公法ではないとされる（星野・前掲注7) 「(2)」20頁）。
 - 11) 星野・前掲注7) 「(2)」20頁以下。

まず、公法と私法の特徴の第二として、私法が個人を一応平等なものとして規律するのに対して、公法は、行政権の主体が個人に臨むときに、一方的にその意思による場合を認めている、という違いが挙げられている¹²⁾。

そして、公法と私法の特徴の第三として、私法が社会関係の形成をできるだけ個人の自主自立に委ねるのに対して、公法では個人のイニシアティブを待たずに積極的に法の目指す目的を実現するように国・公共団体が介入する、という違いが指摘されている¹³⁾。

(3) 行政法学における「公法」と「私法」

(a) 行政法学の対象と「公法」と「私法」

他方、行政法学においては、公法と私法の内容についての検討が、行政法学の対象との関係で詳細になされてきた。行政法が一般的な成文法典を持たないことなどから、行政法学はその対象として行政法の範囲を確定する必要があるとされる¹⁴⁾。この行政法の範囲の確定については次の二つのアプローチが示される¹⁵⁾。第一のアプローチは、行政法の特質をあらかじめ内容的に厳密に規定し、これによってその範囲を確定する方法である¹⁶⁾。第二のアプローチは、行政法の特質の存在を一応前提としつつも、それをあらかじめ内容的に確定するのではなく、特質を明らかにする視角を設定しておくとするものである¹⁷⁾。

伝統的な見解は、第一のアプローチをとっていたとされる¹⁸⁾。そして、ここに公法と私法の内容の区別の意義が認められていた¹⁹⁾。このような伝統的な見解に

-
- 12) 星野・前掲注7)「(2)」20頁。ただし、行政事件訴訟法4条にいう「公法上の法律関係」は権力関係を指すものではないこと、及び、私法でも、能力の規定や親子や扶養に関する規定は、当事者をその事情にふさわしく不平等に扱っていること、も指摘されている(星野・前掲注7)「(2)」20頁)。
 - 13) 星野・前掲注7)「(2)」20頁以下。ここでは、私法のなかにも個人の自由を認めない領域もあるとの限定が付されている(星野・前掲注7)「(2)」20頁以下)。
 - 14) 塩野宏「行政法の対象と範囲」ジュリ増刊『行政法の争点(新版)』4頁(1990年)。
 - 15) 塩野・前掲注14) 7頁。
 - 16) 塩野・前掲注14) 7頁。
 - 17) 塩野・前掲注14) 7頁。
 - 18) 塩野・前掲注14) 7頁。このような伝統的なアプローチをとるものとして、例えば、田中二郎『新版行政法上〔全訂第二版)』24頁以下(弘文堂、1974年)。
 - 19) 室井力「公法と私法との区別」ジュリ増刊『行政法の争点(新版)』22頁(1990年)。

における公法と私法の区別は、公法私法二元論とよばれている。すなわち、公法私法二元論とは、私人間の法律関係は私法たる民法によって規律される私法関係であるのに対し、行政上の法律関係の多くは私法と異なる独自の法体系である公法によって規律される関係、すなわち公法関係である、とする考え方である²⁰⁾。

しかし、現在の行政法学において、このような公法私法二元論は一般的に否定されている²¹⁾。そして、行政法の範囲の確定という問題に対しては、上述した第二のアプローチが有力な見解として主張されている²²⁾。

(b) 現在の行政法学における「公法」と「私法」

しかし、例えば、塩野宏教授は「…、公法・私法を説明概念として用いることは、あるいは可能かもしれない。たとえば、純粋に民法的に取り扱うに相応しくない場合に、公法的なといったような包括的言葉を用いた方が整理しやすいこともあろう」と述べる²³⁾。この「説明概念としての公法と私法」という捉え方は、公法と私法という概念に、一定の問題において一定の法を総称する概念としての意義が認められることを示している。

さらに、小早川光郎教授は、公法私法二元論をとると否とに関わらず、民法と行政法との体系が、それぞれの対象となる主体に着目して、それぞれ異なるとする²⁴⁾。ここで、小早川教授は、「説明概念としての公法と私法」の内容を示しているわけではないが、あえて、「説明概念としての公法と私法」を念頭におけば、この小早川教授の指摘を基礎として、説明概念としての「公法」あるいは「私法」は、主体関係に着目してまとめられた法である、と解することが可能となる

20) 小早川・前掲注3) 146頁。

21) 近年公刊された行政法の概説書において、この公法私法二元論を否定するものとして、阿部泰隆『行政の法システム（上）[新版]』18頁（有斐閣、1997年）、塩野・前掲注3) 40頁、小早川・前掲注3) 172頁、芝池・前掲注3) 26頁以下、原田・前掲注3) 24頁以下。なお、この問題の歴史的流れを含めた全体像については、塩野・前掲注14) 4頁以下、室井・前掲注19) 22頁以下を参照。

22) 塩野・前掲注14) 7頁。塩野教授は、独自の自足的体系を作ることを使命とする学問観にとらわれず、登場してくる問題について適切に検討できる場ないし視野を備え、かつその法現象の処理の方法を用意することが必要であるとする（塩野・前掲注3) 43頁）。

23) 塩野・前掲注3) 40頁。

24) 小早川・前掲注3) 46頁。

う²⁵⁾。

(c) 説明概念としての「公法」と「私法」

以上の検討を踏まえて、ここで、説明概念としての「公法」と「私法」の内容を、以下のように示しておきたい。まず、「説明概念としての公法」とは、主に国家もしくは地方公共団体の機関の組織、その相互関係、またはそれらと個人との関係の規律を念頭に置いて作られた法である。他方、「説明概念としての私法」とは、主に私人間の関係の規律を念頭に置いて作られた法である。しかし、この両者は厳格に範囲の確定されている概念ではない。つまり、一定の事例において、問題整理のためにこれらの概念を用いることはできるが、逆にその域を越えた可能性は認められない²⁶⁾。

「説明概念としての公法と私法」の内容をこのように捉えることは、塩野教授が示した「説明概念としての公法と私法」と内容的に反することもなく、また現在の行政法学における公法と私法の概念の捉え方に反するものでもないと考えられる²⁷⁾。

(4) 民法学における「説明概念としての公法と私法」

以下では、上述(3)(c)で示した「説明概念としての公法と私法」という捉え方が、

25) 室井・前掲注19) 25頁においては、「…、行政権の特質に照応した法としての行政法は、伝統的な公法私法二分論とかかわりなく、行政組織法、行政活動法及び行政救済法のそれぞれについて、あるいはそれらの相互関連について、一般的かつ具体的特質を表現するものとして把握されることになる。そして、このような行政法を分類名称として公法と称するなら、…、あえて否定する必要はない」とされている。

26) 例えば、「この法は公法であるから私人間の関係には適用されない」といったように、それぞれの概念を法的な議論の根拠とすることはできない。

27) 例えば、藤田宙靖教授は、「…、『公法と私法の区別』とは、一体、実定法それ自体が採用している(…)のものであって、われわれが把握すべき対象物であるのか、それとも実定法の内容それ自体は、実に複雑多岐であるのであって、ただわれわれがこれを把握しようとする場合に、何らかの尺度によって整理・分類する必要がある。なぜならば、仮に一元論の立場、すなわち、実定法の内容自体は複雑多岐であって、相互間に必ずしも統一的な内在的関連はない、と考える立場に立っても、何らかの必要に基づき、特定の観点からこれらを類型化して、『公法』、『私法』という概念によって表現すること自体は、不可能ではないからである」と述べている(藤田・前掲注3) 40頁)。ここでは、「何らかの必要性」を問題整理のため、「特定の観点」を主体関係として、類型化したものである。

民法学における公法と私法の概念にも沿うものであるか、という点について、上述(2)で検討した星野教授の見解に基づいてさらに検討を進める²⁸⁾。

まず、星野教授は、公法と私法の厳格な二分法は妥当ではないとする。これは、行政法学における有力な見解と一致しており、「説明概念としての公法と私法」の基礎としうる。

更に星野教授は、公法と私法の特徴の違いとして三つの点を挙げる。この星野教授の見解によれば、「説明概念としての公法と私法」を類型化するための観点として、主体関係に着目する、すなわち星野教授の掲げる公法と私法の特徴の第一に着目する以外に、星野教授の掲げる公法と私法の特徴の第二及び第三、すなわち、社会の規律の仕方に着目する可能性も考えられる。

しかし、たとえ説明概念という概念の範囲自体が不明確であるとしても、その類型化を行うための観点は明確に定められていなければならない、ということは自明であろう。この点から、星野教授の示す第二の点及び第三の点は不明確であるといわざるをえない。他方、星野教授の示す第一の点、すなわち主体関係については、少なくとも国家および地方公共団体の組織が法律によって明確に規定されているかぎりにおいて、主体関係の相違は確実なものとして捉えられうる²⁹⁾。

以上の検討から、主体関係を基礎におく「説明概念としての公法と私法」という捉え方は、民法学において受け入れることができると思われる³⁰⁾³¹⁾³²⁾。以下、本稿における考察において、「公法」及び「私法」という用語は、このような説明概念として用いる。

28) 星野教授の見解については、上述(2)参照。

29) 行政の主体について、藤田・前掲注3) 13頁以下、大橋洋一『行政法 現代行政過程論』5頁（有斐閣、2001年）参照。私人の範囲は行政主体との対比において確定されうる。

30) 例えば、大村・前掲注2) 民法総論148頁は、「一般に、私法とは、私人（個人）間の関係に適用される法をいい、公法とは、国家と私人の関係に適用される法をいう。実際には、両者の適用領域はこうに明確に画されているわけではない」としたうえで、「それにもかかわらず、…、理念形として両者の区別には、近現代における法の展開を理解するうえで、一定の意義がある」とする。また、少なくとも近年公刊された民法の概説書において、「私法」の意味は主体関係に着目して説明されている（内田・前掲注2) 15頁、川井・前掲注5) 1頁、北川・前掲注2) 23頁、山本・前掲注2) 11頁）。

三、民法と行政法との関係—「公法と私法」の関係の発展を基礎として

(1) 考察の対象としての民法と行政法

本節二. において示したように、本稿において、「公法」と「私法」は説明概念として捉える。しかし、「公法」と「私法」の関係は、本稿における「私法の役割」の考察の内容とするには漠としすぎている。そこで、本稿で具体的に「私法の役割」を考察するにあたっては、私人間の関係を規律する法律として「私法」に含まれる「民法」と、国家機関たる行政内部の関係及び行政と私人との関係を規律する法律として「公法」に含まれる「行政法」との関係を具体的な考察の対象とする。

-
- 31) 北川教授は、「現行法上、昭和37年の行政事件訴訟法があり、その手続にのるかど
うかの点で公法と私法の区別はなお意味を持っている」とする（北川・前掲注2）
25頁）。しかし、現在、行政法学においては、このような意味での公法と私法の区
別の意義は否定されている（塩野・前掲注3）38頁、芝池・前掲注3）35頁以下、
原田・前掲注3）26頁、藤田・前掲注3）42頁以下参照）。
- 32) このような「説明概念としての公法と私法」という捉え方によって、「公法」およ
び「私法」の語を用い続けることについては、藤田教授が、「伝統的な理論体系に
おける、公法と私法の区別、という考え方は、…、『公法を適用さるべき社会的現
象』と『私法を適用さるべき社会的事象』との区別、という考え方も含んでいる
のであり、それはまた、法思想的に見るかぎり、西欧近代法における、『国家』
と『社会』の区別、あるいは『公的なもの』と『私的なもの』との区別、と
いう観念の、一表現形態としての面をも持っているのであって、その要・不要を
論ずる、ということは、私的利益相互間の調整原理が基本的に及ばない「公」の
世界という観念を、社会現象についての諸処の考察に際し採用する必要があるか
否か、という問題に関わる（藤田・前掲注3）45頁以下）」と述べている点を意識
している。この問題は、とりわけ「民法の基本原則」に関する議論との関係で、
十分に考察の必要性がある問題であると思われるが、筆者の能力は未だこの問題
を考察するには不十分である。今後は、この問題も念頭において研究を進めてい
きたい。なお、民法学においては、この「公的なもの」と「私的なもの」と
の区別の必要性を念頭において、「民法とは何か」という問題に対して考察を加え
た論文として、大村敦志「民法と民法典を考える」同『法典・教育・民法学』1
頁以下（有斐閣、1999年、初出・1996年）がある。このほか、私法秩序を憲法秩
序に組み入れて一元的に把握する山本敬三教授の見解（山本敬三「基本法として
の民法」ジュリ1126号263頁以下（1998年）、大橋＝山本・前掲注7）64頁〔山本発
言〕など）、及び「支援された自律」という法技術思想を基礎とした考察から、民
法が伝統的な普遍的私法の一元的秩序をもはや構想しえず、行政法的規律のよう
な異質な原理の法規律によって「支援」されて、秩序の多元的な複合を維持する
ものへと変化したことを指摘する森田修教授の見解（森田修「民法典と個別政策
立法」岩村正彦他編『岩波講座 現代の法4 政策と法』111頁（岩波書店、1998
年）、同「『独禁法違反行為の私法上の効力』試論」経法19号99頁（1998年））が
ある。

民法と行政法の関係を対象として「環境法における私法の役割」を考察する前提として、この両者の一般的な関係がいかに関係されてきたかが問題となる。以下では(2)において、大橋洋一教授が示す行政法と民法の関係の三つのモデルを検討し、(3)において、北川善太郎教授が示す問題整理を検討する。そして、(4)において、両者を踏まえて、現在の議論における民法と行政法の関係についての問題の位置付けを検討する。

(2) 民法と行政法の関係の行政法学における位置付け

大橋教授は民法と行政法の関係について次の三つのモデルを示す³³⁾。

まず、第一期として、民法と行政法が別個の法体系として相互に交渉を持つことなく、孤立した法体系として形成された時期が示されている³⁴⁾。この時期は、「公法私法二元論」によって、例えば行政法関係において私法の適用を排除しようとした時期とされる³⁵⁾。

続いて第二期として、公法と私法が全く相容れないものではなく、私法規定・私法原則も行政法関係に適用可能であることが承認され、公法と私法の相互の参照可能性が認識された時期が挙げられている³⁶⁾。

最後に、第三期は、行政法と民法との間で多様な協力・補完関係の構築が要請される時期と特徴づけられる³⁷⁾。この第三期においては、行政法と民法を相互補完的に組み合わせて新しい協力システムを形成する点にいっそうの関心が寄せられる、とされる³⁸⁾。

(3) 民法と行政法の関係の民法学における位置付け

33) 大橋・前掲注29) 74頁以下。なお、大橋＝山本・前掲注7) 66頁以下〔大橋発言、山本発言〕において、この大橋教授の整理が、取締法規違反行為の私法上の効力に関する民法学の議論の流れとうまく対応していない点が確認されており、大橋教授自身、効力論を射程に入れると、修正した方が正確な整理となるとする。しかし、伝統的見解とされる公法私法二元論（公法と私法の峻別）に対して、これを否定する見解が現在有力となっているという流れを念頭に置けば、全体について概略的に示される時代区分として、大橋教授の区分は十分に説得力を持つと考えられる。そのため、本稿では、大橋教授自身が付した留保を踏まえたうえで、大橋教授の問題整理を用いる。

34) 大橋・前掲注29) 74頁。

35) 大橋・前掲注29) 74頁。

36) 大橋・前掲注29) 74頁。

37) 大橋・前掲注29) 75頁。

北川教授は、近代において、統一的な国家権力の登場によって、国家に対して経済社会である市民社会が前面に出てきたと述べる³⁹⁾。その結果、近代法では、国家を中心とする公法と市民社会の法である私法とが明確に区分され、あらゆる法律関係が公法と私法に明確に区別され、それぞれが異なる法理に服するものとされたとする⁴⁰⁾。

これに対し、近代法から現代法に移行する過程で、公私法の峻別が緩められ、取引関係において公法的規制が増加し、市民社会の法である私法が空洞化するという「私法の公法化」現象が目立つようになったとされる⁴¹⁾。また、逆に、公法関係では営造物利用条件を一方的に変更しうるとする特別権力関係論⁴²⁾が、サービス行政・給付行政における非権力的行政作用法で後退し、場合によっては契約的視点が考慮される、として「公法の私法化」現象も指摘されている⁴³⁾。

さらに、北川教授は、医事法・環境法・消費者法等の新たに生成している複合法域では、実体法レベルで「公私法の融合」が見られることも指摘している⁴⁴⁾。

(4) 現在の議論における民法と行政法の関係

以上のような民法学および行政法学のそれぞれにおける整理を比較すると、次のような共通点を指摘しうる。まず、大橋教授が第一期として掲げるモデルは、北川教授のいう公私法の峻別の原理と通じる。また、大橋教授が第二期として示すモデルは、北川教授が「私法の公法化」及び「公法の私法化」として述べる内容とその軌を一にするといえよう。

38) 大橋・前掲注29) 75頁。大橋教授は、現代社会の生み出す新規の政策課題に対して、行政法と民法が共同戦線をはって新しいシステムの構築を模索する必要性を指摘する(大橋・前掲注29) 75頁)。

39) 北川・前掲注2) 23頁。

40) 北川・前掲注2) 23頁。

41) 北川・前掲注2) 25頁。この「私法の公法化」については、星野・前掲注7) 「(3)」23頁以下参照。

42) 特別権力関係論とは、行政法学において議論されてきた主題の一つであるが、現在ではもはや維持されえないものとされている。特別権力関係論については、塩野・前掲注3) 32頁以下、小早川・前掲注3) 174頁以下、原田・前掲注3) 86頁以下、藤田・前掲注3) 63頁以下参照。

43) 北川・前掲注2) 25頁。この「公法の私法化」については、星野・前掲注7) 「(3)」23頁以下参照。

44) 北川・前掲注2) 26頁。ただし、「公法と私法の融合」の内容は説明されていない。

それでは、大橋教授のいう行政法と民法との間で多様な協力・補完関係の構築が要請されるという第三期のモデルは、民法学においてはどのように位置づけられるのであろうか。北川教授のいう「公私法の融合」の意味は明らかではないが、少なくとも、「公私法の融合」の概念によって、この「民法と行政法の相互補完」が否定されることはなかろう。さらには、「公私法の融合」の概念が「民法と行政法の相互補完」と同質の意味を含んでいるとの理解もなしうる。そうであるならば、行政法学のみならず、民法学においても「民法と行政法の相互補完」に対する検討が要請されているといえよう⁴⁵⁾。

四. 本稿の課題となる「環境法における私法の役割」

(1) 検討の対象

以下では、本節二. 及び本節三. における検討を基礎として、環境法において「私法の役割」に着目して議論されている現在の問題を検討することを通じて、本稿における課題となる「環境法における私法の役割」の意味を明らかにしたい。近年、従来から議論となっていた行政法上の義務の私法上の位置付けの問題について、「私法の役割」に着目して論ずる見解が主張されている。また、現在、環境保全における「私人」の役割を念頭に置いた「私法の役割」に関する考察の必要性も示されている。以下では前者の議論を(2)で、後者の議論を(3)でそれぞれ検討する。これらの検討を踏まえて、(4)において本稿の課題である「環境法における私法の役割」の意味を示す。

(2) 行政法上の義務の私法上の位置付けと「私法の役割」

(a) 従来の議論

(ア) 一般的な不法行為法における議論⁴⁶⁾

伝統的通説に基づくと、不法行為法における行政法上の取締規定違反は、「違法性」要件⁴⁷⁾及び「過失」要件において問題となる⁴⁸⁾。しかし、現在、伝統的通説の理論的枠組が問題視され、「過失」要件と「違法性（権利侵害）」要件の再構

45) 北川・前掲注2) 26頁では、実体法レベルにおいて「公私法の融合」が見られるとの指摘は、「公私法のミックスした法律関係の理論的実際の検討は興味のある課題である」との記述の後で行われている。

46) 以下(ア)においては、山本敬三教授による整理（山本・前掲注7）「私法の役割」266頁以下）に基づいて記述を進める。

成に向けて議論が紛糾している⁴⁹⁾。この状況のなかで、不法行為法における取締法規違反行為は、いずれにしろ「行為義務違反」と関連すると分析されている⁵⁰⁾。すなわち、取締法規に違反すれば行為義務違反が一応推定されるが、逆に取締法規の遵守によって行為義務は否定されないとする見解が多いとされる⁵¹⁾。

(イ) 環境法における議論

i) 閾値と行政法的基準（澤井裕教授の見解）

澤井教授は、人間の健康被害について、閾値を絶対的の差止基準とする⁵²⁾。そして、閾値が確定している場合、汚染を閾値以下にするために必要な排出量限度を現実の排出量が超過していることの証明が困難であるので、現在の行政的排出基準・総量基準を超える排出によって閾値排出が推定されるとする⁵³⁾。他方、閾値

-
- 47) 山本・前掲注7)「私法の役割」266頁。伝統的通説である「相関関係理論」のもとで、行政法上の取締法規違反は、侵害行為の態様において問題とされ、刑罰法規違反と公序良俗違反の中間に位置するものとされる（加藤一郎『不法行為（増補版）』35頁以下、106頁以下（有斐閣、1974年））。
- 48) 山本・前掲注7)「私法の役割」266頁以下。予見可能性があるにもかかわらず注意しなかったという心理状態を「過失」と捉える伝統的通説のもとでは、この注意の判定の際に取締法規違反の問題が取り扱われる（加藤・前掲注47）64頁、72頁）。
- 49) 山本・前掲注7)「私法の役割」267頁以下。過失と違法性の関係については、錦織成史「違法性と過失」星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』173頁以下（有斐閣、1985年）、森島昭夫『不法行為法講義』238頁以下（有斐閣、1987年）参照。
- 50) 山本・前掲注7)「私法の役割」268頁。この行為義務の判断枠組に関しては、平井宜雄教授の提唱する枠組が基礎とされる（山本・前掲注7)「私法の役割」269頁、平井宜雄『債権各論 II 不法行為』30頁以下（弘文堂、1992年））。そこでは、①結果発生の蓋然性、②被侵害利益の重大さ、③行為義務を課すことによって犠牲される利益、という三つの因子について、まず①と②の相関関係を考慮し、そのうえで③を考慮するという形での比較衡量によって行為義務が判断される（平井・前掲30頁、53頁以下。このほか、前田達明『民法Ⅳ2（不法行為法）』40頁以下（青林書院新社、1980年）、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』358頁以下（青林書院新社、1983年）、森島・前掲注49）203頁以下など。ただし、③因子を損害賠償責任の枠組の中で考慮することに反対する見解もある（淡路剛久『公害賠償の理論』99頁（有斐閣、1978年）など））。
- 51) 山本・前掲注7)「私法の役割」269頁。このような見解として、前田・前掲注50）48頁以下、四宮・前掲注50）338頁以下、森島・前掲注49）205頁以下など。この見解では、行政取締法規の規律の一般性及び定型性が指摘されたうえで、行政取締法規と不法行為法の目的及び評価の観点の相違が理由としてあげられている（前田・前掲注50）48頁以下、四宮・前掲注50）339頁注(1)、森島・前掲注49）205頁以下）。
- 52) 澤井裕『公害差止の法理』29頁、101頁以下（日本評論社、1976年）。

の確定していない場合には、行政規制基準を社会的コンセンサスによる絶対的基準と見るべきとする⁵⁴⁾。そして、行政規制基準違反の場合において、その規制基準の予想する被害の未発生を加害者が立証すれば違法とされないが、そうでない限り、加害者は公共性や防止措置の困難さなどの利益衡量要素を主張して差止の緩和を求めることは許されないとする⁵⁵⁾。

ii) 違法性判断における行政法的基準（加藤一郎教授及び野村好弘教授の見解）

加藤教授は、公法上の基準は最低限度の基準であるとして、その不遵守の場合に違法性が推定されるとする⁵⁶⁾。他方、公法上の基準の遵守の場合、私法上の違法性が個々の事件の具体的な状況を問題とするものであるため、公法上の基準の遵守は私法上の違法性にとって決定的にならないとする⁵⁷⁾。

野村教授も、法令で定められた基準の遵守は行政法上の制裁を受けないことを意味するにとどまり、私法上の責任とは無関係であると述べる⁵⁸⁾。他方、このような基準の違反の事実だけで受忍限度外であることが推定されるとする⁵⁹⁾。

(b) 最近の議論

(ア) 公法上の義務遵守行為の私法上の評価（鈴木美弥子講師の見解）

鈴木講師は、予防コントロールを中心とする公法と、事後的で個人の法益を中心とする私法とが、環境に関してもいかに分担して規制し、互いの弱点を補うのか、という点を問題意識として示す⁶⁰⁾。そして、公法的に適法と評価される加害者の法的地位に基づいて損害が発生する状態を私法上いかに評価するか、という問題

53) 澤井・前掲注52) 103頁。

54) 澤井・前掲注52) 29頁、105頁以下。

55) 澤井・前掲注52) 30頁、106頁。また、行政規制基準以下であっても利益衡量の結果、違法とされうることも当然として認める（澤井・前掲注52) 30頁）。

56) 加藤一郎「序論—公害法の現状と展望」加藤一郎編『公害法の生成と展開』36頁以下（岩波書店、1968年）。

57) 加藤・前掲注56) 36頁。

58) 野村好弘「故意・過失及び違法性」加藤一郎編『公害法の生成と展開』412頁（岩波書店、1968年）。

59) 野村・前掲注58) 412頁。

60) 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175頁（1997年）。

について、ドイツ法を検討する⁶¹⁾。このドイツ法の検討から、鈴木講師は、公法上の適法行為の私法上の評価の問題は、公法が一義的に民法の請求権の内容・存否を確定するのか、という形で現れるとする⁶²⁾。そして、公法が一義的に民法の請求権の内容・存否を確定すると規制の不十分な場合に問題が生ずること、規制の決定手続における損害発生予測の具体性に疑問のあること等を指摘する⁶³⁾。そのうえで、公法上の規制を超える義務を認め、賠償責任を課すことによって被害者を救済し、その結果、潜在的な加害者をも含めて加害者の行為に対してコントロールを及ぼし、事態を改善することに私法及び民事裁判所の役割がある、との結論が示される⁶⁴⁾。

(イ) 相隣関係と都市計画との関係を考察する見解（秋山靖浩講師の見解）

秋山講師は、現代都市法において都市計画を考察する際の重要な手がかりとされる「市民法的な権利の相互制限の論理」を民法学の立場から解明することが必要であるとする⁶⁵⁾。そして、具体的な考察課題として、第一に、相隣関係における調整の論理と都市計画との接点の存在の有無及び存在する場合の形態を対象とした考察が、第二に、相隣関係における調整の論理と都市計画との関係及び両者が抵触する場合の調節の在り方を対象とした考察が、それぞれ示される⁶⁶⁾。

そして、ドイツ法の議論の検討から、上述した第一の考察課題について、国土整備的機能という側面で相隣関係における調整の論理が都市計画と接点を有する

61) 鈴木・前掲注60) 173頁以下。

62) 鈴木・前掲注60) 287頁。

63) 鈴木・前掲注60) 288頁。

64) 鈴木・前掲注60) 288頁以下。

65) 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（一）」早法74巻4号266頁以下（1999年）。秋山講師の議論は、直接の考察対象を都市法に置いているが、環境法という観点からも検討対象とされう。その理由として、第一に、秋山論文の検討対象であるドイツ相隣法は環境私法において中心的な役割を果たすとされていること（本稿Ⅱ2参照）、第二に、秋山講師が「環境保護」の視点を含むドイツ法の議論を検討対象としていること、第三に、都市法と環境法との間には密接な関連が存在すること、がそれぞれ挙げられる。環境法が独自の法領域を構成しつつも都市法と密接に関連することについて、原田純孝「都市の発展と法の発展」岩村正彦他編『岩波講座 現代の法 9 都市と法』26頁（岩波書店、1997年）参照。

66) 秋山・前掲注65) 288頁。

こと、及び両者が交錯し評価矛盾を引き起こす場面では両者の調和が必要となること、の二点を認識する重要性が指摘される⁶⁷⁾。他方、上述した第二の考察課題については、ドイツ法の議論の検討から、次の三つの認識が示される⁶⁸⁾。まず第一が、相隣関係における調整と都市計画が交錯する場面では、都市計画における判断内容が相隣関係における調整の基準になるという意味において両者の連携を進める必要のあることである⁶⁹⁾。続いて第二が、上述の連携のためには厳格な二つの条件が満たされる必要のあることである⁷⁰⁾。そして第三が、この二つの条件が満たされていない場合には連携を進めるべきではなく、また二つの条件が満たされたとしても、「予測リスク」への対応手段として民法上の防御請求権に「非常ブレーキ」としての積極的な役割が依然として残されることである⁷¹⁾。

以上の検討から、秋山講師は日本法について次の二つを結論として述べる。第一の結論は、限界に至るまで相隣関係における論理の中に都市計画の要素を積極的に組み込んでいくべきであるとの結論である⁷²⁾。第二の結論として、まず、日本法においても、都市計画における判断内容が相隣関係における調整の基準になるという意味での両者の連携が必要となるとされる⁷³⁾。しかし、連携に必要となる二つの条件が日本法において満たされていないので、上述した意味における連携は正当化されず、現在の日本法において、建築基準法に適合した建造物に対する民法上の請求権の行使は認められるとされる⁷⁴⁾。

67) 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（五・完）」早法76巻1号326頁（2000年）。

68) 秋山・前掲注67) 322頁。

69) 秋山・前掲注67) 322頁。

70) 秋山・前掲注67) 322頁。条件の第一は、計画による指定が具体化されていること、第二は、侵害防止に関して相隣私法における制御と同程度の個別具体的で精密な制御が都市計画の枠内で行われていることである（秋山・前掲注67) 324頁）。

71) 秋山・前掲注67) 322頁。「予測リスク」とは、「侵害の予測が不適切であると事後に判明する事態」である（秋山・前掲注67) 323頁）。

72) 秋山・前掲注67) 321頁以下。この点に関する日本法の検討対象として、囲繞地通行権と接道義務の関係が取り上げられている（秋山・前掲注67) 315頁）。さらに、建築基準法65条の建物と民法234条の関係（秋山・前掲注67) 319頁）、及び建築基準法上の私道と通行の自由権の関係（秋山・前掲注67) 300頁注(9)）にも言及されている。

73) 秋山・前掲注67) 312頁以下。

(c) 環境法における行政法上の義務の私法上の位置付けと「私法の役割」

まず、上述(a)において検討した従来の議論においては、行政法上の規制を民法においてどのように受け止め組み入れるかという形で、すなわち、いわば消極的な形で行政法上の義務の私法上の位置付けが議論されていたといえよう。

他方、上述(b)において検討した最近の二つの見解は、環境法における「私法の役割」を積極的に認めているという点に特徴があるといえる。

まず、鈴木論文においては、環境法において公法と私法がいかに分担して規制し、そして互いの弱点を補うことができるのか、という問題意識が検討の基礎におかれている。そのうえで、行政規定を遵守していた行為でも私法上の違法性を認め、そして、私法上の義務を課すことが私法又は民事裁判所の役割として示される。

また、秋山論文においては、民法上の相隣関係に関する規定と都市計画をいかなる関係として捉えるのか、という問題が基礎におかれている。そのうえで、個別の要件・効果を再構成する形で、相隣関係における論理の中に都市計画の要素を積極的に組み込んでいくべきとされる。さらに、秋山論文においては、二つの条件が満たされている場合には、都市計画における判断内容が相隣関係における調整の基準となるという意味において都市計画と相隣関係の連携がはかられうるとされている。また、二つの条件が満たされている場合にも、「予測リスク」への対応手段として民法上の防御請求権に積極的な役割が残されるとの認識が示されている。

以上のように、最近の議論では、環境法において民法と行政法にそれぞれ分担される機能について考察され、そのなかで私法の果たす積極的な役割が示されている。また、このような環境法における民法と行政法の機能分担の考察は、本節三．において検討した「民法と行政法の相互補完」を環境法領域においていかに

74) 秋山・前掲注67) 303頁。この点に関する日本法の検討対象として、建築確認を得た建物から生ずる近隣住民の被害の受忍限度が問題となった事案(名古屋地決1997(平成9)年2月21日判時1632号72頁)が取り上げられている(秋山・前掲注67) 309頁以下)。

構成するか、という問題に関する議論であるともいえよう。このように、最近の議論においては、「民法と行政法の相互補完」における「私法の役割」に着目して、環境法における行政法上の義務の私法上の位置付けが検討されている。

(d) 「民法と行政法の相互補完」と「環境法における私法の役割」

しかし、鈴木講師の見解においては、「私法の役割」という視点は示されているが、環境法での民法と行政法との機能分担に関する議論において具体的にいかなる点が考慮されるのか、という問題について明確な主張はなされていない。また、ドイツ法における議論と日本法における議論の関係についての検討も行われていない。

他方、秋山講師の示す第一の結論、すなわち、限界に至るまで相隣関係における論理の中に都市計画の要素を積極的に組み込んでいくべきとする結論に関しては、具体的な事例において限界内とされるためには、いかなる条件を満たすことが求められるのか、という点が明らかとされていない。さらに、この結論に関する検討において、囲繞地通行権と接道義務との関係、建築基準法65条の建物と民法234条の関係、及び建築基準法上の私道と通行の自由権との関係が取り上げられているが⁷⁵⁾、私法上の制度に基づいて権利を主張する当事者と行政法上の義務が課せられている当事者との関係をみると、これらの問題には相違点が存在している⁷⁶⁾。

また、秋山講師の示す第二の結論、すなわち、都市計画における判断内容が相隣関係における調整の基準となるという意味における両者の連携に関しては、上述した第一の結論とはいかなる関係に立つのか、という点が検討される必要があろう。具体的には、第一の結論においては、上述した相隣関係と建築基準法に関する問題が取り扱われており、他方、第二の結論に関しては、建築確認を得た建物から生ずる近隣住民の被害の受忍限度が問題とされた事案が取り扱われている。これら具体的な問題は、どのような視点から整理されるのか、さらにはその整理

75) 前掲注72) 参照。

76) 囲繞地通行権と接道義務の関係では、囲繞地通行権を主張する当事者と接道義務の課せられている当事者が一致する。しかし、他の二つの問題は、私法上の制度によって権利を主張する当事者と行政法上の義務の課せられている当事者の間の争いである。

から議論に及ばされる影響は存在するのか、という点についても検討が求められるよう。

以上の検討から、環境法領域における「民法と行政法の相互補完」の構築をはかる際には、議論の対象となる具体的な問題がどのように整理されるのかという問題、及び整理された問題状況において具体的にいかなる点が考慮されるべきなのかという問題を、それぞれ考察対象として示すことができよう。本稿では、この二つの問題について「私法の役割」という視点に着目して考察することを課題の一つとする。

(3) 環境保全における「私人」の役割と「私法の役割」

上述(2)に示した「民法と行政法との相互補完」という視点に加えて、環境法における「私人の役割」の意義に関する現在の議論も、本稿の課題設定に影響を及ぼす。

まず、ドイツにおける環境政策と法の展開を検討する吉村良一教授の指摘が重要となる⁷⁷⁾。吉村教授は、ドイツ環境法との比較のなかで、日本環境法において私法が大きな役割を果たしてきた意味を三つ挙げる⁷⁸⁾。まず第一が、他の手段が不備であったために私法が積極的な役割を果たさざるをえなかった点である⁷⁹⁾。第二が、企業の民事責任が認められることによって、被害者の権利や加害者の責任を曖昧にしたまま僅かな補償で済ますという日本に伝統的であった処理方法が克服され、この意味で「近代的」な問題解決の出発点が築かれた点である⁸⁰⁾。最後に、第三として、民事裁判の構造や原理において、被害者のイニシアティヴが尊重されるために、加害者の責任を追及し糾弾しようとする運動の目的に適合的であった点が挙げられている⁸¹⁾。本稿においては、この第三の点に関する吉村教

77) 吉村良一「ドイツにおける環境政策と法の展開」同『公害・環境私法の展開と今日的課題』52頁以下（法律文化社、2002年、初出・2000年）。

78) 吉村・前掲注77) 53頁。

79) 吉村・前掲注77) 53頁。この第一の点については、その意義が相対的に低下しているとされる（吉村・前掲注77) 53頁）。

80) 吉村・前掲注77) 53頁。この第二の点については、今日では現実の問題とはならないが、被害者の権利や加害者の責任を明確にしたということは、問題を考える出発点として現在でも十分に意義を持つとされる（吉村・前掲注77) 53頁以下）。

81) 吉村・前掲注77) 53頁。

授の見解が最も重要となる。吉村教授は、環境保全における私人のイニシアティブの発揮という第三の点について、近時のドイツにおける環境私法の再評価の背景とも通じる点であり、今後の日本の環境政策と法の在り方にとって重要となることを指摘している⁸²⁾。

続いて、環境再生と公害訴訟の関係を論じる淡路剛久教授の指摘も重要となる⁸³⁾。淡路教授は、環境保全のための訴訟上の手段として、個人的被害を越えた環境被害の回復を目的とする環境賠償訴訟を立法論として認める必要性を指摘したうえで、和解により合意された、地域再生を含めた解決金の法的性質を検討している⁸⁴⁾。そして、この性質には、被害者が自らの被害からの回復をはかると同時に、地域の環境再生をはかるという視点が含まれているとされる⁸⁵⁾。淡路教授は、この点が環境法の新たな手法として発展する可能性を指摘する⁸⁶⁾。

以上の吉村教授及び淡路教授の指摘に基づけば、現在の日本の環境法では、私法の領域において環境保全に対する「私人の役割」を考察する必要性が認められよう。この点に関する考察も本稿における課題の一つとする。

(4) 本稿の課題—「環境法における私法の役割」の意味

以上の検討から、本稿の課題となる「環境法における私法の役割」の意味は、「環境法における『民法と行政法との相互補完』という観点を意識して、かつ環境法における『私人』の役割を意識して、現在の環境法において民法が果たす役割を考察する」となる⁸⁷⁾⁸⁸⁾。

82) 吉村・前掲注77) 53頁。

83) 淡路剛久「公害裁判と環境再生」環境と公害31巻1号7頁（2001年）。

84) 淡路・前掲注83) 12頁以下。

85) 淡路・前掲注83) 13頁。

86) 淡路・前掲注83) 13頁。

87) なお、本稿は、行政上の義務に関して、行政的執行の認められる場合に民事執行による義務履行確保が認められるか、という問題を取り扱うものではない。この問題に関しては、宇賀克也＝高田裕成「行政上の義務履行確保」法教253号99頁（2001年）参照。

2 本稿の構成

一. 比較対象としてのドイツ法

本章1四.(4)において示した意味における「環境法における私法の役割」を考察する本稿では、以下の二つの理由から、比較法の対象としてドイツ法を選択する。

その理由の第一は、本稿で考察の対象とするのが「私法」の役割であるという点である。本章1四.(3)で示したように、本稿においては「私人」の役割を観点の一つとして考察を進めていく。この「私人」の役割に関しては、アメリカ法の研究を中心とした田中英夫、竹内昭夫両博士の業績がある⁸⁹⁾。「私人」の役割を念頭に置かなければ、この田中、竹内両博士の業績を無視して考察を進めることはできない。しかし、このことは比較法の対象としてアメリカ法を選択することと必然的に結びつくものではない。ここで問題となるのは、英米法において、私人の活動も国家機関の活動も共通して一元的な法源としての「コモンロー (common law)」の規律に服するとの考え方がその根本にあり、私法秩序から独立した統一的な公法体系・行政法体系という発想が生じなかったとされる点である⁹⁰⁾。

88) 森田修教授は、競争政策を独禁法だけでなく多くの法に反映させて「歪みの少なく洗練された『競争政策法』の体系」を作るべきだ、という〈協働〉の主張に対して、「…このような協働を志向する場合には、直ちにそれぞれの法学領域の間の同質性と異質性が緊張関係に立つこともまた念頭に置かなければならない」と指摘する。そのうえで、「協働の戦略には、一方で異質なものが同質化していく方向が、他方で異質性を保持したまま分業する方向が想定される」と述べる。そして、前者の「異質なものが同質化していく方向」では、「競争政策法」というような領域の一元性は維持しうるが、既存の法領域それぞれの独自性が危機に瀕するとされる。他方、後者の「異質性を保持したまま分業する方向」では、既存の法領域内部において他領域の異質性に対応したインターフェイスを創り出せばよい反面、「競争政策法」というような領域の一元性が危機に瀕するとされる。森田教授は後者の方向を支持する（以上の森田教授の指摘について、森田・前掲注32）「試論」99頁以下参照）。本稿及び次稿における考察は、環境法領域において、この森田教授の見解と同様に、既存の法領域相互の異質性は維持しつつ、既存の法領域内部に他領域の異質性に対応したインターフェイスを創出する可能性を模索するものである。ただし、結論を先取りして言えば、本稿及び次稿における考察は、いずれの既存の法領域内部にも、他方の法領域と実体法的同質性の認められる部分が存在していることを示し、この同質性の認められる部分を上述したインターフェイスとして構成することを試みるものである。

89) 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年）。

90) 山田・前掲注6）7頁以下、藤田・前掲注3）36頁以下。

そのため、「民法と行政法との相互補完」という観点からも考察を進める本稿においては、英米法系に属する国の法律を比較法の対象することによって考察の視角が散漫となるおそれがある⁹¹⁾。そこで本稿では、基本的に公法と私法を区別する考え方をもつ大陸法系の法体系を有し⁹²⁾、かつ市民のイニシアティブの発揮の手段としての私法が再評価されるという状況が生まれているとされるドイツ法を比較の対象とする⁹³⁾。

理由の第二として、これまでの議論においては、「民法と行政法との相互補完」という観点からも、「環境法における私人の役割」という観点からも、ドイツ法との比較から、議論が展開されてきたことが挙げられる。本稿においては従来の議論を否定するのではなくその発展を志している。そこで、従来の議論との関係を明確にするために、本稿ではドイツ法における議論の考察を通じて、日本法における「環境法における私法の役割」を考察するための示唆を導き出したい。

二．本稿の構成

以下、Ⅱにおいて、ドイツ環境法における公法と私法の関係を概観する。続いてⅢ及びⅣにおいて、ドイツ環境法において公法と私法が交錯する具体的な事例を取り上げて考察を加える。そしてⅤにおいて、ドイツ法の議論を分析し、日本法における示唆及び更なる考察の視点を導く⁹⁴⁾。

91) なお環境法においては、アメリカ法との比較として、一般市民が法の実現を直接求めることを認める市民訴訟制度から、行政訴訟制度への示唆を導く論考がある（最近の論文として、木原正雄「米国における市民訴訟の一考察」新井古稀『行政法と租税法の課題と展望』33頁（成文堂、2000年）、西村淑子「アメリカの環境市民訴訟」成城63号149頁（2000年）、畠山武道「合衆国自然保護訴訟における『事実上の損害』」金子古稀『公法学の法と政策（下）』499頁（有斐閣、2000年）など）。

92) 山田・前掲注6）6頁以下、藤田・前掲注3）26頁以下。

93) 吉村・前掲注77）42頁以下、52頁参照。

94) なお、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」を公表する予定である。この「環境法における私法の役割（後篇）」においては、本稿Ⅴにおいて導き出した考察の視点を基礎として、更に考察を進めていく。

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

1 ドイツ環境法における公法と私法の一般的な関係の概観

一、ドイツ環境法における公法と私法

ドイツでは環境保護が国家の責務として捉えられているので、環境法の中心は公法とされている⁹⁵⁾。しかし、現在、ドイツ環境法において、ますます民事法的な解決策が求められている状況にあるとされる⁹⁶⁾。

二、ドイツ環境私法の利点

ドイツ環境法において、環境保護に対して民事的な手段が望まれる根拠は、公法的手段の弱点と表裏一体をなしているとされる⁹⁷⁾。そこでは、環境法における私法的手段の存在根拠として、五つの公法的手段の弱点が挙げられている⁹⁸⁾。それは、第一に、連邦には環境問題に関する公法についての包括的な立法権限がないのに対し、私法については連邦に包括的な権限があること、第二に、公法による対策にはそれを扱う官庁の新増設が必要だが、私法では私人の主導のもとで裁判所を通じて行われるのでより低コストであること、第三に、公法においては、例えば違法建築の除去の場合のように、執行上の困難があること、第四に、私法は国境を越えて効力を持ちうるが、公法の効力は基本的に国内に限られること、

95) Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, §6 Rn. 3.; Medicus, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts –aus Zivilrechtlicher Sicht, NuR 1990, 145.; 以下本節の記述については、吉村良一「ドイツにおける環境政策と法の展開」同『公害・環境私法の展開と今日的課題』42頁以下（法律文化社、2002年、初出・2000年）参照。

96) Kloepfer, a. a. O. (FuRn. 95), §6 Rn. 3.; 例えば、「スリムな国家 (der schlanke Staat)」論のもとでの、環境に関係する行政手続の簡略化あるいは手続の廃止などが示されている (Kloepfer, a. a. O. (FuRn. 95), §6 Rn. 4.)。

97) Medicus, a. a. O. (FuRn. 95), 145.; このほか、私法の最も重要な機能が、公法的な個別保護の体系に存在する構造的弱点の調整であるとするものとして、Marburger, Ausbau des Individualschutz gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, 56 DJT 1986, C 106.; Diederichsen, Referat zum 56. DJT 1986, L 63.; 他方、権利保護及び執行不全のような公法的な環境保護における欠陥の修正又は緩和を私法的規制の自己目的とすべきでないとするものとして、Kloepfer, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts –aus öffentlicher-rechtlicher Sicht, NuR 1990, 343.

98) Medicus, a. a. O. (FuRn. 95), 145f.

第五に、私法にはローマ法以来の伝統があり、環境保護の問題もその伝統の上にすえることができること、である⁹⁹⁾。

三．ドイツ環境私法の限界

しかし、ドイツにおいては、環境法を完全に私法中心の形態にすることは誤っているとされる¹⁰⁰⁾。その理由として、次に示すような民事法に存在する弱点が挙げられている¹⁰¹⁾。

環境負荷（Umweltbelastung）に対する環境私法による保護は、第一に、環境そのものに対する負荷（Belastungen der Umwelt）を予防する側面と、第二に、環境からの負荷（Belastungen aus der Umwelt）を予防する側面の二つに分けられる¹⁰²⁾。

ここで、環境そのものに対する負荷を予防するという第一の側面において、このような負荷から私法が個人を保護するのは、一定の生活利益または権利が侵害された場合に限られる¹⁰³⁾。すなわち、民事法的な請求権は個人の法的地位を第一に保護するので、私法上の請求権によって排出行為が影響を受ける限りでの反射的な環境保護しか生じないことが民事法的手段の弱点として指摘される¹⁰⁴⁾。

他方、環境負荷に対する保護の第二の側面、すなわち環境からの負荷の予防という側面については、民事法的手段による環境からの負荷の予防に対する困難として、遠隔地での侵害発生の場合に惹起者を見つける困難、及び複数の損害惹起者の損害発生に対する寄与が判明しえない場合の困難が民事法的手段の弱点として指摘される¹⁰⁵⁾。

99) Medicus, a. a. O. (Fußn. 95), 145f.; 以下のメディクス（Medicus）の見解については、吉村良一「ドイツにおける環境民事責任論の新しい動向」同『公害・環境私法の展開と今日の課題』57頁以下（法律文化社、2002年、初出・1990年）、吉村・前掲注95）42頁参照。

100) Klopfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 9.

101) Klopfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 9.

102) Medicus, Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 1986, 778.; なお、以下に述べるメディクス（Medicus）の見解については、吉村・前掲注99）57頁参照。

103) Medicus, a. a. O. (Fußn. 102), 778.

104) Medicus, a. a. O. (Fußn. 102), 778.; クレプファー（Klopfer）は、公共財（öffentliche Güter）の個人的な財への転換を前提とする包括的な環境保護の私化（die Privatisierung）が現実的でなく、また望ましくないとする（Klopfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 9.）。

四. ドイツにおける環境公法と環境私法の並立

以上のような環境法における民事法的手段の特徴から、ドイツでは原則的に環境公法と環境私法の並立が維持されている¹⁰⁶⁾。

しかし、環境公法と環境私法の並立において、公法と私法の二重規制を通じた規範の二重性 (die Übernormierung) を回避する必要性が指摘される¹⁰⁷⁾。また、権利保護が過剰になることも指摘されている。そのため、広範囲にわたる環境公法と環境私法の調和 (die weitere Harmonisierung von öffentlichem und zivilrechtlichem Umweltrecht) が、焦眉の課題とされている¹⁰⁸⁾。

ただし、単に両者の規範的な衝突の回避という意味においてのみ、あるいは目的の適合性という意味においてのみ、環境公法と環境私法の調和が求められているわけではない¹⁰⁹⁾。環境公法と環境私法を機能的に関連付けるための最善の方法 (eine optimale funktionelle Verzahnung zwischen öffentlichem und privatem Umweltrecht) も問題とされている¹¹⁰⁾。

2 考察対象とするドイツ環境法における具体的問題

以上のように公法と私法の並立が維持されているドイツ環境法について、本稿では、この両者の関係が具体的に問題となった事例に関する判例及び学説の考察を通じて、ドイツ環境法における公法と私法の関係についての議論をさらに深く掘り起こしていきたい。

この目的のために、本稿では特にドイツ相隣法を考察対象とする。なぜなら、ドイツにおいては、物権法的な環境相隣法が、環境法における私法の拡張傾向に対して最も重要な歴史的な流れを構成しているとされるからである¹¹¹⁾。また、ド

105) Medicus, a. a. O. (Fußn. 102), 778.

106) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 10 f.

107) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 10.

108) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 10.; なお、この調和によって両法領域の環境保護への寄与を完全に均質化するのではなく、民事法の持つ特別な潜在性を維持・発展させるという点について一致していると評価されている (Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 10.)。

109) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 11.

110) Kloepfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 11.

イツ環境法では、特に相隣法の領域において、公法と私法の関係についての問題が多く見られると評価されていることも理由の一つである¹¹²⁾。

以下では、1990年代半ばにドイツにおいて議論となった二つの問題を取り上げてそれぞれに考察を加える。第一に、ドイツ民法典（以下本稿においては「BGB」と記述）906条1項における本質性（Wesentlichkeit）の評価と公法的規定の関係についての問題を考察する（Ⅲ）。第二に、BGB823条2項に基づいた民事訴訟を通じた公法的規制の実現に関わる問題を考察する（Ⅳ）。なお、内容を先取りすると、前者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、後者は公法的規制の不遵守を私法上違法と評価することに関する問題である¹¹³⁾。（以下次号）

-
- 111) Klopfer, a. a. O. (Fußn 95), §6 Rn. 12.; その際に中心的な法的根拠となるのが、BGB906条、BGB1004条及び各州の相隣法規とされる（Klopfer, a. a. O. (Fußn. 95), §6 Rn. 12.）。
 - 112) Klopfer, *Umweltpolitik und Umweltrecht : Privatrecht und >Öffentliches Recht<*, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht (EUDUR)*, 1998, Bd I, §7 Rn. 48.
 - 113) 吉村・前掲注95) 54頁では、「ドイツにおける1980年代後半以降の私法の再評価論の意義を明らかにするためには、それまでの公法優位の理論の意義と限界を、やはり現実に即して分析しなければならない。そしてその際には、（公法による）国や行政の環境政策のいわゆる『執行の不全（Vollzugsdefizit）』の実態とそこにおける私法的手段の機能の解明が重大な課題になろう」とされている。本稿は直接ドイツにおける執行不全を検討するものではないが、本稿における検討はこの課題の考察にも寄与しようと考えている。