

スイスにおける相隣法

沢 井 裕

は し が き

第一 スイスにおける相隣法一般

〔一〕 スイス相隣法の特質 〔二〕 スイス相隣法制度 〔三〕 相隣法の基礎となる妨害排除法 〔四〕 相隣法規 〔五〕 スイス相隣法の体系的地位 〔六〕 土地所有権濫越についての責任 〔七〕 相隣者の利益における所有権制限 〔八〕 より広い範囲の人々の利益における制限と公法的所有権制限

第二 スイス民法におけるイミシオン法総論

〔九〕 イミシオン法の体系的地位 〔一〇〕 イミシオン訴訟 〔一一〕 イミシオン訴訟と公法規定

第三 スイス民法におけるイミシオン法各論

〔一二〕 イミシオン法の内容 〔一三〕 作用の分類 〔一四〕 直接的作用 〔一五〕 間接的作用 〔一六〕 イミシオンの過度 〔一七〕 過度性決定の時間的要素 〔一八〕 救済手段 〔一九〕 判例に現われた事例

は し が き

スイス民法における現行の相隣制度を、ありのままの姿で紹介すること（解釈学的立場から）が本稿の目的である。スイスの

スイスにおける相隣法

五五

相隣制度は基本的にはドイツと同じ系統に属している。相隣制度の基礎をなす理論そのものは、ドイツに見るべきものが多い（拙稿「ドイツにおける相隣法の基礎理論」参照）が、スイス民法典は、より新らしいだけあつて、条文上も、多く詳しくかつ独自の考えを含むものがあり、また実際的にも、相隣紛争の問題の整理の仕方、具体的な解釈態度も、より明快であり妥当性に富んでいる。したがつて同じ系統に属する両国法を比較することによつて、相互の特徴をより一層明らかにすることができらう。またこれによつて拙稿「ドイツにおける相隣法の基礎理論」に欠けていたドイツ相隣法の各論的紹介をここで部分的ではあるが補いたいと思う。もつとも相隣制度は雑多なカズイステイクを特徴とするから、多数の個別規定の比較紹介は繁雑すぎるのでここでは省略する。そして継続的違法行為の問題（とくにいわゆる無過失責任）の解決は、一般不法行為の立場よりむしろ相隣関係の観点からの考察を必要とするという筆者の基本的な考え方にもとづき、相隣法のもつとも重要な基礎を構成するイミション法を中心として、比較検討し、とくに相隣的侵害に対する補償が、どのような形で現われるかを考察したい。この点でスイス相隣法の諸特質の中、もつとも注目すべきことは、過度の有害作用を放散する土地所有者に、放散の停止義務だけでなく、生じた損害の無過失賠償責任をも負わせる条文が存在することである。

本稿は結局のところ制度の平板な紹介にすぎないが、日本においてスイス相隣法の基礎的研究が殆ど見られない現在、まずここから出発することも無益でないと思う。なお他国法（現在フランス法を検討中）をも参照し、時間をかけて、日本の相隣法理を考えてみたいと思う。本稿はその基礎となる、一つの資料を意味する。

文献

Tuor: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 6 Aufl, 1953.

Hab: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV, Das Sachenrecht, 2 Aufl (旧版は Wieland)

(これはいわゆる Zürcher Kommentar とよばれるものであつて、なお出版途上にあり、本稿に関連する第六四一条から第七一条の部分がいつ発行されたのか正確な年は不明。おそらく一九五〇年前後だと思われる。なおこの Zürcher Kommentar とならび称される Berner Kommentar (旧版は Lemann) の当該部分は紀伊国屋書店の調査によれば、いつ発行される予定かわからない)。

植林 弘 ドイツ・スイスにおけるインミッションの法理 法律時報三二卷三号三一頁以下

中川一郎 スイス民法邦訳 名城法学七卷三号・四号(本稿の研究にさいし、この邦訳があつたために非常に助けられた)

なおドイツ法については、拙稿「ドイツにおける相隣法の基礎理論」関西大学法学論集九卷五・六号合併号一〇四頁以下、およびそこにかかげた文献を参照(右は以下で拙稿「ドイツ相隣法」と略記する。なおこれにつき本稿末尾に訂正を記す)。

いずれにせよ、筆者が入手しえて、本稿の基礎としたのは前掲 Tuor と Hab 両教授の二冊にすぎない。まったく不十分というほかないが、Hab 教授のコメントールは随分詳しく、学説・判例の引用も豊富で、理論的研究ならばさておき、制度の一般的紹介には、この二冊で大過なしと判断した。さらに文献が手に入れば、不備の点は順次補うつもりである。記述にさいしては、できるだけ客観的に伝えることを目的とし、制度紹介の部分(見出しの下のカッコ内はその紹介が主としてそれによつて示すこと)と、それについての考察(研究)の部分とは峻別することにした。

なお BGE は Antliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen の略、原文を参照しえなかつたことは、もつとも遺憾とするところである。

第一 スイスにおける相隣法一般

〔一〕 「スイス相隣法の特質」(Tuor: § 92, II c, S. 508)

土地の場所的諸関係と、これから生じる・利用と管理の・相互関連性は、隣人の特別の相互顧慮を必要ならしめ

スイスにおける相隣法

五七

る。スイス民法典(以下 ZGB と略記)はいわゆる相隣法におけるこの諸関係を第六八四条乃至第六九四条において、遺漏なくはないが詳細に規定している。そしてこれに第七〇六条乃至第七一〇条が泉について付加されている。地方的ならびに文化的相違のため、カントン(州)と地方の慣行への個別化と顧慮をもつとも必要とする分野である。だから相隣法においては、カントンの規定のために、多数の、かつ重要な留保がなされている(Art. 686, 688, 695, 706 ZGB)。

(研究) 個別的具体的規定が多数並列していること、地方的伝統的慣行を尊重して、細目事項については、州の立法にゆだねていることは、ドイツ相隣法とまったく同様である(拙稿「ドイツ相隣法」・「二」[「ドイツ」]参照)。しかし具体的な内容は、かなり相違しており、スイス法はとくに公法的規定の多いのが特徴である(Art. 702, 703, 705, 711, 712)。スイス民法のもっている社会的特質がここに顕著に現われている。また相隣法の理論的根拠が、隣人は土地の利用が相互に関連しているため、特別の相互顧慮を必要とするにあることは、両国共、同じだが、スイスでは、ドイツにおけるように、隣人相互間の利用共同関係という一種の共同体(Gemeinschaft)を想定してはいない。むしろ相隣法は、相隣という狭い枠をこえた一般的に妥当する原則(所有権制限の原則)を含むと考えている(Haub: Art. 684)点じ、より進んだ考え方を示しているように思う筆者は拙稿「ドイツ相隣法」[「二」]で相隣という特殊領域を考える必要はなく、問題は互換可能性の度合だと考えているとのべたが、相隣者も共同体の一員としてではなく、個人と個人の問題に分解すべきだと思う。(その意味ではまさに利用を目的とする結合関係をなす)スイスにおける右の考えは、筆者の方に一歩近いものと考えることができのではないだろうか(なお本稿)。(九)参照)。もつとも、ドイツの理論が相隣共同関係論を確立したのは、法の文言上の不備のためであるが、共同体的表現にもかかわらず結果的にはこの理論は、当事者の利害の衡平な調整をもた

らした点で、実際上の意義は大きい（拙稿「ドイツ」相隣法」参照）。スイス法で共同関係論が発展しないのはこのような条文上の欠陥が存在しないためと思われるが、しかしそのため反面では、衡平な調整ということが十分考慮されるに至らないという点がある（なお本稿「10」）。（研究）参照

〔二〕「スイス相隣法制度」

スイスの相隣法も基本的にはドイツ法と同様に、土地所有権内容の一つの制限として構成されている。しかし法の形式上または内容においてもかなりの相違がある。

たとえばイミション法を中心としてみると、相隣権の基礎をなすのが、所有権とくにその妨害排除権であることは、両国法とも同じだが、その内容は大分違っており、また相隣権そのものも、ドイツ法では被害者の受忍という形で規定されているが、スイス法では、加害者の過度の放散行為の禁止という形で表現されている。

詳細は以下で述べるが、そこで問題となる基本的条文を、参照の便をはかるため、さきに列挙しておく。拙稿「ドイツ相隣法」の〔三〕〔四〕〔五〕一〇八頁以下と対照すると、両国法の相違が容易に明らかになるだろう。なおスイス民法における相隣規定（Art 684～721 ZGB）は中川一郎教授によつて邦訳されているので（名城法学七巻四）、その他の個々の条文は、ここにはかかげない（本稿「七」で簡単）。（な説明のみをなす）

〔三〕「相隣法の基礎となる妨害排除法」

1) 一般的所有権について

Art 641 ZGB 物の所有者は、法令の制限内において、その物を任意に処分することができる。

物の所有者は、その物を不法に抑留する者に対し、その物の引渡を請求し、かつあらゆる不法侵害を防止する権利を有する。

(参照条文 §§ 903, 985ff, 1004ff BGB)

① 土地所有者の責任について

Art 679 ZGB 土地所有者がその所有権を踏み越えるために損害を受ける者、または損害の危険をこうむる者は、損害の除去、または切迫する損害に対する防護および損害賠償を訴求することができる。

(ドイツ民法典に対照条文なく、しかもきわめて重要な規定)

③ 占有妨害による訴

Art 928 ZGB 占有が不法の私力によつて妨害されるとき、占有者は妨害者に対し、この者が権利を持つと主張するときにも、訴を提起することができる。

訴は妨害の除去、妨害の継続の停止および損害賠償を目的とする。

(参照条文 §§ 862, 863 BGB)

〔四〕 「相隣法規」

① イミシオン法

Art 684 ZGB なにびとも、とくに自己の土地において工業を經營する場合のように、自己の所有権を行使するにさいしては、隣人の所有権に対するあらゆる過度の作用を抑制する義務を負う。

煙または煤、煩わしい蒸気、騒音または震動によるあらゆる有害な、かつ土地の状況および性質上、もしくは場所的慣行上正当でない作用は、とくにこれを禁ずる。

(参照条文 § 906 BGB)

② 第六八五条～第六九四条 (本稿〔七〕参照)

(三) 相隣法としては規定されていないが、性質上相隣法的性格をもつもの

(イ) 第六六九条 (相隣者は不明確な境界の確定に協力する義務を負う。) (参照条文 § 919 I BGB)

(ロ) 第六七〇条 (区画設備は相隣者の共有と推定される) (参照条文 § 921 BGB)

(ハ) 第六七四条 (侵界建物)

第三項 侵界建築の権利がなく、かつ被害者が侵界建築を知ることができたにもかかわらず相当の時期に異議を申立てないときは、状況に応じ正当な場合には、善意の侵界建築者に相当の補償をもつて、侵界建築の物権または土地に対する所有権を帰属せしめることができるとがである。

(参照条文 § 912 BGB)

〔五〕 「スイス相隣法の体系的地位」

スイス民法典中、土地所有権に関する規定は非常に詳細であつて、第六六七条から第六七九条において土地所有権の内容を、第六八〇条から第七二二条においてその制限を——すなわち四六ヶ条の多数にわたつて——規定している。ドイツ民法 (§§ 905～928 BGB) の二四ヶ条に比べても、その詳細なことが明らかである。相隣法は、この法律による土地所有権制限の中、譲渡の制限 (Art 680～683 ZGB) の次に、そして利用権の制限の第一位にその地位を占めている。以下では、まず土地所有権の利用権能を制限する諸制度を俯瞰して、全体における相隣法の地位を求め、ついで、イミシオン法 (Art 684 ZGB) の立場から、それらの他の諸制度との関連を考察し、この二つの面から、相隣法の理論的地位を求めたいと思う。

〔六〕 「法定土地所有権制限 (I) ・基本原則としての土地所有権濫越についての責任」 (T'nor, § 92, II b, S. 507)

スイス民法典は一般的な権利濫用の禁止規定 (Art. 2, II ZGB 権利の明白な濫用は、法の保護を受けない) のほかに、第六七九条 (本稿(三)) においてとくに土地所有者に強い責任を課す規定をもうけた。法は土地所有者に多大の利益を保証するが、これと対照的に所有権の権限なき行使 (スイス民法では所有権は無制限ではなく、法定の「枠」がある) によつて生じたすべての損失について、とくに強い責任 (その内容は妨害の除去と損害賠償) を負わせている (なお本稿(十))。しかも土地所有者は、隣地所有者に対してだけでなく、制限物権者または賃借人、場合によつては (研究) 参照) 任意の第三者に対しても責任を負う。

この責任は、スイス債務法第四一条以下の損害賠償義務の一般原則とことなり、故意過失を前提とせず、単に惹起せしめたこと、すなわち単なる因果関係で十分である。また建築物の瑕疵ある保持または瑕疵ある設置または修理から生じる工作物所有者の一層強い責任 (Art. 58 OR = 債務法) とも関係のない、完全な無過失責任である。

この土地所有権について的一般原則が、主として具体的に適用されるのは相隣法の領域である。本条はとくに第六八四条のイミション法ならびに、第六八六条から第六八八条の建物、穿掘、植物について、カントンの定める間隔をめぐる紛争にさいして、接用される。

(研究) ドイツ民法典には、これに対応する条文は存在しない。したがつて紛争は、スイス民法第六四一条に対応するドイツ民法第九〇三条、第一〇〇四条によつて処理されることになる。詳細はあらためて述べる (本稿(一))。 (〇) 参照)

[七] 「法定土地所有権制限(一)・相隣者の利益における制限」 (Tur, § 92, II C, S. 508 ff)

土地の場所的諸関係と、これから生じるその利用と管理に対する関連性は、隣人 (土地の境界を接している所有者) だけでなく、問題となる諸関係が土地の状況から生じるというだけで十分) への特別な相互顧慮を必要ならしめる。

相隣法によつて、土地所有者はある場合には、自己の所有権の行使を抑制され（不作為義務 *Unterlassungspflicht*）、ある場合には他人の所有権の行使を許容すべく（受忍義務 *Gestattungs- oder Duldungspflicht*）、また他の場合には相隣の共通の利益のため、積極的に行為すべき義務（実行義務 *Leistungspflicht*）を負う。しかし相隣関係は複雑であつて、これらが組合わされて規制される。スイス民法における相隣規定は以下のように、やはりカズイステイアクにならべられている。

(一) イミシオン法 (Art 648 ZGB) (条文は本稿) (四) (一) (二)の項は「研究」)

隣人の所有権に対するあらゆる過度の作用を禁止する。これは本稿のテーマであり、後に詳述する。ただ、ドイツ民法では理論的に、すべてのイミシオンは原則として禁止され、例外的にある程度のイミシオンが許容されると考へるのが普通法以来の伝統であり（たとえば *Windscheid, Pandektenrecht* § 169, N. 6 其他の判例ならびに学説につき *Staudinger* 1g 参照）、ドイツ民法第九〇六条もこのことを明瞭に示しているに反し、スイス民法は、一定限度のイミシオンは当然に許され、過度の作用を例外的に禁止する形をとつている。学説もドイツのようにイミシオンの原則的禁止について述べていない。市民各人の積極的経済活動を推進するという近代法の問題から見るならば、イミシオンの原則的禁止をとなえるドイツ法よりも、イミシオンの原則的自由の立場にあるスイス法が一步進んでいるといえる。しかし、生産組織の異常なまでの進展により、また被害者の社会的経済的地位の低下は相まつて、逆にむしろイミシオン被害者の保護を強くはならなければならない時代となつた。HaaB 教授も騒音につき「今日静穏の要求は、騒音をとまなう、多かれ少なかれ有用な所有権行使よりも、一層強い保護に価する……」という。この被害者保護の立場をより強くするものは、イミシオンの原則的自由の理論より、むしろ再びイミシオンの原

則的禁止の理論であることはいうまでもない。かくて問題はこの自由と禁止の総合によつてのみ解決しうる。すなわち放散者の側には原則的自由をみとめ、被害者の側には原則的禁止請求権をみとめ、両者の存在を前提した上でその調整をはかる考え方である。このことはすでに拙稿「ドイツ相隣法」〔一九〕一二九頁以下で示唆したが、さらに整理して発表したいと考えている。

(二) 建築と穿掘 (Art 685 ZGB) (以下は内容の大体の要旨であ
る条文は中川教授の邦訳参照)

建築と穿掘をなす場合、土地所有者は、カントン法に定められた間隔を守り、かつ隣地へのすべての過度の加害作用をなさぬ義務を負う。

(三) 植物 (Art 687 ZGB) 但しカントン法があればそれが優先する。

(イ) 枝根截取権 (Kapprecht) 隣地に侵入した枝または根が、隣人にいちじるしい損害を与える場合、樹木所有者が隣人の請求をうけても相当期間内に、それらを自分で除去しないときは、その枝根を切り取つて自分のものにすることができる。

(ロ) 果実收取権 (Anstrecht) もし隣人が右の截取権を行使しないならば、そのたれかかつた枝に生じた果実に ついての権利 (物権的請求権) を取得する。この果実收取権は、枝がいちじるしい損害をもたらさず、したがつて枝根截取権がないときにさえ存在する。但し道路上、収草地、植物上のように、建物または上屋のある地面以外に、たれかかつた場合には收取権はない。

(研究) この条文は、ドイツ民法第九一〇条、第九一一条、日本民法第二三三条などに対照されるが、そのいずれよりも進歩した妥当な規定である。すなわち、相隣法の一般原則たる軽微な被害の受忍義務を前提とし、その代償と

して、果実收取権を妥当な範囲でみとめていることは、枝と根について法的効果を変え、しかもその実質的根拠のない形式的なこの日独法に比べて、格段にすぐれたものといえよう。

(四) 水路と排水 (Art 689, 690 ZGB)

自然の水路と排水路を変更してはならないことを詳しく定める。

(研究) 日本民法第二二四条、第二二五条、第二二七条、第二一九条にほぼ相当する。ドイツでは自然的流出についてはラント法により決定されるが、多くのラント法は、低地者が受忍すべきこと、他方この自然的流出は隣人の不利益になるよう変更することは許されないという原則に従っている (Staudinger, § 906, N.8, S. 425)。

(五) いわゆる必要権 (Notrecht)

隣地の受忍なしには、土地の合目的な利用または施設が全然できないか、または非常に困難な(すなわち不相当な)場合、隣人に完全な補償 (Entschädigung) の支払を条件として、その受忍を要求することができる。これには次の三種類がある。

(イ) 必要通過施設権 (Notleitungsrecht) (Art 691~693 ZGB)

これは営業、工業および技術の発展のため制定されたものである。土地所有者は、水道、排水管、ガス管など、および地上、地下の電線の通過施設が、その土地を通過しなければ全然不能であるか、または過大の費用を要するとき、損害の完全な補償とひきかえに、かかる通過施設を承認しなければならない。

(ロ) 必要通路 (Art 694 ZGB)

(ハ) 必要井泉 (Art 710 ZGB)

スイスにおける相隣法

他の場所からは過大の労力と費用なしには、水を引くことができないとき、土地所有者は、水を供給しても不自由でない隣人に対し、完全な補償をして、必要な水の譲渡を請求する権利がある。解釈上、水道施設に対してもみとめられる。

(研究) これらの必要権は必要通路（参照条文 §§ 917, 918 BGB 日本）をのぞき、ドイツにも日本にも類のないものであり、しかもその内容は重要かつ妥当なものである。必要権そのものを、解釈によつて——たとえば相隣の信義則などの概念を用いて——これを認めるべきであろう。また完全な補償が与えられるべきことも当然である。

(六) 井泉の保護 (Art 706, 707 ZGB)

すでに囲障され、あるいはいぢるしく利用されている泉または井戸を掘り下げて、所有者または利用権者に損害を加え、または汚染することは許されない。井泉について規定の多いのは、スイス法の顕著な特質である。

(七) 相隣の実行義務 (Nachbarliche Leistungspflicht)

相隣関係にもとづいて、積極的行為義務が生じる。

- (イ) 不確かな境界の確認のための協力 (Art 669 ZGB)
- (ロ) 囲障のきょうの関与 (Art 697 ZGB)

(八) 相隣権の行使に必要な設備の維持費用の共同負担 (Art 698 ZGB)

(イ) 泉の共同的囲障と利用の費用 (Art 708 II ZGB)

(研究) 相隣関係から積極的行為義務が生じることは、ドイツ、日本でもある。Art 668 ZGB とは § 919 I BGB

が、Art 698 ZGB とは § 919 III BGB、日本民法第二二六条が対応し、日本では相隣者に対し土地台帳の記載更生

手続に協力すべき義務を認めた判例がある（大判明四四・一二・二三民録八八六頁。なお、（な）お、（お）木判例物権法総論四三四頁参照）。

しかしスイス法の中でもつとも注目すべきことは右の（な）、（お）、（お）におけるように「一相隣権の行使に必要な設備の費用を、土地所有者はその受ける利益の割合に応じて負担しなければならぬ（傍点筆者）」と定めることである。これはドイツ（§ 919 III BGB）または日本（第二二六条）が単に囲障についての平分負担を定めているにすぎない（但しスイスでも Art 697 I により共有囲障については平分負担になる）のに比して、格段に進んだ内容をもつ規定である。拙稿「ドイツ相隣法」〔一七〕一二五頁註にのべたように、筆者は不可抗力による崖くずれ等の相隣紛争につき、利益の帰する割合^レでの費用分担を考えているが、今やスイス法は、その考えに幾分か的支持を与えるのではないか。

（ク）共同泉（Quellengemeinschaft）（Art 708 ZGB）

異なる泉も同じ地下の貯水源から水を受けていることが非常に屢々ある。そこで水をよく囲み、導き来ることによつて、その質と量を高め、損失と汚染をなくしうることが多い。スイス民法は利害を共通にする泉所有者の共同泉の形成を容易にすることによつて、この努力を促進しようとしている。

〔ハ〕「法定土地所有権制限」・より広い範囲の人々の利益における制限と公法的所有権制限」（I'ur, § 92, II d, e, S. 515f）

隣地所有者の利益においてのみ存在する土地所有権制限とならんで、スイス民法典は、土地を利用するために、その場所に来るすべての人のために定められる二三の制限を規定する。第六九九条から第七〇二条に定められた立入権と防御権がこれである^①。またさらに広く公共の福祉のために、公法的規定も多数存在する（Art 702, 705, 711, 712,

703^②。これらはスイス法独自のもので、興味ある問題を含むが、本稿には直接の関連がないので、ここでは省略する。ただ相隣規定は、かかる諸規定を後に従えて位置することを示すことのみが、ここでの目的である。

註(1) 例として第六九九条(立入権) 第一項のみを示す。

「森林および牧場への立入、および野生の毒類、菌類およびこれに類するものの先占は、管轄官庁が耕作のために個々の一定範囲の禁止命令を発していない限り、地方慣習の範囲内においてなびとにも許されている。」

(2) 例として第七〇三条(土地改良) 第一項

「河川の改修、排水、造林、道路建設、土地整理およびこれらに類するものの如き土地改良が共同事業によつてのみなし得る場合で、関係土地の半以上を占める関係土地所有者の過半数がその事業に同意したときは、残余の土地所有者はこれに加入する義務を有する……」

第二 スイス民法におけるイミシオン法総論

〔九〕 「イミシオン法 (Art 684 ZGB) の体系的地位」 (Haab, Art 684, N. 1, S. 434)

イミシオンについて規定したスイス民法第六八四条は相隣規定の第一位にあるというその形式的意味における体系的地位から、所有権の内容を隣人間の関係において配分することだけを、その任務とするともいえるが、むしろ他の相隣規定と同様、相隣関係という枠にとどまらない所有権内容の一般的制限を、積極面(他人の権利領域を侵害にいかなる範囲で)ならびに消極面(他人の活動の結果たる間接的作用をいかなる)にわたつて含んでいる。許すかということ)ならびに消極面(他人の活動の結果たる間接的作用をいかなる)にわたつて含んでいる。

イミシオン法は実質的意味においては、第六四一条と第六七九条の特殊規定たる地位を占める(条文は本稿(三)参照)。

(1) 第六七九条(ならびに第六四一条第一項)の特殊規定ということ。

土地所有者は、その権利を第六八四条が指示する限界を無視して行使するときは、所有権を踏み越えており、違法に行動していることにほかならない。これはすなわち第六七九条にいう所有権踰越の一つの具体的態様である。また第六七九条は所有権は無制限の権限ではなく、一定の枠のあることを前提しており、これは第六四一条第一項の趣旨を表示したものである。

(四) 第六四一条第二項の特殊規定であるということ。

第六八四条はイミシオンについて、所有物妨害排除請求権 (Eigentumsfreiheitsanspruch) によつて主張されるべき差止権の要件を限定することによつて第六四一条第二項を、厳密に表現している。

イミシオン法が、第六四一条と第六七九条の特殊規定だということによつて、誰が誰に訴を提起しうるかの困難な問題が解決される。これは項を改めて詳論する。

(研究) スイスでは相隣共同関係という共同体的なものを考えておらず、相隣法は、むしろ相隣を越えて妥当する原理を含むと考えていることは、それだけ近代市民法に徹底しているといふことができる(本稿〔一〕)。しかし「相隣」ということを、単に境界を接する土地所有者に限らない (Jur. S. 508 Note) としながらも、やはり一定範囲の領域を念頭においていることは徹底を欠く (常識的意味での狭い相隣と、法的意味における相隣との混同がある)。法的意味における相隣者とは、一つ一つの個別的な紛争事件において、当事者の土地利用の促進と高度の互換可能性のために、一般第三者間とはことなる、特別の規範に服せしめられる者を指すのであつて、この意味で相隣法そのものが一般性をもつているといふべきではないか。

〔一〇〕 「イミシオン訴訟」 (Haab, Art 684, N. 27, S. 447f., Art 679, N. 10 S. 377)

イミション法の体系的地位から、訴訟は、第六四一条第二項（所有物妨害排除権）または第六七九条（土地所有者の責任）——いずれも条文は本稿〔三〕参照——にもとづいてなされる。原告および被告適格の問題は、これらの条文によつて解決される。

(一) 土地所有者の責任の訴（Art 679 ZGB）においては、損害を受け、あるいは被害のおそれのあるすべての者が原告となりうる。したがつて単に隣地所有者とその土地の制限物権者のみでなく、賃借人、場合によつては任意の第三者も原告適格をもつ。一方、被告適格は単に所有者（および地上権者）にのみ帰属する。

原告は自身自身の権利を立証する必要はなく、被告がその権利（所有権乃至地上権）を踏み越えたか、またはまさに踏み越えようとしており、その結果、損害が発生し、または発生するおそれがあることを証明すればよい。

(二) これに反して、所有物妨害排除の訴（Art 641 II ZGB）においては、原告適格は単に土地所有者（乃至物権的利用権者）にのみ帰属する。他方被告適格は、原告の所有権を妨害するすべての者に属する。

原告は自分の権利と、妨害された事実を立証しなければならぬ。この場合には被告がその所有権を踏み越えた結果、侵害が生じたか、他の根拠（純債権的行為）によつて生じたかには関係がない。

(三) これらを組合わせて考えるとつぎのようになる。

(4) 加害者（イミション放散者）、被害者とも土地所有者である場合、被害者（原告）は加害者（被告）に対し第六四一条第二項により妨害停止（Unterlassung）を、第六七九条により、妨害停止と損害賠償を請求することができる（いずれも無過失責任）。したがつて原告が、もし妨害停止だけを求めるならば、どちらの条文によつても同じことになる。

(ロ) 被害者は土地所有者だが、加害者が使用賃借人である場合。被害者(原告)は、この賃借人に対し、第六四一条第二項により妨害停止を、また故意過失ある場合にかぎり、債務法第四一条により損害賠償を請求することができる(賃借人を第六七九条によつて訴えうるかどうかには争がある、否定説が有力。Haab)。また土地を賃貸した土地所有者に対して第六四一条第二項により妨害停止を、第六七九条により妨害停止と、損害賠償(無過失責任)を請求できる(所有者は賃貸人をして損害を加えしめたことに責任を負う)。

(ハ) 加害者は土地所有者で、被害者が賃借人である場合、第六七九条によつて、妨害停止と損害賠償の責任を問うことができる(妨害停止だけなら占有訴権によることもできよう||沢井)。

(ニ) 加害者、被害者とともに賃借人である場合、被害者(原告)は、第六四一条第二項によつても(被害者は所有者でないから)、第六七九条によつても(加害者は所有者でないから)訴えることはできない。そして占有妨害による訴(Art. 928 ZGB 本稿〔三〕[E])によつてのみ訴えることができる。したがつて、一回の侵害によつて生じた損害の賠償については、債務法第四一条により、故意過失ある場合に限り、請求しうる。

(研究) ドイツ法においても、イミション訴訟が、所有物妨害排除または占有の訴によることは、スイス法と基本的に異なる。ただドイツ民法には、スイス民法第六七九条に相当する条文がないので、それだけ問題は簡単である。

(一) 被害地の所有者(ならびに地上権者)は、ドイツ民法第一〇〇四条(所有物妨害排除請求権……条文は拙稿「ドイツ相隣法」〔三〕〔四〕参照)により、被害地の賃借人などの占有者は、第八六二条(占有妨害排除請求権……)により、原告適格をもつ。

(二) 被告適格は第一〇〇四条の意味における妨害者である。したがつてイミション発生地の所有者かどうかは関

係がない。ただし所有者が、賃借人の妨害行為を阻止することを怠つたという理由で訴えられることもある（既述スイス法も同じ）。被告適格は第八二条においても同様である。

立証責任については、原告がその権利（所有権または占有権）と、イミシオンの事実を立証すべきであり、他方被告は、そのイミシオンが致命的侵害でないか、または場所慣行的であることを立証しなければならぬ（*Standinger* S. 438 現在の⁶）このことは隣地におよぶ侵害は、一応すべて妨害排除権の対象となるという基本原則にも合致する。通説・判例

さてこうしてスイス法とドイツ法（日本法にはスイス民法第六七九条に相当する条）と比較すると、スイス民法第六七九条独自の意義は、立証責任と、無過失賠償責任および当事者適格の三つに帰するであろう。

(一) 立証責任、第六七九条によれば、原告は所有権の踰越自体、すなわちイミシオンのみならず「過度」なることまで立証しなければならぬ（スイスの文献は明示しないが、理論上当然にそうなるはず）。したがって自分の所有権または占有を立証することより、過度を立証する方が難かしいことを考えると、第六七九条によれば被害者はかえつて不利であろう。

(二) 無過失賠償責任と当事者適格

右にのべたように、立証責任の問題はイミシオン法では、実際にそれほど重要性をもっていない。第六七九条について残る問題は、(イ)原告は被告に、妨害の停止だけでなく、無過失の損害賠償を請求しうること、および、(ロ)この原告には、被害地の所有者のみでなく、賃借人（占有なき賃借人も）もなりうることである。完全な無過失責任（ドイツ法や日本法の工作物責任は少くとも瑕疵ある保持に関連せしめられている点で完全でない）を規定として認めた

ことは、極めて意義の大きいものである。たとえば大工場のイミシオンにつき、その所有者に責任を負わせるさい、ドイツでは「犠牲行為にもとづく請求権」を類推するという論理操作を必要とした(拙稿「ドイツ相隣法」第五、筆者は思わ)が、スイスではかかる迂路を経る必要はなく、第六七九条の適用で解決できるだろう——しかしスイスの文献が、この近代的工業イミシオンにまつたく触れないのは物足りない。

(a) しかし第六七九条は、余りに一般的に無過失責任を宣言しているため、その適用の仕方如何によつては問題が生じる。すなわちスイス債務法第四一条でも宣言された過失責任主義は、市民社会発展の基礎となる積極的行為者をまず保護しようという、それ自体大きい意義と価値を持つている。そして現在重要な不法行為の数多くがイミシオンであることを考えると、第六七九条の安易な適用は、不法行為における過失責任を實質的にくつがえしてしまうおそれがある。

(b) またイミシオンの放散者は、必ずしも土地所有者にかぎらず、むしろ理論上当然の放散者は所有者ではなく、土地の「利用者」である。したがつてスイス法第六七九条、第六八四条が所有権の規定であることは、理論的に不十分といわざるをえない。スイスの学者は、法は土地所有者には多大の利益を与えたから、その代りに責任も重くしたという(本稿(六)参照)が、一体土地所有者に特殊に与えられた利益とは何を指すのだろうか。この抽象的根拠だけでは、直接の放散者と被害者は、利用者だという現実のまた理論上の要請に勝つことはできないだろう。第六七九条はその効果において、原告適格を所有者から解放してすべての被害者に与えた点で、いちじるしく進んだ内容をもつが、逆に被告適格を(所有物妨害排除法ならず)所有者に限定してしまつた点でいちじるしく後退した。そしてドイツにおけると同様、スイスでも利用権の保護は、結局、占有権によつてなされるという、占有の意義を再確認するもので

ある。

また第六七九条が存在するため、当事者適格が非常に複雑になるのは、法技術の面からも好ましいことでない。かようにスイス民法第六七九条が、それ自体非常に進んだ所有権観にもとづく（すなわち多分に社会的観点からの）、所有権内容の制限を含んでおりながら、多くの疑問を残しているのは、結局紛争というものが対立する当事者間の問題であり、善悪（違法）の判断が必ずしも明快に割り切れない場合が多いにわかかわらず、その一方の権利のみを限定（制限乃至抑制）することによつて解決しようとする根本的態度にそもそも原因がある。筆者は拙稿「ドイツ相隣法」を通じて考察したように、加害者の利用権も被害者の排除権もともに存在を認め、この両者の調整をはかることが衡平な解決への道だと思ふ。

〔一一〕「イミシオン訴訟と公法規定」(Haab, Art 684, II b, S. 435)

公法規定は、イミシオンをともなう活動を、公益の見地から、一般的に、または、場所的あるいは時間的制限をもつて禁止し（たとえば一八五二年バーゼル市市長と議会が発し、今なお有効な大鼓に関する規則）、周囲にとつて煩さい、まさに危険な設備の建物と企業につき、当局の認可（警察許可）を要求し、かかる設備が認可されたときも、当局の監督下におかれることを規定する。

私法的イミシオン規定と公法的イミシオン規定は完全な自主性と独立性において対立する。私法的イミシオン規定は隣人の個人的な私法利益の保護を対象としてもつ（それゆえ第六八四条は、設備が公共の利益を害す。これという根拠をもつて提起されることはできない）。これに反して公法的イミシオン保護は公益維持のために決定される（それゆえ警察当局に仲裁を求める者は、その特定の所。有者利益の侵害をもつて理由とすることは許されない）。

したがつて、カントンの警察規定は、第六八四条が被害者に与えている保護を侵害してはならない。とくに警察規定は、放散者が警察規定の定めた枠を守つたとき訴は棄却されるべしというように、イミシオン訴訟の判決に、間接にせよ不利益を与えることはできない。なぜなら、この規定は民事裁判官が場所的慣行を確定するさい決して拘束力をもたないからである。「警察規定は場所的慣行に指示を与え、その慣行をつくり出すことに寄与することは事実である。しかしそれは常に正確な基準を与えるものではない (BGE. 40 II, S. 449)」。同じことはカントンの行政行為についても妥当する。それゆえカントン当局の発した建築認可あるいは営業認可はその後の第六八四条による訴を排除しない。

(研究) 右のことはまず理論上当然のことで、ドイツでもほぼ同様の趣旨がのべられている。しかし「裁判所は、その知りえたすべての事情から、判決を構成することができるから、警察当局が詳しい職掌的調査によつて苦情を却下した事情も、ともに基準となりうる (Staudinger, § 906, 31h, S. 434)」ことも事実である。

いずれにせよ、イミシオン基準におけるこれら両国の公法と私法の峻別の態度は日本が学ぶべき点であろう。

第三 スイス民法におけるイミシオン法各論

〔二〕 「イミシオン法の内容」(Haab, Art 684, N. 4, S. 436; N. 15, S. 442)

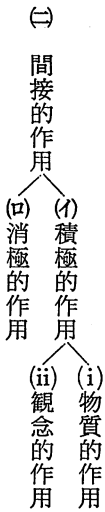
発生地の境界を越える作用をとまなう、すべての利用行為を禁止するならば、所有権の合理的な行使は不可能になるだろう。だから法律は受忍義務 (Duldungspflicht) を定める必要があつた。また他方、所有者は、自分の土地で、思いのままに行為することは許されず、所有権の実行の結果、土地の境界を越えて作用が及ぶかぎり、自分の周囲に

顧慮をほらう義務があり、したがって法律は不作為義務 (Unterlassungspflicht) を課している。立法と法適用の課題は、一方の受忍義務と他方の不作為義務の間の限界を画することである。第六八四条は、所有権に限界を与える規則であるが、第六六八条第一項 (境界は土地登記簿の図面および土地自身の区画によつて定められる) が所有権の客体に限界を与えるに對し、本条は所有権の内容に関連する。所有権の客体は平面的方向において数学的に正確に限界づけられるが、所有権内容の限界は、時と場所に應じて変化する人間の共同生活の要求にしたがつて変る。裁判官は図式的な法適用を避け、すべての個々の事実を注意深く評価し、関係当事者の利益を較量して、定性的、定量的な関係において、判断しなければならぬ。第六八四条は土地利用にともない、隣地に、過度の作用が及ぶとき、これを禁止する。そしてこの過度性は土地の状況および性質または場所的慣行によつて決定されることになる。以下においてこれを詳論する。

〔一三〕 作用の分類 (Haab, Art 684, N. 5ff, S. 437ff)

第六八四条で問題となる作用 (Einwirkung) 作用、干渉または侵入のいずれに訳すべきか、はなはだ苦しむところ) という語は、もつとも広い意味では外部から来て、その土地において認められるすべての作用を包括する。これらの作用を法律の意味づけを含んで分類すると、

(一) 直接的作用 (実質的侵害)



これを以下で順次説明するがここでは結論だけを示しておく。

(一)は第六八四条をまつまでもなく禁止され、(二)(i)は第六八四条によつても禁止されず(すなわちまつた)、したがつて第六八四条で禁止されるものは間接的積極的作用(二)(i)及び(ii)ということになる。

(研究) この Hab 教授の分類の仕方は、非常に明快かつ理論的であり、ドイツの文献のすべてが、法文上の例示に終つているのに比し、格段にすぐれている。内容的にドイツの判例学説とスイスのそれとが、もつとも顯著に對立するのは、後者が禁止しうる作用として間接的積極的觀念的作用(二)(i)(ii)をも含むとするに反し、前者はこれらまつたく禁止しえないとする点である。

〔一四〕 「直接的作用」(Hab; Art 684, N. 6, S. 436; N. 11, S. 440)

直接的作用とは、建物またはその一部の使用によつて、あるいは果実または土地構成部分の取得など、とにかく土地の立入りと利用のように、区劃された空間としての土地の實質に加えられた直接の侵害を意味する。

また通過施設(導管)、堀、排水管等、元來侵入目的をもつ設備による物質の侵入もこの直接的作用に属する。

これらの直接的作用はまつたく禁止される。但し特別の法律の規定(Art 691 ZGB〔通過施設〕、694~696〔通路權等〕、698~701〔立入權等〕)により所有者(被害者)が受忍義務を負う場合あるいは契約により、他人の所有權の實質を侵害する權限が与えられている場合は、別である。

(研究) これらの直接的侵害がイミシオン法の対象にならず、直接に、妨害排除法によつて禁止されることは、ドイツ法でも(また日本でも)変りはない。ただ侵入目的をもつ設備による侵入がスイス法では、直接的作用だからという理由(すなわちはじめからイミシオンでないとする)で排除するに反し、ドイツではイミシオン法(§ 906 BGB)が「特別の誘導による侵入」を禁止する明文をおいている(一応イミシオンだが)。もつともドイツでも、空气中に浮遊しない固体、液

体の侵入は § 906 BGB に含まれないとするからこの場合には、全然イミシオンではないことになる（この場合逆に体の侵入もイミシオンとなる場合もある）。
（この場合逆になると考えている、本稿「二五」(1)(2)参照）。

〔一五〕 「間接的作用」 (Haab, Art 684, N. 7, S. 437ff)

間接的作用は、土地の利用と関連する人間の容態（作為または不作為）の不本意な結果として現われる。これは直接的的作用のように、被害地の実質を直接侵害するのではなく、単に発生地の利用の影響が、発生地を越え、そのため被害地の利用可能性を、何らかの形で侵害することを特徴とする。間接的作用は、積極的作用と消極的作用の二つに分けられる。

(1) 間接的積極的作用（これは更に二つに分けられる）

(i) 物質的作用 (Materielle Einwirkung) (Haab, Art 684 N. 8, S. 438; N. 13, S. 440)

物質的作用とは、発生地の利用の結果（したがって間接的である）、物質が被害地に達し、あるいは発生地からのエネルギーが被害地において作用するものをいう（したがって積極的である……これに反し消極的作用は物質まで。これはそ第六八四条の主たる目的である。）
（たはエネルギーそのものは被害地に達しない場合を意味する）。

事例

(a) 固体……塵、煤、粘土粒子、灰、火花、花火、鋸屑、雑草粒子、昆虫（とくに堆肥、豚飼などから発生したものである）、蚊、蜜蜂、などの判例がある。石切場からの石の破片のように大きな固体はこれに属さない。また比較的大きい動物、鶏、犬、猫も同様である。

(b) 液体……通説は空中に浮遊する液体のみを間接的作用とするが、Haab 教授はこれに反対しとくに湿気

(Feuchtigkeit) の侵入はイミシオンの目的となるという (同書 Ehrenzweig, § 188 I, Morich I c)。

(c) 気体……蒸気と臭気 (第六八四条に明示) 煙 (第六八四条に明示) 工場ガス

(d) エネルギー……騒音、熱震動 (いずれも第六八四条に明示) 光の反射、電流 (最近では放送の発展の結果、電流による作用も重要になつた。電気器具の運転により多かれ少かれ、広い範囲でラジオの妨害をとまなう)。

これらがどういふ風に被害地に到達したかは問題でない。ただ侵入目的をもつ設備による恣意的な侵入は、直接的侵入だから許されない (本稿〔一四〕)。
参照

(ii) 観念的 (非物質的) 作用 (Ideale, Moralische, Immaterielle Einwirkung) (Haab, Art 684, N. 9, S. 439, N. 13, S. 441)

これは、発生地の利用の結果 (すなわち) 間接的) ではあるが、物質またはエネルギーが被害地に達するのではない。すなわち被害地の物には影響せず、ただ被害地にいる人しかもその肉体にはなく精神に作用するのを特徴とする。この精神的安泰 (Seelische Wohlbefinden) の侵害は、発生地でなされた利用行為——不治の病人のための療養所、娼家の経営、公衆便所、火災または爆発の危険のある物質の貯蔵——によつて、隣地に住む人が、感覚を通じて不快な精神的印象たとえば吐き気、嫌忌、不安状態などをうけ、このため土地の利用可能性が減少するという形で現われる。これについて見解は分れている。カントンの判例は否定的 (AppGer. Basel-Stadt in) だが、連邦裁判所は、基本的な裁判において第六八四条をかような観念的イミシオンにも適用しようと宣言した (BGE, 42 II。これは通説とも一致す (Haab, Art 684, N. 13 Tuor S. 509。))。これは法律の条文からも正当である。すなわち物質的イミシオンだけに触る (Leeman, IV Art. 684 No. 10)。

れている第六八四条第二項は単に例示的意義をもつにすぎず、基準となる第一項は、まったく一般的に把握されてい

るからである。またこの考えは実質的に、今日支配的な社会的所有権観にも相応する。観念的イミシオンにおいては、作用そのものはなるほど知覚できないが、その原因は知覚できるのであつて、法的にはまったく同じことである。

(D) 間接的消極的作用 (Haab, Art 684, N. 10, N. 12, S. 440)

これは発生地の利用(すなわち間接的)が、隣地への物質あるいはエネルギーの侵入を阻止する結果になる場合である。たとえば光、空気の導入、眺望が発生地建物、樹木などにより侵奪または侵害される場合である。第六八四条はこの消極的作用には適用がない。なぜなら本条は所有権の行使に係り、したがつて発生地の利用方法から生じる作用のみが問題となるからであり、建築物の存在そのものは、これに反してその種の作用を惹起しない。土地に建築することの可否またはその方法は、第六八四条ではなく、カントンによつて発せられた私法的(Art 686 ZGB 州は穿掘および建築規定を制定することができる)、公法的(Art 702 ZGB 公共の福祉による制限)建築規定による。同じことは植物についてもいえる。

(研究) (一) イミシオン法の適用をうけるのは、土地利用に関連する間接的作用でなければならぬといふ考へ方は、ドイツにおいて、カイミシオン法は利用利益と排除利益の調整を目的とするから、作用は発生地の経済的利用と直接または間接に関連しなければならぬ(Staudinger, § 684, 2) といわれるのと符合する。

(二) 間接的積極的作用が、ドイツにおけるイミシオン法 (§ 906 BGB) の適用を受けることは当然である。ドイツ法では、作用の定義は余り厳格になされてないが、詳しいものとしては「一方では感覺的に知覚しうるイミシオンに関する問題でなければならず、他方では作用が大氣の媒介によつて生じ(煙、煤)あるいは物理的経過の伝達(騒音、震動)によつて生じなければならない。そしてその完全な分離が事実上不可能な比較的小物体でなければならぬ」(Staudinger, § 906, 1) といふのがある。

このことから、液体は空中に浮遊するものを除いてイミシオンではないということになる (Staudinger, § 906, 7, S. 189, FuBn. 7)。これを除けば、この間接的積極的物質的作用については、その事例もドイツほとんど変らない。ただ電流によるものについては、ドイツではその重要性のゆえに、特別法が制定されている (拙稿「ドイツ相隣法」)。が、これとは別に第九〇六条も適用される (Staudinger, § 906, 6 C. S. 424)。

(三) ドイツ法と一番相違するのは、スイス法では間接的積極的觀念的作用も禁止しうるイミシオンだという点である。ドイツの判例学説は、このイミシオンの差止権を認めないのが通説、判例の立場である。「死体処理場の設立は、それが隣人に身ぶるいと恐怖を起させるといふ理由では差止めえない。それから不快な臭気が生じ、あるいは昆虫による伝染病の危険が生じるときは差止めうると判断すべきだろう (Staudinger, § 906, 12, S. 426) (同旨 Eicher S. 273 なお植林頁三三)」。しかし「純粹に非物質的悪影響は § 906 BGB によつて禁止されない。娼家あるいは露天風呂の隣人のうける被害がそうである。しかし判例は残念ながら、§ 906 をこの種の事件に類推適用することを拒否している (Raiser, S. 189)」という微妙な立場もある。さらに Hostich (S. 295) は適用の立場をとるといわれる。フランスの判例は「スイスと同様、觀念的イミシオンに対しても所有者を保護している (Planiol = Ripert = Picard, Traité pratique de droit civil. 1. franc. N° 462 娼家、重結核患者の病院、騒がしい学校)」。いずれにせよ、解釈として觀念的イミシオンも、法の適用対象とし、場合によつては差止めえ、あるいは損害賠償を請求しうるといふべきであろう。ただ差止めうるとしても物質的イミシオンの場合より、発生地の利用を不当に妨げないようより慎重になすべきことは疑がない。

(四) 間接的消極的作用がイミシオン法の適用を受けず、まったく許容されることは、ドイツ法でもそうである (Westermann, § 63 II 1. a; Eicher)。 (S. 273; Staudinger § 1004, 8.)

しかし、筆者は理論上、当然にこれらの作用がイミシオンでないといえるかどうか疑問をもつ。なぜなら建物も植物も、隣地の利用にはかならず、その結果として当然受けうる作用を受けない（そのため、被害地に悪い影響が生ずる）ことは、積極的に作用が及ぶことと法的にはまったく同じ意味をもつのではないか。建物、植物などのある土地の利用を不当に制限する結果となることを避けるべきは当然のことながら、場所的慣行をも十分考慮に入れて、慎重な態度をもつてではあるが、これもイミシオンの一つと考え、とくに損害の衡平な分担を考えるべきであろう。フランスの判例は害意ある場合、隣人の観望をさえぎるためのいつわりの煙突につき損害賠償をみとめる (Savatier, *Traité de la responsabilité civile* 1951, p. 91, 脚註(2) 損害賠償)。さらに日本では、高い板塀により採光を妨げられた家屋の占有者は占有保持の償だけというのはおかしい気がするが) (東京地裁昭三三年三月二二) (但しこれらは権利) (日判例時報一五〇号一〇頁) (濫用の問題である)。

〔一六〕 「差止権の要件としてのイミシオンの過度」 (Haab, Art. 684, N. 15 ff, S. 442 ff)

イミシオン法は、土地の利用を契機として生じる作用につき、関係当事者の利益を較量して、一方の受忍義務と他方の不作為義務の間の限界を画することである。第六八四条は、この限界の基準が作用の強度 (Intensität) にあることを定めている。すなわち権利濫用がないことを当然に留保した上で、イミシオンが通常のをこえないかぎり、被害者は、これを受忍しなければならず、これに反して過度のイミシオンは禁止しうる。放散者の故意過失は必要でない。

(一) イミシオンが過度かどうかの問題は、主観的観点すなわちイミシオンの被害者の必要と感覚によつてではなく、事物の性質にしたがつて判断される。すなわち被害地の具体的な所有者から独立した客観的標準によつてのみ決定される。原告の立場に誰がなつたとしても過度でなければならぬ。そしてあまり形にはまつた絶対的規則にあて

はめず、時と場所に依じて相違する状態と必要を顧慮しうる弾力的規範を作り出さねばならない。

(二) 民法第六八四条第二項は、過度の基準として「土地の状況および性質上、もしくは場所的慣行」上正当とされないことを挙げる。したがつて裁判官はイミシオン訴訟において、まず当該土地が、いかなる周囲において存在するか、すなわち都市（別荘地域か、住宅地域か、工業地域か）にあるか、村落（都市的状況、工業地、外人療養地、農村）にあるか平野にあるかなどを描き出さねばならぬ。このことから、一般的な生活経験にてらして、いかなる利益がまず顧慮されねばならないかの根拠が得られる。裁判官はこれに関連して具体的事情を注意し、その土地が存在する場所の特別の状況と必要にてらして、どの行為が受忍され、どの行為が停止されるべきかを確定する（たとえば工業地域でも、重工業、化学工業、時計工業のいずれが優勢かに依じて利害状態はまったく相違する）。場所的慣行は通常の平均人の判断による。

(三) 裁判官がイミシオンが場所慣行的でないことを確認したならば、訴を棄却すれば良いが、しかしそのときにも、加害者・被害者の当事者の利益を社会的観点にてらして評価し、場合によっては場所慣行的でないイミシオンを許容し、あるいは場所慣行的作用を禁ずることができる。社会的観点によるこの評価はとくに放送妨害の領域において有用となる。なぜなら受信機は経済的意義において妨害設備にいちじるしく劣ることが非常に屢々だからである。また静かな、ほこりのない別荘地区の住民も、建物の建築により生じる不可避的作用（騒音と塵）をがまんしなければならぬことも、このことから明らかになる。

(研究) スイス民法はこのように、許されない作用認定の基準として一般原則として、第六八四条第一項で「あらゆる過度の作用」と宣言し、これを同条第二項で例示説明して「有害かつ土地の状況および性質上、もしくは場所的

慣行上正当でない作用」と規定したものと解釈されている。ドイツ民法も過度(耐ええない)致命的(侵害という表現で)と、場所的慣行と
 いうことに触れているが、この両者の関係は、スイス法のように原則とその説明ではなく、致命的侵害は一応禁止す
 るが、致命的侵害であつても、それが場所慣行的であれば許容されるというのであつて理論構成の面ではずい分相違
 する。スイスでもかつては、このドイツ民法に影響され、過度のイミシオンも土地の状況と性質あるいは場所的慣
 行により正当なかぎり受忍されねばならぬという考えが有力であつた (Leemann, Art. 684, N. 2-4; BGE 40 I, S.
 453)。しかし最近は本文での述べたように、これに反対し過度の作用は許さないと考えられてゐる (Haab, Art. 684
 N. 15; BGE 40 II S. 30; 42 II S. 437)。もともと、過度がそのものが、場所的慣行によつて決定されるのだか
 ら、被害者に實際上過度の侵害(命的侵害)を加えても、場所的慣行の見地から法律上過度でないと判断される場合
 もありうるから、スイスにおけるこの両説の対立は余り実益はない。ただドイツ法では、場所的慣行のイミシオン
 であれば、相手に致命的侵害を与えても、常に許容されることが、条文上はつきりしている。このことから生じ
 る不衡平な結論を是正するために、相隣共同関係論が発展したことは拙稿「ドイツ相隣法」で説明した。スイス法で
 は規定そのものに弾力性があり、さらに解釈上(右本文(文)参照)も、当事者の利益の較量についてより広い裁量の余
 地が残されているので、このような他の原則を導入する必要なく、第六八四条の解釈の操作でなしうる。もつともそ
 のために、イミシオンが被害者に致命的侵害を与え、しかもそれが場所慣行的でもないにかかわらず許容される場
 合も出てくる可能性がある。

なお本文(文)の当事者の利益の較量につき植林助教授(三三頁以下)も Wieland 教授のコメントールによつて紹
 介されている。しかしこれによれば、被害者・加害者双方の個人的・経済的状态を考慮してゐるようだが、Haab

教授は当事者の利益の、社会的観点による評価を重視している。判例も、その地域の一般的性格と関係のある利益も、事情によつては、別の同様に保護に価する利益に譲歩すべき場合がある。すなわち後者の利益が具体的場合において、明日に非常に、より顕著であるとき(BGE 40 II, S. 30); …… (Haab 教授による) という表現をしている。スイス法のもつ社会法的性格を考えると、社会的観点が重視されていると見るのが妥当であらう。

〔一七〕 過度性決定の時間的要素 (Haab, Art 684, N. 19, S. 444; N. 20, S. 445)

(一) 原則 訴提起の時点に存在する諸関係が決定的である。その場合将来の発展は、それが予想される範囲で適当に考慮されるべきである。たとえばそのとき、なお農業に用いられているが、都市の周辺にあり、建物の多い土地の場合がそうである。訴の時点が基準になるから放散者が過去にその作用を放散して来たという先在権 (Priorität または Praxistang) は、その作用が場所的慣行を決定しないかぎり、問題にならない。

(二) 場所的慣行の変化

たとえば以前農地であつた都市周辺の土地が、増大する建築の結果、住居地域に変化し、そのため農業によつて生じるイミシオンはもはや慣行でなくなる場合のように、一般的な発展にもとづき地域がその性格を変化し、これまで、慣行であつたが、現在もはやそうでない場合には、これまで受忍されねばならなかつた作用が過度のものとして禁止されるに至ることがある (またこの逆もありうる)。

(研究) 過度性決定の時点は、ドイツでは控訴審の最後の口頭弁論の時とされている (S. 435; RGZ 156, 314)。この方が妥当なことはいままでもなからう。

この他の点では両国では大体同様である。ただ Staudinger 教授は将来の発展を考慮すべきことを重視し、同一種

類の営業で、一番最初に営業がはじめられた途端に、隣人が訴えれば、過度のイミシオンの故に禁止されるにかかわらず、第三、第四番目の営業が定着して後だと、すでに場所的慣行が成立しているために、許される場合のあることを指摘し、このこと自体は不当でも、不衡平でもないが、その営業の設立自体が、時の流れにあるものであり、また実質的根拠から、その場所がそれに適しているときは、その営業が開始されることを阻止してはならないという。本文の Haab 教授もいむんとするところは同じであらうが、また妥当というべきだ。

〔一八〕 救济手段 (Haab, Art 684, N. 21, S. 445)

裁判官は、イミシオンが過度であることを確認しても、作用を生じた利用を直ちに禁止しなければならない訳ではない。むしろイミシオンを適当な防止手段によつて場所的慣行に合致し、がまんしうる程度に減少せしめるべきである。もしこのような防止手段がないなら、イミシオンを生じる土地利用に時間的制限を加えることができる。この制限も可能でないときに、はじめてその土地利用を禁止するのである。このように単に作用の過度の判断についてだけでなく、諸関係の実際の形成についてだけでなく、諸関係の実際の形成についても、裁判官には、具体的利害状態にとつて、正当な解決が保証されるよう、広い裁量の余地が与えられている。

(研究) ドイツでも大体同様のことになる (Staudinger: § 906, N. 44, S. 438)。これらにはのべられてはいないが、第六七九条の妨害除去と損害賠償は切りはなして考えるべきで、賠償請求は認めるが、営業の停止を意味する妨害停止請求は許さないという解決方法も存在すべきである。

〔一九〕 判例に現われた事例 (Haab, Art 684, N. 23, S. 446ff)

(一) 許容されないイミシオン

孔雀、七面鳥、ほろほろ鳥による夜の騒音 (BGE 40 II)。¹⁹ 裏町、地区における鏡前工場による騒音 (BGE 44 II)。¹⁹ ダンスによる騒音 (BGE 59 II)。¹⁹ 住居地区における古イェンペーターの運転による夜の騒音 (ZBJY 555)。¹⁹ 外人療養地における犬の飼養による騒音 (Nr. 87)。¹⁹ 静かな住居地域における自動車車庫の設置による騒音と煙霧 (ZR 28, Nr.)。¹⁹ 明白な住居地域でも工業地域でもない都市における削り機と打刻機による騒音 (AppGer. Basel-Stadt)。¹⁹ 豚飼による騒音と悪臭 (BGE 51 II, S.)、¹⁹ 馬匹調教による悪臭、害虫 (BGE 40 II)。¹⁹ 露出堆肥による悪臭と害虫 (ZBJY 19 ff)。¹⁹ 別荘地域における便所の発散物 (S. 471)。¹⁹ サナトリウムのごゆうたんのほこりたきによる塵 (SZ 12 S. 315)。¹⁹ ンン焼かまどの熱 (SZ 12 S.)。粘土鉱の採掘により地下水を通つて養魚場に侵入した粘土片 (BGE 55 II)。¹⁹

(二) 許容されるイミシオン

住居地域においてではあるが、夜中ではない粉碎機の作業による騒音と振動 (HppGer. Basel-Stadt 11)。¹⁹ 育児院の騒音 (ZR 18, Nr.)。¹⁹ ラント民会におけるごゆうたんだきによる騒音と塵 (SZ 23, S.)。¹⁹ 自動車車庫の使用による騒音と煙霧 (BGE 53 II)。¹⁹ 道路沿いの豚飼による騒音と悪臭 (BGE 42 II)。¹⁹ 総合病院からの観念的イミシオン (BGE 42 II)。¹⁹ (研究) このように同じ問題でも判例によつて結論が相違することは、その事件の個別特殊性 (過度の程度、場所慣行など) から当然である。したがつてその実態を知らずに、羅列することは、残念ながら価値が少ない。

最後にこれらの判例にいわゆる居住騒音 (子供、叫び、歌、ピアノ、演奏、ごゆうたんだき、犬の鳴き声など) が含まれないことに関し Haab 教授は「個々の事実は、その総計においては、しばしば耐えがたい苦惱であるにかかわらず、訴訟を正当とするには、通常余りにも微々たること」および「各人はその隣人と良きにつき悪しきにつけ共

同生活をしなければならぬがゆえに」訴訟にまで至らないと説明し、それに代つて、警察規定が居住騒音を克服すべきだという。判例の非常に豊富なドイツの事例を見ても、なるほど、居住騒音とみられるものは、実に少ない（ほとんどない）。しかしドイツでは、学説もこの問題をとくとり上げてはいない。むしろ私法秩序から公法的取締りを排除しようとする有力な意見さえある（Herschel, zur Neugestaltung des Immissionsrechts, JZ 59, 76）。日本ではそもそもイミション訴訟が少ないので、居住騒音はなお僅かである。警察的取締りが余り私生活に介入するのは、実に好ましいことではないが、日本固有の特質すなわち人々の権利意識の低調さと裁判の遅滞を考え合わせると、日本でも居住騒音克服に実効があるのは、遺憾ながら、やはり警察的規定乃至取締りだといわざるをえないだろう。

あとがき

筋のない網羅的介绍に終始したが、稿を終えるにあたつて、筆者の受けたもつとも強い印象を述べて、結びとした。それは相隣法が所有権中心に規定されているにかかわらず、それは利用の調整を目的とするものであり、これを全体として支えるものは結局占有権だということである。このことについて筆者の参照したスイスの学者は意識的にはまったく触れていない（ドイツもほぼ同様、拙稿「ドイツ相隣法」〔六〇〕一―二頁参照）。しかし相隣法の研究を通じて、占有が所有権の保護という通常の機能を越えて、利用権一般を保護する機能をもつに至り、究局的には人間そのものを、守る役割をもつことを知ることができる。

（一九六〇年六月）

訂正

拙稿「ドイツにおける相隣法の基礎理論」関西大学法学論集第九巻第五・六号合併号一〇四頁以下の誤りを次のように訂正（誤りの多い点反省している）。

誤

一〇五頁 二行目 Heck..... des Sachenrecht

一〇六頁 一行目..... in zivilischen.....

一〇六頁 七行目.....「地位の互換性は.....」

一〇七頁 四行目.....相隣紛争.....

一〇七頁 終りから三行目 割り註（日本の教科書ではここまで）
（明示するものはない.....）

一一二頁 四行目 ライヒ産業法

一一八頁 五行目通常の利用方法である。かくて両者は、
その存在資格が保証されねばならぬ。

一二四頁 末尾行（おな本稿.....参照）

一二六頁 終りから三行目 日本の判例・通説とことなる

スイスにおける相隣法

正

..... des Sachenrechts

..... in Zivilsachen（二箇所も）

.....「地位の互換性」は.....

.....相隣紛争.....

（.....するものは少ない）

ライヒ産業法（条文の中の産業）（当時からまよつたが疑
問を残しつつ日本の通説に）
（従う）

.....通常の利用方法である。ここでは両者はその存在資格
をもつ。そのとき法規は両者にその存在条件を保証しなけ
ればならぬ。

（なお本稿.....参照）

日本の通説とことなる

八九

(判例をけずる。日本の判例は、ドイツの通説・判例の結論と同様、不可抗力のさい物権的請求権をみとめない……大判昭七・二・九民集一一卷二二七七頁、大判昭一二・一一・一九民集一六卷一八八一頁ただしいずれも傍論でのべているにすぎないが)

一一八頁 終りから六行以下

上告人が異議を申したてるとしても……(中略)……これを制限する根拠は不確かであろう。

上告人は、もしそうだとすれば、結局範囲と費用からみて、期待可能な、より小さい妨害排除措置として考慮されていることになる、異議を申したてが、この縮少の根拠は不確かであろう。

一三四頁 五行目…理論的意味での相隣法という… ……理論的意味での相隣という……

一三七頁 終りから六行目 たんに公法的行為についてのみ たんに国家机关に対してのみ

一三八頁 本文末尾(一九五八年一月三〇日) (一九五九年一月三〇日)

ドイツ相隣法につきその後入手した文献はつぎの通りである。そしてこの意味で、右論稿ははなはだ不十分となった。不備は補うつもりだが、いずれも単行本であり、この検討はかなりの時日を要するだろう。

Mesner = Stern = Hodcs; Nachbarrecht, 3 Auf, 1956

Westermann; Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich? 1958

Rudolph; Die Bindungen des Eigentums, 1960

Wüst; Die Interessengemeinschaft, Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, 1958