

航空の自由と土地所有権

伊 沢 孝 平

目 次

は し が き

一 空域と主権

二 土地所有権の限界

三 近代法における土地所有権者の上空域支配権

四 上空域支配に関する問題点の要選

五 土地所有権者の空域支配に関する英国判例 (一) 総説 (二) Trespass の意義 (三) Nuisance の意

義 (四) コンモン・ローにおける土地所有権の範囲に関する法則の発展 (五) 空気がよび空域の侵

害 (六) 公共の利益による土地所有権の制限

六 航空と土地所有権 (一) 航空とトレスパスに関する近時の学説 (二) 航空とトレスパスに関する判例

一 (三) 航空とニューサンスに関する判例 (四) 航空と土地所有権との関係についての普通法の原則

の要約

む す び

は し が き

航空は自由である。しかし土地所有者がその地上の空域に対して有する権利は守られねばならない。民法は、その

航空の自由と土地所有権

一

第二〇六条と第二〇七条において、所有者は法令の制限内において自由にその所有物の使用、収益および処分をする権利を有すること、土地の所有権は法令の制限内において、その土地の上下に及ぶことを定めている。土地上の権利者が空域に対して有する利益の保護と航空の自由の確保との調和は、どのようにして実現されることをうるだろうか。本稿は、主として英米の判例を紹介することによつて、わが国の法解釈に一つの指針を提供することを目的とする^{②③}。しかも土地所有権ないしこれに準ずる物権の保護という見地を中心として、考えて見たいと思う。

冒頭に、航空は自由であるといったが、これは、国際法上の原則をいつたのではなく、国内では、航空法の規定に準拠している限り、航空は自由であるといったのである。本稿は国際法上の、または条約による航空自由権の問題を対象とするものではないが、それらによる航空自由権が、わが国土上空で認められる場合には、本稿にいう航空自由の問題になる。

本問に入る前に、空域に対する主権の効力に関する主な学説を紹介し、空域に対する国家の権力について、若干の知識を用意しておくことは、本稿の目的に役立つと思う^④。

(1) 土地所有権者を中心として論究はすめるが、航空の自由との関係では、土地所有権者だけでなく、地上権者、永小作権者、土地の賃借人・使用貸借人等の土地の占有権者をも対象としているものと理解せられたい。また被害者としてのかような土地上の物権者またはこれに準ずる者の権利を中心にして、事を論ずるのであつて、加害者たる航空権利者の地位または権利如何という点に視角を合わせていないことをお断りしておきたい。加害者の地位に焦点をおくやり方が大陸法的であるとすれば、かように被害者の地位に重点をおく態度は英米法的である(戒能道孝博士「権利濫用とニューサンズ」法律時報二五卷二号九九頁参照)。

(2) 飛行中の航空機により地上に存する人または財産に加えた損害の賠償については、多くの国において立法が行われているのみならず、一九三三年にはローマにおいて「航空機により地上の第三者に加えた損害に関する若干の規定の統一」についての条

約」(ローマ条約)が成立し、わが国もこれに署名をしておる。そしてこの条約については小町谷博士の優れた研究もある(同博士航空機事故と賠償責任・商事法研究双書(7))。

しかし右の条約は、航空機によつて、地上に存する人または財産について生ぜしめた損害の賠償について規定しているものであつて、下土地の所有権の侵害の存否を問題としていない。下土地の所有権に対しては何らの侵害がなくとも、地上の人または財産に損害を加えたなら、ローマ条約の規定する問題になる。ただ併し地上にある人または財産に損害を加えることが、同時に下土地の所有権を侵害することになれば、それは本稿の取扱う問題であるとともに、またローマ条約の關係する問題ともなりうるのである。また、その後に改訂された一九五二年のローマ条約第一条後段によると、航空機の上空通過の際の爆音による生理的損害、家畜等の被害は、賠償をうけける損害の範囲から除外せられるが(池田文雄・國際航空法概論一七六頁)、本稿では、この被害は主要な論題となる。またローマ条約の適用範囲は限定されており(同条約第二三条)、損害が生じた事故の当事者の一方が外国航空機である場合にのみ条約は適用され、内国航空機の場合には適用がないが(J. P. Honig, *The Legal Status of Aircraft*, 1956 pp. 117 et seq.; 池田・上掲一六九頁)本稿の論題に関しては、そのような限定は存しない。

(3) 田岡良一博士は「空域の領有権」と題して、國際法上の空域主権の問題だけでなく、民法上の土地所有権の範囲についても論及しておられる(空法第二号(一九五六年)一頁以下)。併し英米の具体的判例の紹介にまでは及んでおられないし、また、本稿とは重点のおき所が異つているので重複する部分は多くない。

(4) 最近、法律時報は「生活妨害の法理」と題する特集号を出した(三二卷三号昭和三五年二月一日)。本稿は、主として航空行為による生活妨害を問題としてるのであつて、本稿も、またこの特集の一翼に參ずることができよう。

一 空域と主権

一 総説 国家はその領土・領海上の空域に対して完全な主権を有しているか。それとも世界の空は、何人にも解放された自由の天空であるか。各国の航空機は自由に、他国の上空を飛翔しうるのか、えないのか。これは國際法上の問題であつて、主な学説として次の三をあげることができる。

(1) 大空自由説 (2) 領空説 (3) 上空域完全主権説 以下これらの三説について説明を加えよう。^①

(一) 参考文献 Mc Nair, *The Law of the Air* 2nd ed. 1953, pp. 6 et s.; Shawcross and Beaumont, *On Air Law*, 2nd ed. 1951 sec. 193—198; Otto Riese et Jean T. Lacour, *précis de droit aérien*, 1951 § 9 nos 59—64; Otto Riese, *Luftrecht*, 1949 SS. 71ff.; J. P. Honig, *The Legal Status of Aircraft*, 1956 pp. 6 et seq. 田岡良一・「空域の領有権」空法第二号一頁以下、池田文雄・国際航空法概論二七頁—二九頁三四—三五頁、四〇頁。

二 大空自由説 (*The Free Air Theory*; *Théorie pure de la liberté de l'air*; *Luftfreiheitstheorie*) この説は、国家の領土・領海の上空と雖も、自由に航空しうるのであつて、何れの国の航空機たるも何れの国の人民の操縦するものたるを問わないとするものである。この説は、グロチエヌの海洋の自由論と一部相通するものがある。この説は一九〇一年に Paul Fauchille によつて唱えられ、一九〇六年に国際法学会 (*the Institute of International Law*) によつて採用せられた。大空は全人類の共有物 (*res omnium communis*) だから、大空は自由だといふのである。また大空に対しては、国家と雖も現実的且つ継続的の占有を及ぼしえないといふことをも、この説の一大根拠としている。^②併し各国家は、その安全を防衛するために必要な手段をとることができなくてはならぬ。殊に空の防衛は緊要である。大空自由説は、国家の自衛権とまともに衝突する。そして自衛権との調整を計らうとすれば、自由説は名のみとなる。また大空を海洋と同視して、公海の自由を類推して大空の自由説を裏付けようとする試みは誤つてゐる。蓋し垂直に延びている空域を水平に拵がつている海洋と同視することは、後述するように、物理的の見地からだけ見ても誤であるからである。また現実の姿から見ても、領土に近接した海洋の一部は領海として国家主権に服し、万人の自由な利用には委されていないのであるから、海洋の自由から、大空の自由をひき出すことは困難である。

そこで一九一〇年にパリで開催された航空に関する国際外交官會議では、この説は承認をうることができなかつ

た。

(2) フォーシユ説の根拠並びにその批評については J. P. Honig, op. cit. pp. 14—15 参照。フォーシユ自身が、その大空自由説には例外を認めている。すなわち航空機上で行われた行為については、原則としては、旗国法(航空機の登録されている国の法)の適用を認め乍らも、下土国の利害に関係ある行為については、下土国の主権が航空機にも及ぶものとして、下土国法の適用を認めているのである (J. P. Honig, op. cit. pp. 106, 142)。

Mc Nair, op. cit. p. 7 は、主権の存在には占有の可能なことを前提としているとしても、この占有は私法上の占有のような継続性は必要でない。巨大な砂漠に対する主権、人の住んでいない山嶺に対しても、主権を及ぼしうるように、国はその国土の上空域に支配を及ぼしうるのであって、従つてその上空域に対して主権を有しうる」と批評をしている。その他の批評につき田岡良一博士・上掲九頁参照。

また空気は世界人類の共有であつても、空域は必ずしもこれと同様にはいえないとの反論もある (Mc Nair, op. cit. p. 295 所掲の Goudy の説を参照された)。

三 領空説 (The Territorial Air or Navigable Airspace Theory; Théorie des zones; Zonenheorie) の説は国際海法からの類推を基礎としている。^④ 国際海法上領土に近接した一定の海域を、領海として特定の国家の主権の下におくように、一定の高さ以下の空域は、その下土国の主権に服せしめようとする説である。但しその高さについては一定とするものもあり、また下土国の支配可能域内とするが如く不定のものもある。この説はアメリカ合衆国の国内法において受け容れられており、アメリカ合衆国と英国間の条約による取極めも、この説に副つて行われている。

併し航空技術や写真撮影術の急速な発達は、この説の維持を困難にしている。一定の高さ以上の空域は公海と同様に万人の利用に委することとしたら、国土の防衛は不可能となる。この点において領域上に垂直にのびている空域に

対して、水平にのびている領海の地位を擬することは、重力の原則および視野の広狭による相違だけを考慮してみても、不合理である。

(3) なお海と陸とは併存しているので、両者を切り離すことは不可能でないが、空と陸とは、いわば融合しているので、切り離すことは不可能である。海がない国は存しうるが、空のない国は存しえない。この点から見ても、空を海と比較して領空説を樹てることは誤である(田岡博士・上掲一頁、J. P. Honig, op. cit. pp. 14—15 参照)。

四 上空域完全主権説 (The Complete Sovereignty Theory; Théorie de la souveraineté de l'Etat sur son espace aérien; Lufthoheitsheorie) 国家はその領土・領海上の空域に対して無制限の支配権を有するとする説である。換言すれば、如何なる国家も、他国領土の上空域に対しては、その主権を及ぼしえないとするものである。この説は、無主物先占の理論をその基礎としている。⁴⁾ 元来無主であつた空域は、航空が可能になつたことによつてその下土国の先占に帰したものとするのである。したがつて下土国はその上空域に対して無制限な主権の行使を認められる。この学説に従えば、国家の領域上の空間は、その国家の領域の一部を構成するが、公海および無主地の上空は、何れの国家の支配にも服さない自由な空域となる。

実際上は現在この説が支配している。しかしこの説も遠く地球の引力の支配を脱して無限の彼方まで、人工衛星が飛びロケットが舞う宇宙時代を迎えては、また一定の制限に服さねばならなくなるであらう。蓋し地球の引力圏を離れた無限の高空は、そこで行われる航空が下土国に与える危険ないし影響という観点に立つて考えて見ても、また地理的立場から考えて見ても、何れの下土国もの上空であり、また同時に何れの下土国の上空でもないというような状態になつてくるからである。この意味では、下土国の主権の下に属する空域には、やはり一定の制限が認められるこ

ととなるであろう。そうでないとしても、一定の高度以上の大空の無害飛行が是認せられなくてはならないであろう。即ち国家は、その利害関係を有しない高空にまで主権を及ぼす必要はないのであるから、上空域完全主権説といつても、無限の高空をも、その主権の下におくことを要求するものでないことは、主権の性質からしても、明かである。^⑤

(4) 空の主権説の論拠は、領域というものの本質から来る。すなわち統治作用を行う空間が領域なのであるから、領域というのは土地及び水とその上の空域とこれをひつくるめた觀念でなくてはならぬとするのである(田岡博士・上掲一〇頁)。これは空域に対しては、主権の本質上当然に、下土国の主権が及ぶという説であり、本文に紹介したところは、主権の本質上当然に及ぶものでないとしても、先占の理論で及ぶというのである。大体国際法上の領土に関する権利というのは、民法上の土地の所有権から発達してきたものであつて、国家の領土権というものは民法上の土地所有権の法の影響を非常に多く受けている(田岡博士・上掲一二―一三頁)。そこで無主物先占の理論が、国際法上の理論構成のうちにも入ってくるのである。

(5) 田岡博士・上掲二八―二九頁参照。J. P. Honig, op. cit. p. 6.

五 上空域完全主権説の實際的適用 大空自由説も領空説も、そしてまた上空域完全主権説も、何れも未だ国際裁判によつて、吟味され且つ實際に適用される機会を持つたわけではない。また国際法学者の見解も歸一するに至っていないが、大多数の国家は、上空域完全主権説を採用しており、また諸種の条約および国家間の協約においては、この説に準拠しているものが多い。

英国では一九一一年の航空法^⑥において、この説を採用しており、ロシアは一九一二年に、スイスは一九一四年に、この説を採用したが、第一次世界大戦時には、交戦国たると中立国たるとを問わず、一致してこの説を採用した。一九一九年十月十三日の航空に関するパリ条約は、この説に拠り、その第一条は「各締約国はその領土上の空域につき

完全にして且つ排他的な主権を有する」と宣言している^⑦。完全にしてとは、高さに制限のないことを意味している。マドリッド条約、ハバナ条約の両条約も同趣旨の規定を有しており、一九四七年四月四日から発効している一九四四年のシカゴ条約 (Chicago Convention)^⑧ もその第一条において、上掲のハリ条約と同一趣旨を宣言している。右の如くであるから、現時においては、空域に対する主権の存否が問題になつた場合には、特に条約または協約に異つた定をしていない限り、上空域完全主権説によつて、解決せられるものと解してよい。

(6) British Air Navigation Act of 1920 の序文に “The full and absolute sovereignty and rightful jurisdiction of his Majesty extends, and has always extended, over the air superincumbent on all parts of his Majesty’s dominions and the territorial waters adjacent thereto” とついでに “この制定法は the Civil Aviation Act, 1949 によつて廢止され、再制定をされたが、後者はシカゴ条約の原則をとり入れている。

(7) 田岡博士・上掲二四頁 J. P. Honig, op. cit. p. 16 参照。

(8) 一九五三年九月八日に “わが國も批准書を寄託した (Shawcross and Beaumont, On Air Law, second (cumulative) supplement to second edition, 1955 [60031])。

空域主権に関する現況およびこの点についてのシカゴ条約については、J. P. Honig, op. cit. pp. 20 et seq. 参照。

六 航空の自由と上空域完全主権説 私には本稿の冒頭に、航空は自由であるといつたが、これは国際法上の大空自由説を支持した言葉ではない。下土国の主権の認める範囲内において航空は自由であるといつたのである。上空域完全主権説に従えば、ある特定国の上空を飛行するためには、その国の認許が必要である^⑨。本稿にいう航空の自由は、勿論この認許のあることを前提とする。

なおこの認許の問題に関連して、外国非軍用機の無害通行 (innocent passage) を認める説のあることを注意しておきたい^⑩。この説は恰も商船に領海内無害通行を認めているのと同ー理論をもとづいてゐる^⑩。

(9) 田岡博士・上掲二六頁参照。

(10) 航空機一般についてもまた同じような慣習法的規則が発達する可能性が強い(田岡博士・上掲二八頁)。Riese et Lacour, *op. cit.* p. 70.

(11) 無害通行を認めるに当たつても、海と空との相違は、現われざるをえない。殊に国防の見地よりする制限は免れないと思う。

二 土地所有権の限界

わが民法第二〇七条は「土地の所有権は法令の制限内に於て其土地の上下に及ぶ」と規定している。これはフランス民法第五二条が「土地の所有権はその上下の所有権を含む」と規定しているところに拠つたものである。^①そしてこの原則は、ローマ法以来何れの国においても認められている。^②

ローマ法においては「土地所有者の権利は、地上は天心に到り、地下は地殻に及ぶ」(*Cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos*) という法諺が行われている。^③

航空の自由と土地所有権との調和を論ずるに当つては、右の法諺の意味を無視することはできない。古く、三階博士の如きは「特別の法令なき限りは土地の所有者は其上空に於ける航空をも禁止するを得べしと信ず。唯之を禁止するに付て利益なしとの理由のみを以て消極に解すべきに非ず」と主張しておられる。^④しかし航空行為が、所有者においてこれを禁止するについて、何等の利益のない高さで為されたときは、土地所有者がこれを禁止しえないことは、利益の保護を目的とする権利の性質上当然のことである。土地の利用はその本来の性質上自らその上の空間およびその下の地身の使用を必要とするから、他の物についての所有権とは異つて、土地所有権の範囲は、或程度に土地の上下に拡大されることを必要とする。然し生活財貨に対する法律的支配は一般的に物体がこれを可能にし、且つ人智能

力によつて可能と認められる範囲を限度とすることは当然である。^⑥

末川博士は次のようにいわれている。^⑦所有者が物に対して有するとせられる支配は、所有者の意思が物の上に及ぶということとそのことが他人との関係において社会的に承認せられているということとの両面を有する。従つて所有権は完全な支配を内容とするといつても、必然にこの両面から制限を受けざるをえない。蓋し人の意思が物の上に及ぶことには自然の現実に基く制限があり、また他人との関係において独占排他的な地位を主張するには、社会的におのづから限界が劃されねばならぬからである。そして前者の制限は、事物当然の制限だともいえるのであつて、例えば土地の所有権について、ドイツ民法が「所有者は何らの利益もない高さ又は深さにおいて為された他人の干渉を禁ずることをえない」^(第九〇条)といひ、スイス民法が「土地の所有権は、その行使について利益の存する限度において空中と地下とに及ぶ」^(第六六条)といつてゐるような規定が、特に設けられていなくとも、当然こういう制限があるといわねばならぬと。

土地所有権は、その性質上当然に認められる制限に服するのみならず、一般共同生活の利益のためにも、また制限を受けることを免れえない。航空という公共の利益の前には、土地所有者の権利も、ある程度ぎせいに供せられても已むをえないと思う。^⑧しかしその忍容しなくてはならぬとされるぎせいの程度が問題なのである。公共の利益を背景とした航空の自由が、どこまで土地所有権を制限することができるか。これが本稿の検討しようとする目的である。^⑨

- (1) 石田文次郎博士・物権法論(昭和七年)三八二頁。
- (2) 三浦信三博士・物権法提要第一冊(大正九年七版)五八頁、英・米・独・仏においても一九一〇年前後には同じような考え方が広く行われていた(田岡博士・上掲一六一―一七頁)。
- (3) 原田慶吉教授、日本民法典の史的素描一〇四頁によると、ローマ法が所有権について地上地下の権を認めたことは確かであ

るが(日民二〇七条、仏民五五二条一項、ドイツ民法第一草案八四九条、ドイツ民法第二草案八一九条、独民九〇五条)無限に「天空迄」(usque ad coelum)「地核迄」(usque ad inferos)に及ぶような解釈を下したのは、註釈学派であるとのことである。また Mc Nair, op. cit. p. 295; Shawcross and Beaumont, op. cit. [446] によると「この法諺は二二〇〇年頃ホロニアで盛名を馳せた Accursius の創唱にかかると(田岡博士・上掲一四頁)。

Mc Nair, op. cit. pp. 16/17 は「このローマ法の法諺が、英国普通法に大きな影響を与えたことを、コークの言葉(Co. Lit. 4a)やブラックストーンの言葉(Commentaries, vol. II, Chap. 2, p. 18)を引用し乍ら説明し、この法諺に論及することなくしては、空域に関する普通法上の権利の問題を論議することは不可能であるといっている。

(4) 三瀧信三博士・前掲五八頁。横田秀雄博士・物権法論前編(大正五年)一六六―七頁は、民法第二〇七条を解して「是れ土地の所有権は上、天に達し下、地球の中心に及ぶと云へる格言ある所以なり。此規定の結果として土地の所有者は…人力の及ぶ限は其地表の上位に在る空間を支配する権利を有し…第三者が其承諾なくして地面上の空間に突出せしめたる建物又は樹木は其高低の如何に拘はらず之を取毀ち又は切取らしむるの権利を有す」(傍点筆者)といつておられる。航空禁止のことには言及しておられないが、「其高低の如何に拘はらず」との立言は、三瀧博士の考え方と一脈相通するものがある。

(5) 石田文次郎博士・前掲三八二頁。

(6) 末川博博士・所有権の制限(経済学雑誌第二巻第二号所載)三 制限の必然性の項(同・所有権・契約その他の研究二四―二五頁)。

(7) 上掲のローマ法上の法諺は「もとより航空機の出現前のものであつて、二十世紀においては、多大の制限を受けることは当然である(図説 Mc Nair, op. cit. p. 16; Riese et Lacour, op. cit. p. 152)。

Riese, Luftrecht, 1949 S. 251 は「ローマ法における上述の法原則は、近代の私法立法上は妥当しない。却て所有者の空域支配権は、その行使に関して正当な利益を有する範囲においてのみ存する(そのような趣旨で立法されているスイス債務法第六六七条やドイツ民法第九〇三条・第九〇五条のように)といつてゐる。

Raphaël Coguoz, Le Droit Privé International Aérien, 1938 p. 22 も「土地の所有者は航空機の航行を妨げるために、ローマ法の格言たる「天心、地軸」に到る所有権を主張することはできない」といつてゐる。

(8) Constantinoff は「土地所有者は上空域に対して無限にその所有権を主張しようという前提に立つた上で、社会の利益を

持ち出して、所有者に何らの迷惑をも与えないような高空飛行の禁止を求めるのは、土地所有権の濫用だとして行っているのであるが（田岡博士・上掲二二頁）、私は土地所有権の空域に及ぶ範囲には、自ら限定があるものとし、その限定の下で、土地所有者の権利と航空の自由との関係を考へてみたい。即ち本稿では、土地上の権利者を、加害者ないしは権利濫用者の立場において見ないで、むしろ被害者の立場において、しかも、人格権とか動産上の権利を害せられた者としてでなく、土地所有権ないし土地占有権など土地上の物権を害せられた者として、取扱つて行こうと思ふ。

三 近代法における土地所有権者の上空支配権

土地の所有者は、その土地の使用収益を可能ならしめるため、その土地の地表だけでなく、地上の空間および地身に対しても支配権を有しなくてはならないが、それはあくまで土地の利用に必要な限度においてであつて、ローマ法諺のいうような天心・地軸に及ぶものではありえない。土地の利用に必要とする地上の空域および地身を除いた天空および地底は、公共の所有である。

この故に近代の立法例には、土地の所有権はその行使について利益の存する限度において空中と地下とに及ぶ旨を明かにするものが多くなつて来た。スイス民法第六七条はその典型的の例であり、ドイツ民法第九〇五条が「土地の所有者の権利は、その地表上の空間およびその地表下の地殻に及ぶ。但し所有者は何らの利益なき高さまたは深さにおいてなされた他人の干渉を禁止することをえない。」と規定しているのも、この例である。^①

フランス民法第五四四条は「所有権とは、法律または規則によつて禁止せられた使用をしない限り、絶対無制限に物の収益および処分をなしうる権利をいう。」と規定し、その第五二条第一項は「土地の所有権はその土地の上下に及ぶ。」と規定している。わが民法第二〇六条第二〇七条も、これと同趣旨の規定であり、ベルギー民法第五五二

条、スペイン民法第三五〇条、イタリヤ民法第四四〇条、オランダ民法第六二六条もまた同趣旨の規定である。^② フランス民法典の解釈は、最近の判例の示すところによると、前掲のスイス民法第六六七条と同一になつてゐる。^③ また後にも述べるように英国普通法も、アメリカ法も、スイス法と同様な結果を認めてゐる。

そこで、大多数の国々における私法の原則によると、土地所有者は、自己の所有地の上空を相当な高度で飛行することを禁止することはできない。併しそれを禁止するにつき土地所有者権者が、相当の利益を有するような低空を飛行する場合はこの限りでないことになつてゐる。

このような趨勢を反映する特別立法もまた次々と制定せられるに至つてゐる。

例えば一九三六年のドイツ航空法第一条は「航空機による空域の使用は、本法または本法施行のための命令によつて制限されていない限り自由である。」と規定してゐる。航空の發展のために、立法者は、土地所有者の絶対性を制限したのである。本法は、その實際的効果として、土地所有権の上に、飛行役権 (*servitute legal de survol*, *Legalservituit*) とでもいうべき権利の成立しうることを認めたことになる。但しこの種の役権が成立しても、土地の所有者はその土地の使用収益処分を妨げられるものではなく、その地上に工作物を設けまたは竹木を栽植しうるが、ただその権利行使が権利の濫用となる場合或いは飛行場の設備または機能保持のために設けられた規則に反するような障害を生ぜしめた場合には、その権利行使の制限を受ける。また航空の自由を認めることによつて生ずる土地所有権の制限は、その土地の取用を意味するものではないから、土地所有者の損害賠償権を正当付けるものではないと言われるに至つてゐる。

英米における法律の見解も、飛行役権の発生までは認めていなくとも、またドイツと等しく、その時の事情によ

り、相当な高度を以て飛行することは、土地所有権の侵害にならないものとしている。

航空に関する、一九二四年のフランス法は「私所有権物の上空を飛行することのできる航空機の権利は、その所有権の行使を妨げないような条件の下においてのみ行使することができる。」と規定している。

スイスにおいても、航空に関する連邦法の第一条は、同法ならびに一般の連邦法の規定によつて制限されていない限り、航空は自由であるとしている。すなわちこの連邦航空法は、飛行者が、規則を遵守する限り、彼は空域を使用する権利を有するものとしているのである。従つて土地所有者は、その地上の空域を、法規の定めに従つて飛ぶ航空を禁止することはできない。^⑧

然らば航空の権利と所有権との衝突は、どのようにして解決せらるべきかの問題は、近代に至つて生じた新しい問題ということができよう。航空権濫用の問題として事を論ずべきか、所有権の侵害として解決を考慮すべきかが問題となるが、両者相俟つて妥当な解決をうるよう努力すべきである。ただ本稿では後の視点から考察しようとしているのである。航空権の正当な行使として、権利の濫用にはならなくとも、土地所有権の侵害の問題は生じうることを注意しておきたい。また本稿では、土地の所有権は天心に到ることを前提として所有権濫用の存否を論じようとする視点にも立つていないことを、重ねて附言しておく。

(一) Michel de Juglart, Traité élémentaire de droit aérien 1952 p. 174 によると、スイス民法第六六七条と同趣旨にもとずく規定が、次に掲げるように、存在する。

まずポルトガル法典の第二二八八条は「土地所有権は、単に土地自体について、鉱山に関する規定に反する場合は除き、地殻に及ぶだけでなく、またこの地上の空域にもそれが占有しうる限度において及ぶ。」と規定している。

次にモンテネグロ民法第九六条は「不動産の所有者は、原則として、その上の全空域につき、それを使用しうる範囲において

所有者である。」と規定してゐる。

(2) 本文に述べたような立法例について田岡博士・上掲一五頁参照。

(3) *Riese et Lacour, op. cit. p. 152; Riese, aa.O.S. 251.*

(4) *Riese et Lacour, op. cit. p. 152; Riese, a. a. O. SS. 251, 252.*

(5) *Riese et Lacour, op. cit. pp. 153—155; Riese, a. a. O. SS. 252—254.* 一九二二年八月一日のドイツ航空交通法は、一定の要件をみたすときは、航空機は自由に空中を飛ぶことができ、土地所有者はこれを禁止しえない旨を規定している。しかし必要なときに故意に低空を飛ぶのは権利の濫用であるといわれている(山田晟・ドイツ物権法上巻二三四頁)。

Shawcross and Beaumont, op. cit. [422] は、国家がその領土の上空に対して完全な主権を有することは、國際法上認められているが、土地の所有者がその土地の上空域に対してこのような完全な支配権を有することは認められていない。この点については各国の私法上の原則は統一されていない。しかし実際上は、多数の国々においては、現在イギリスの制定法が認めていると同一の法原則が、私有地上空を航空するに当つては、行われているといつてよいといつてゐる。

植林弘氏は、ローマにおいて、物における完全な権力とせられた所有権も、今日では種々の法令上の制限に服しているが、これは一般的に私権が社会共同生活のために存在するものたることより生ずる当然の制限であるとし、独法のインミッシェンの問題も所有権の制限の一つに数えうる旨を主張せられている(同氏「ドイツ・スイスにおけるインミッシェンの法理」法律時報三二卷三頁三一頁)。

四 上空域支配に関する問題点の変遷

土地所有権が天心に及ぶと解せられるに至つた時代には、航空機もなければ、電波の放送もなく、また有毒瓦斯の排気という問題もなかつた。空域の利用が現代におけるように旺盛となり複雑となることは予想だにされてはいなかつた。たとえ土地所有者がその地表上の空域を無限に支配しようとしても、社会生活に何らの不便も障害も起らなかつた。しかし現代は全くこれと事情を異にしている。公益的見地において、土地所有権者の空域支配は制限されねば

ならぬ^①。それは土地所有権者が無際限の上空までその支配を及ぼしえないという土地所有権そのものに内在する性質の制限ではないのである。たとえ支配が可能であろうとも、公益の見地によつて制限されるのである。この意味においては、土地所有権の限界は往時よりも縮小されたといえるのである。^②

併しまた他面において土地所有権の限界を拡大する必要も生じているのである。従来土地所有権がその地表上の空域に及ぶ程度は、主として地上の工作物または竹木等を所有するに必要な範囲とされていた。すなわち土地の利用を完全にするためには、この範囲において空域に対する支配権を認めれば足りたのである。いわば土地所有権者が物理的に有形的に支配しうる範囲の空域のみを、その権利の及ぶ範囲と認めれば足りたのである。然るに上空を縦横に航空機が飛び、爆音を轟かせ強風を捲き立て、また電波が交錯し、有毒排気が舞うようになると、下土地の所有権の享受は、これらの動きによつて多大の妨害を受けることになる。土地所有権者は、その地上に加えられた有形的な侵害だけでなく、無形の侵害をも排除しなくては、所有権の享受を全うしえない。この意味においては土地所有権の空域に及ぶ範囲は拡大されねばならぬ。

右に述べたような土地所有権の空域支配の問題は、どのように解決せらるべきものであろうか。英米法は具体的事件から事件へと具体的事情に即し乍ら、一步步々と解決の努力を進めて来ている。その跡を辿ることによつて、解決の指針をえたいというのが、本稿の狙いである。

(一) O. W. Holmes, *The Common Law*, p. 1 が次のようにいっていることを注意すべきである。『法律生活は論理ではなかつた。それは経験であつたのだ。人類がそれによつて支配せらるべき法則を定めるにあつては、推論もさることながらそれよりも、その時代が必要であると痛感したこと、優勢な道徳のおよび政策的理論、公益の公然または無意識の直観、そして同時代の人々と共に判事が分かち持つている偏見さえもが、大きな役割を演じて来た。法律は数世紀を経て来た国民発展の歴史 (story)

を体现しているものであつて、それは数学書に収められている公理や系論と同一に取扱うことはできない。」と。

なお土地所有権は土地の上下に及ぶというローマの法諺は、土地所有者は地上の空域を所有しているといつてゐるのではなく地表を所有する者は、その地下または地上における私所有権の目的たりうべきあらゆる物を所有しうるといつてゐるにすぎない。この意味からいつても、土地の所有権は地表上の天心にまで及ぶとの理論は、採用し難い (Mc Nair, op. cit. p. 31)。

(2) 航空機のない時代には築造または、栽植を許されたであろう高さの工作物もしくは竹木も、航空の障害となるときは、その築造栽植は許されない (Riese, aa.OSS, 237H)。飛行場の近辺における電線やアンテナ線架設の制限もまた土地所有権の制限である (Riese et Lacour, op. cit. pp. 143 et s.)。Mc Nair, op. cit. p. 34に次のような趣旨が述べられてゐる。或る人が所有している土地の上空を、第三者が特定の用途を以て使用した場合に、これが不法行為 (trespass または nuisance) になるか否かを定めるにあつては、コンモン・ローは、過去において他の場合についてしたように、人類の便宜ということに配慮を払うとともに世界の人口が増加し且つ人類の自然征服の業が進められた結果として、土地の所有より生ずるあらゆる快樂を排他的に享受することは漸次に且つ必然的に減退せざるをえないという事実を顧慮するであらう。

五 土地所有者の空域支配に関する英国判例

一 総説 土地所有者または土地賃借人等土地の占有権利者は、その地表上空域に対して如何なる権利を有するかについては、古くから学説・判例の上で問題となつてゐる。

一九二〇年の航空法 (the Air Navigation Act, 1920) の第九条 (廃止されて新しく一九四九年航空法第四〇条として登場した) が制定せられるに至るまでは、私有地上を飛行すると、ニューサンスまたはトレスパスまたはその兩者として、土地の所有者から訴えられるのではないかについて、多大の疑問があつた。これを消極に決定した上記の制定法ができて以来は、この問題の実際的重要性は減少したが、しかしこの一片の制定法によつて、その問題が廃滅に帰せしめられたわけではない。蓋し一定の規則を遵守して飛行した場合には不法行為を形成しないとしてゐるだけ

であつて、如何なる態様の航空も自由であり土地所有権の侵犯を生ぜしめないとしたのではないからである。故に土地所有者はその地表上の空域について所有権を有するかどうか、もし有するとせば、その限界は如何という点をめぐつて問題は依然として論議せられることになつてゐる。この問題に関するイギリスのコンミン・ローの概要は、*Sweiland v. Curtiss Airports Corporation* (1930), U. S. Av. R. 21 at p. 29 (Affirmed on appeal (1932)), U. S. Av. R. 1) 及び *United States District Court of the District of Columbia* (Hahn) 氏が述べた判決のうちに見ることができよう。また *Mc Nair, The Law of the Air*, 1953, pp. 16 et seq. によつて知る事ができる。以下には主として *Mc Nair* の問題に関する学説・判例を紹介しようと思ふ。

これを終つて後に、航空と土地所有権との関係について、コンミン・ローが、どのような態度で臨んでゐるかを検討して見たらと思ふ。土地所有権者の空域支配の問題は、コンミン・ロー上は、主として不法行為の一種たる *trespass* または *nuisance* の問題として取扱われつつあるのび、先づ *trespass* 及び *nuisance* の意義を明かにして置たい。

(一) *Shawcross and Beaumont*, op. cit. [446]; *Riese*, a.a.O.S. 254.

(二) *Shawcross and Beaumont*, op. cit. [446].

II *Trespass* の意義 *Trespass* には三種類がある。土地に対する *Trespass* (*trespass to land*)、物品に対する *Trespass* (*trespass to goods*)、人に対する *Trespass* (*trespass to person*) これである。本稿で問題になるのは土地に対する *Trespass* である。これは、権利なくして (*unauthorized*) 他人の土地に侵入またはこれを占有することである。原告はその侵入または占有によつて実害を受けたことを証明しなくとも、訴を提起することができる。

しかし土地に対して有形な干渉 (physical interference) のあることは証明しなくてはならない。原告に与えられた救済方法としては、(1)名義上の損害賠償 (nominal damages)、(2)懲戒的損害賠償 (exemplary damages)、(3)実害賠償 (damages for any loss or injury directly caused by the trespass)、(4)禁止命令 (injunction) の四種がある⁽²⁾。

(c) Shawcross and Beaumont, op. cit. [433].

三 Nuisance の意義 ニューサンスには二種類ある。public nuisance と private nuisance がこれである。公的ニューサンスというのは、公共の保健、安全または自由に、権利侵害的に影響 (injurious affect) する行為をいう。公的ニューサンスを理由として、個人が訴求することをうるためには、公共一般に対して右の行為が実害を及ぼしただけでなく、その個人に対してもまた実害を生ぜしめたことを要する。

私的ニューサンスは、他人の土地の使用またはその利益の享受 (enjoyment) を、権利なくして妨げる行為である。私的ニューサンスの訴においては、原告は、彼は妨害を受けた土地の占有者であること、ニューサンスがその土地に或る実害を与えたこと、またはその土地の利益の享受を実質的に妨げたことを証明せねばならぬ⁽⁴⁾。救済方法としては自力除去、差止命令または損害賠償の各方法が、場合によつては重疊的に、また場合によつては、単独に与えられる⁽⁵⁾。

(4) Shawcross and Beaumont, op. cit. [434]. なお法律時報第三二巻第三号は「生活妨害の法理」という題目の特集号となつてゐるが、この中には、至るところにニューサンスの説明がある。殊に田中和夫博士は「英米法におけるニューサンス」と題して、判例に即して具体的にニューサンスの性格を明かにしておられる (同号二三頁以下)。またそこに掲げられている参考文献たる谷口教授「英米法における権利濫用」(比較法研究三号昭和二六年)、戒能教授「権利濫用とニューサンス」(法律時報二五巻二号パブリック・ニューサンス特集号昭和二八年)、塚本教授「ニューサンス」(同教授著英国不法行為法要論下巻第一三章昭

和(二八年)、矢頭教授「英米法におけるニューサンス研究への序説」(早稲田法学三一巻三・四冊三二巻一・二冊昭和三一年)などの論稿が参照せらるべく、また平井三次(末延三次)教授「判例に現はれたる営業とニューサンス」(法協四三巻二号四五八頁)(同・英米法の研究上巻二九八頁以下)は、参照を要する好文獻である。

以上のほか、*Mc Nair, op. cit. p. 42* 及び *Jenks, Digest of English Civil Law § 819* を引用しながらなされた要領のよい説明がある。

四 コモン・ローにおける土地所有権の範囲に関する法則の発展 (1)初期の学説 コモン・ローにおける土地所有権の範囲に関する法則の形成に当つても、ロー法諺たる「土地所有者の権利は、地上は天心に到り、地下は地殻に及ぶ」との格言は、顕著な影響を与えている。

英国法上において、右の法諺が初めて引用されたのは、コーク卿の著書においてであり、^① 続いては、コーク卿の忠実な継承者であるブラックストーン卿の註釈書においてである。

コーク卿は、右の法諺を引用して、法律にいう土地(earth)は、広く上方にのびていて、地上の水だけでなく、空気もその他の総ての物も、天心(heaven)に至るまでのものを含むといつてゐる。そしてブラックストーン卿も「土地」(land)と云う言葉は、地表を意味するだけでなく、その上下にある総ての物を意味するといつてゐる。

コモン・ローの発展を判例を通じ、具体的事実在即しながら迎つて見よう。^②

(1) *Coke, Litt. 4a; Mc Nair, op. cit. p. 16; Shawcross and Beaumont, op. cit., [446].*

(2) *Blackstone, Commentaries, Vol. II, Chap. 2, p. 18.*

(3) 以下の判例の紹介は、主として *Mc Nair, op. cit. pp. 17 et seq. 以下*。

(2) 工作物の突出に関する判例 先づ *Baten's Case, 1610, 9 Rep. 53b* を紹介しよう。^③ この事件は、他人の土地上への家屋の出ばりは、その事実だけで、ニューサンスを形成するとする趣旨のものである。実害の生じたことは証

明されたものとして、原告は、その証明を要求されなかつた。事件の概要を述べると、被告は家屋を新築したが、その一部は原告の家屋の上部に突出して、これと重なり合つたため、被告の家屋から落下する雨水は、原告の屋上に注がれたが、裁判所は、上述のローマ法の格言を引用し、且つ被告は、原告の家屋の一部の上におおいかかるような工作物を設けたことによつて、原告から空気 (air) を奪い且また原告らが、その家屋を高くすることを妨げたものと認められた。

次の判例は *Pickering v. Rudd*, (1815) 4 Camp. 219; 1 Stark. 56; 16 R. R. 777. である。これは不動産不法侵入 (*trespass quare clausum fregit*) の訴でもつて、被告はその所有家屋に板を釘付けにしたところ、その板が障壁から原告の庭園に数インチ突き出したことと、被害が原告の *virginia creeper* (蔓草の一種) を切り取つたということとを理由として、トレスパスを犯したものととして訴えられた。原告の弁護士は、上述のローマ法諺を引用して、空域 (air space) の所有権を主張した。曰く『庭園の土壌の上方の空間は、恰も下方の鉱物と同様に、原告の所有に属する。法の見地からは、これらの何れかを犯かすならば、それは囲壁を破つたこと (a breaking of the close) となる。』と。ところが裁判長の *Ellenborough* 卿は、右の主張を斥けて、被告を勝訴せしめた。その判文を引用すると次の如くである。

『余は囲壁の上方にある空域 (column of air) を侵害するトレスパスが成立するとは思われない。余は嘗て巡廻裁判所で次のような事件を処理したことがある。広場の外からその場内の土壌に必ず命中するように場内に向けて発砲した男を、囲壁を破つて場内に侵入した罪責ありとしたことがある。巡廻裁判に余と同行した有識の誉の高い某判事は、最初この判決に対して疑問をいだいたが、しかし余は、彼は後に至つて、この判決を是認したものと信じてい

る。なおこの判決を示された人々も一樣に是認しているものと信じている。然しながら余は、無人の広場を越えて発砲ただけで、広場の何処へも触れていない場合には、不動産不法侵入になるなどは決して思考しない。なる筈がない。もし、原告の庭園の上へ、はみ出している板がトレスパスを形成するとしたら、軽気球旅行者が、その旅行の途上でその上空を通過した下土地の所有者から、不動産不法侵入の責任を問われることになるであろう。訴が支持されるか否かは、上空を侵犯されている時間の長短によつて定められるのではない。もしも囲壁を越えて垂れ下つている物によつて損害を受けたならば、場合訴訟 (action on the case)^⑤によつて救済を受けうる。本件では評決は、樹木伐採についての附加された新しい申立について定められる』と。

この判決の結論は、このような事情の下ではトレスパスは生じえない。併し若しも空間を侵害した物体が、実害を生ぜしめたならば、恐くはニューサンスとして、場合訴訟による救済が認められるということになる。この事件では審理の結果、被告の設置した板は、原告の土地上に突出してはいなかつたことが判明したのであつて、判事の説述は実は傍論 (obiter) であつたのである。

この事件は Campbell's report と Starkie's report との両者によつて、リポートされているが、後者によると、裁判長は次の如く述べたと報ぜられている。

『余は、空地に向つて発射する行為がトレスパスになりうるということは聞いたことがない。もし何かの不都合が生ぜしめられたことが証明されたとしたら、疑もなく、訴求は認められるであろう。しかし場合訴訟は適当な形式でないといえるかどうかは疑問である。他人の土地の上空を軽気球で通過したら、トレスパスになるだろうか？』と。

下土地に不都合も損害も加えないで、單純に上空を無害飛行することは、トレスパスにもニューサンスにもならな

いとす傍論が、本稿に関係があるのである。

以上のほかに、他人の土地の上方に、構築物を突出させたために、問題となつた事件が一八〇〇年代に二件ある。一件は *Fay v. Prentice* (1845) 14 L. J. C. P. 298 であり他の一件は *Corbett v. Hill* (1870) L. R. 9 Eq. 671 である。

前者は、他人の土地の上部に突出して蛇腹 (cornice) を設けたので、その蛇腹から雨水が、その他人の土地に注がれることになつた事件である。コンモン・ブリ裁判所は、雨水の注入があろうとなかろうと、突出した構築物が存在するという事だけで、ニューサンスになるのであり、このような場合には、法は損害の生じたことを推定すると判示している。この際 *Colman* 判事と *Maulle* 判事とは、例の「天心に及ぶ」との法諺に註釈を加えて、次のようにいつている。前者は、この法諺は、単純な推定にすぎないと見ており、後者は、これはあらゆる場合に存在するよるな法律上の推定では決してなく、この格言の当てはまらない多くの事例があるとしてゐる。

Corbett v. Hill 事件というのは、原告は隣接した二軒の家屋を所有していたが、そのうちの二軒を被告に譲渡した。被告が再築するためにその家屋を壊しているうちに、原告所有家屋の二階部屋が、被告の家屋の中へ突き出て被告の家屋によつて支えられていることが分つた。被告はこの突き出ている原告の部屋の屋上に掩いかかるような構造の再築をしようとしたので、原告はその禁止命令を申請して次のようにいつた。原告は、その所有する突き出ている部屋の上空域は、天心に到るまでこれを所有していると。しかし原告は敗訴した。その理由は、原告がこの突き出ている部屋について所有しているものの全部は、上はその部屋の天井から下は床までにすぎないのであつて、その部分を除いた他の部分は、総て被告の所有に属しており、部屋の上方の空域もまた然りであるというにある。そして

副大法官の W. M. James 卿は、傍論として、通常の法原則によると、土地の所有者は、その地表の上下の天心地軸の間に在るあらゆるものの所有者である。しかし疑もなく、かような法の原則的な推定は、屢々覆えされる。殊に都会地における財産については、そうであるといつてゐる。

原告が敗訴した理由は、原告は被告に、原告所有の部屋が突出している空域の部分だけは除いて、土地の上空域全部を、土地と共に譲渡したという点に求められている。

工作物の突出に関する最近の判例には Gifford v. Dent [1926] W. N. 336; 71 S. J. 83 がある。この事件では原告も被告も共に賃借人である。原告の方は、建物の一階と、舗道と一階の壁との間の言わば前庭といった土地の地下に突出している地階の賃借人であり、被告はこの建物の二階の賃借人である。被告は自己の家屋の壁に高さ二〇呎、原告の前庭上に突出すること四呎八寸の電飾付き看板を設置した。原告は禁止命令とトRESPAS による損害賠償とを請求した。原告が勝訴したが、その理由の一つは次の如くである。

地下室の上方にある前庭の賃借人たる原告は、前庭の上空域については、天心に至るまで、賃借人であるから、看板設置による突出は、明かに原告の財産に対するトRESPAS であるというにある。

被告の弁護士が、被告は窓から顔を出す権利がある筈だと主張したのに対して、判事は、そのとおりであるが、それは賃借権の行使に必然的に伴う行為であるからだといつてゐる。この空域の合理的使用はトRESPAS にならぬとした譲歩は、注意しておく必要がある。窓から顔を出すといった短時間の侵害であるという時間の短かさが、その侵害を無害なものとするのでなく、その事の合理性によつて侵害の存否は決せられるのである。

(4) Schawcross and Beaumont, op. cit. [446] p. 414 以下。コーク卿の註釈書の後に続いて出た注目すべき同時代の判

例は、Baten's case と Penruddock's case (1598), 3 Co. Rep. 205 との二判決である。後者にあつては、被告の建物が原告の土地の上に突出して、ために雨水が原告の土地の上に注がれたが、裁判所は、原告は、ニューサンスの成立要件を立証したと判決した。

Mc Nair, op. cit. p. 296 とよる「天心に到る」というローマ法諺を引用した最初の判例は採光権が問題になつた Bury v. Pope, 1586, Cro. Eliz. 118 だといふ。

(g) Action on the case の場合は Anglo-American Law Dictionary (Yuhikaku) p. 10 参照。イギリス法の誕生期には、令状の制度が厳格で、それぞれ特定の侵害に応じた令状があり、それによつて提起される特定の訴訟形式が存した。従つて侵害があつても、これに応じた令状がなければ、救済を受けえられなかつた。場合訴訟はこの救済手段の硬化を緩和するために認められるに至つた訴訟形式の一つである。そのうち最も主要なものは Trespass on the case (Yuhikaku, op. cit. p. 472) であつて、これは暴力によらないで損害を被つた者または暴力行為の間接の結果として損害を被つた者が損害賠償を請求するに用いられた訴訟形式である。

(3) 垂れ下つた樹枝 竹木の枝が土地の境界線を越えても(むが民法上) Trespass にはならない (Per Kay L. J. in Lemmon v. Webb [1894] 3 Ch. at p. 24)。しかしニューサンスにはなる。但し実際に損害が生じたといふことを証明しなくてはニューサンスの訴は提起できない (Smith v. Giddy [1904] 2 K. B. 448)。

(4) 動物による Trespass 被告所有の馬が、原告所有の馬を、両者所有の土地の境界をなしている鉄柵を越えて蹴り且つこれに喰いついた事件がある。Ellis v. Loftus Iron Co. (1874) 10 C. P. 10 がこれである。被告は、過失による、または無過失の Trespass を犯したものとされた。

裁判長 Coleridge 卿は、『被告の馬体の或る部分は境界線を越えたといふことは明瞭であると自分には思われる。それは極めて軽微な Trespass であるかも知れないが、法律上は Trespass である。』といつた。また Keating 判事はいつている。『認定せられたところによると馬は柵を越えて他の馬を蹴り且つ噛みついたのである。といふことは

どういふことになるかという、馬の口と脚とが柵を越えて原告の土地に侵入したということである。そして余の意見によれば、それは法律上トレスパスになる。』と。そして Denman 判事はこの事件の審理に當つて、上述のローマ法諺を引用している。

(5) 電線と下土地所有者の権利 電信・電話の登場によつて、航空の自由と土地所有権との問題と相似た問題が生じることになつた。一方には天心に及ぶとされている神聖なる土地所有権があり、他方には公共の利益のための空域使用の要求がある。航空と電線の架設とは、同じく空域を使用するにしても、その容態が異なるが、しかし電信・電話線に関する普通法上の原則は、航空と土地所有権の問題にとつても興味深いものである。英国の特別立法およびそれに関する判例も、ともに土地の所有者はその上空域をも所有し、少くとも電線の通される位の高さまでの空域は、これを所有しているという原則を、堅持している。^⑥

Wandsworth Board of Works v. United Telephone Co. (1884) 13 Q. B. D. 904 事件^⑦ 判事 Fry 卿は、土地の通常の所有者は、その土地 (Freehold 自由保有権地) の上空にある電線は、如何なる高さにあろうとも、これを切断しまたは移動せしめることができるものと信ずるといい、また判事 Bowen 卿は、例のローマ法諺の復元に好意を見せて、土地の所有者は、その上にあるあらゆるものを所有し、または如何なる場合でも、その土地の上方に設置されるあらゆるものに対して反対する権利を有するといつてゐる。

(6) Mc Nair, op. cit. p. 22. 田岡・上掲一六頁は「電線を架設する場合に下の土地の所有者の一々許可を求めなければならぬ」とあるいは地上権を設定しなければならぬということになつたら大へんなことである。そこで公益事業を優先させるために、すなわち電線の架設を可能ならしめるために、フランスにおいては法律が幾つもできております。一八八五年の電信電話線に関

する法律、一九〇六年の、これもまた電線であります、動力線に関する法律ができております。これらの法律ができるまでは、ずいぶん法廷で、土地の所有者と電信電話会社の間の争いがあつて、結局こういふ法律が制定されるようになったのでございませう。」といわれている。

わが公益事業令第七四條ないし第七八條は、電線架設のための公共用の土地の使用、土地の立入、植物の伐採、損失の補償について定めてゐる。私有地の上空域に電線を架設するには、下土地所有者の同意を之且つ適当な損失補償をなすべきものと考えらる。所有者が不当に架設を拒めば、権利の濫用となるであらう。

わが大審院判決昭和九年二月二〇日新聞三八〇八号七頁は、高圧送電線の架設について、送電線の送路が如何に土地の小部分であつても、また電線が如何に高所にあつても、さらにその工事が法令に準拠して完全になされていても、断線等の事故によつて地上にある人畜に損害を及ぼすことがないとはいえないから、土地所有者がその土地に立入る際、身体の危険を感じるのは当然であるとしている。

次に東京地判昭和三年二月二六日下級裁判集八卷一、二、四九〇頁によると、Y（東京電力株式会社）はX等の所有する土地家屋の上を通過する六万ボルト高圧送電線架設工事中、X等は右工事が完成し送電が開始されると、(イ)雨天の際の電線のうなりになやまさされ、(ロ)断線または漏電により日常生活の危険にさらされることになるが、これはX等の土地家屋の所有権の侵害であるとして、右工事禁止の仮処分を申請したが、裁判所は、(イ)についてはX等において受忍し難い程のうなりが出るとの証拠はないとし、(ロ)についてもX等主張のような危険は今日の工法によればまずないと認められるとする。もつとも危険発生の際には絶無とはいえないのであるが、本件が電力供給という公共的の事業であることを考えると、ある限局された条件の下で若干の危険が発生する可能性があるからといつて、直ちにX等の権利が侵害ないし、その危険にさらされるというものではないとして、申請を却下している（川上泉・「音響・震動・煤煙その他による生活の妨害と裁判所」法律時報三二卷三九頁以下一三一—四頁参照）。

(6) 他人の土地を越えての発砲 Clifton v. Viscount Bury (1887), 4 T. L. R. 8 事件が、この表題に合する判例である。被告は原告所有の土地を、弾丸が横切つて通るような仕方では射撃の練習をしてゐた。被告が、一、〇〇〇ヤードの射程で発射するときは、弾丸は原告の農地上を七五フィートの高さで飛び越えるのが通常であり、しかも未

だ嘗て弾丸が原告の農場に落下したことはなかつた。しかし射撃は、危険を伴わないものではなく、また原告に、尤もな危惧をいだかせ、それによつて、農場のその部分を占有することによつて原告が従前享受することをえた権利はそれだけ減少せしめられたので、原告は訴を起こして禁止命令と損害賠償とを求めたが、これを求めるに足る法律上認められる苦情 (Legal grievance) を有するものであると判示された。

Hawkins 判事がいうには『一、〇〇〇ヤードの射程が使用せられたときは、弾丸が原告の土地上を横切つたという申立については、原告はその訴求原因としては、厳格な文言上の意義とおりのトレスパスがあると主張しているのではなく、このような弾丸の発射は、事情によつては原告に訴権を生ぜしめるものであると主張しているのである。』と。本件で、以上のような弾丸の発射は、ニューサンズにはなりうるが、トレスパスにはならないことが明かにされた。これを明かにするに当つて、右の判事は、上述した Pickering v. Rudd 事件を引用している。

(7) アメリカの一判例 以上はヨーク卿よりこの方に至る土地所有権の範囲に関する英国普通法の概観であるが、アメリカの初期の判例を掲げておくことも、参考になると思う。その判例は Guille v. Swan (1822) New York Supreme Court, 19 Johns (N. Y.) 381 : (1928) U. S. Av. R 53 事件である。気球乗りが原告の土地へ不時着陸をしたところ群衆が押しかけて来て、その土地に侵入 (Trespass) し、損害を生ぜしめた。被告たる気球乗りは、トレスパスの責任があると判示された。そして今日では、英国でもこの判例が採用されているといつてよい。Spencer 裁判長は次のようにいつている。『余は気球に乗ることが不法な行為であるなどといおうとは思つていない。蓋しそれは不法行為ではないのだから。併し気球乗りは、気球を水平的に動かす力を有していなかつたことは確かである。彼は風の吹くままに翻弄せられていたのであつて、何とかして降下できるときに降下すべきであつたのだ。彼の地上へ

の到達は一種の冒險 (Tazard) であつたのだ。彼は下方にある原告の土地へ降下したのである。そこでトレスパスの責任を負わねばならぬ』と。

(7) Schwarcross and Beaumont, op. cit. [446] pp. 415—416; Mc Nair, op. cit. p. 29 note 48.

(8) 上空の通過とトレスパス 上に紹介したとの判例からも、単に上空を航空したり、弾丸を飛ばせたりしただけでは、トレスパスは成立しないことが分かる。下土地と下土地上の工作物の利用享受を妨げない高度で飛び、また騒音や悪臭で下土地の所有者を悩まさないようにして飛び且つ下土地またはその地上の工作物に接触しない限りは、トレスパスは成立しえない。

(9) Mc Nair, op. cit. p. 29.

五 空気および空域の侵害 (1) 総説 空気および空域の利用ということについて、英国普通法はどのような法原則を發展せしめているかを見ておくことは、航空の自由の問題にとつて必要なことである。航空が他人の通風採光の権利を妨げることになるか否かという問題も起りうるからである。

(6) 以下の敘述は Mc Nair, op. cit. pp. 35 et seq. に主として拠つた。

(2) 通風権 英国法によれば、古い二つの判例を除いて、一般的の通風権といつたものは、時効によつてもまた設定契約 (Grant) によつても、えられないことになつてゐる。

隣地に高い建物が出来たので、風通しが悪くなつたとか、風車が廻らなくなつたとか、煙突の通しが悪くなつたとかの苦情が持ち出されたが、裁判所はこれを取り上げていない。裁判所は、或いは英国法は通風を妨げないことを要求する権利など認めていないし、またこのような権利を認めることは危険であるといふ (Webb v. Bird (1861) 30

L. J. C. P. 384) 或いは、隣地の一定せられていない地表を越えて一般的の通風をすることを妨害せられない権利などというものは時効によつては取得できない。蓋し人は他人がそれを使用することを妨げることのできないものを使用することによつて、その他人に対して、これを使用することを妨げないように要求する権利を取得することはできないということは常識だからであるといつてゐる (Bryant v. Lefever (1879) 4 C. P. D. 172)。

右に述べたように、他人の一般地表上を通つてくる (general unlimited surface) 自然の風を妨げてはならぬと請求する権利は、時効によつて、取得することはできないが、窓を設けるとか管を埋設するとかといった特定の工作物を通して通風をえていた場合には、時効による通風権の獲得も可能である (Bryant v. Lefever, supra; Dent v. Auction Mart Co. (1866) L. R. 2 Eq. p. 252; Hall v. Lichfield Brewery Co., (1880) 49 L. J. Ch. 655, 43 L. J. (N. S.) 380; Bass v. Gregory (1890) 25 Q. B. D. 481)。

(3) 採光権 航空の自由との関係で問題となりうる採光権は、上空から垂直に入つてくる光線であるが、判例上問題となつてゐる光線は横から水平に入つてくるものについてである。土地の上空から垂直に降り浴ぐ光線は、時効取得したものでもなく、授与されたものでもなく天然自然の財宝である。On Easements 12th ed., 1950 の著者 Gale 氏は、この採光権は例の「天心に到る」という法諺に基くものであるとしている。もし隣人が、その土地上に工作物を設置して、この垂直光線の享受を妨げたとしたら、トレスパスまたはニューサンスの問題となる。

同様にヘリコプターで上空を旋回し、または気球を繫留して、下土地への垂直光線を妨害したならば、それはニューサンスとして訴えられる虞がある。^①

(1) Mc Nair, op. cit. p. 38.

(4) 秘密保持の利益と航空の自由 秘密保持の権利をそれ自体として認めた判例はない。建物の高さを増したことによつて通風採光が妨げられたという苦情を持ち出した *Johnston v. Wyatt* (1863), 33 L. J. Ch. p. 398 事件で *Turner* 裁判長は次のようにいつている。『家屋の窓は上から眺め下ろされることとなり、それだけその家の秘密保持が害されるであろう。そして計画せられている建設により家の価値も下落するであろう、併しそれは恐くはわれわれのどうすることもできぬ問題である。』と。また *Tapling v. Jones* (1865) 11 H. L. C. p. 305 で *Westbury* 大法官は『窓を設けて他人の秘密を犯すこと、それに対しては、これを不法行為として普通法上の救済を与えることはできない。』といつている。だが *Browne v. Flower* [911] 1 Ch. 219 事件では、*Parker* 判事は秘密保持権を認める方向に傾いている。この事件で、原告は、階段を設けることに反対し、もし設けられると階段の上り下りの度に自分の寝室を直接に眺められることになり、秘密保持の権利を犯されることになる主張した。*Parker* 判事は、原告は秘密保持の減少か、或いは秘密保持を確保するためカーテンを設けて、光線の減少に遭うかの何れかである。しかしわが法は眺望または秘密保持の地役権を認めていないし、原告の採光権は害されていないし、問題の階段設置で、何らかの地役権が害せられたということも困難であるといつている。

秘密保持の権利は、地役権としては取得できないが捺印契約 (covenant) によつて取得することは可能である (*Manners v. Johnson* (1875) 1 Ch. D. 673)。*Holl* 副大法官は曰く『秘密保持に関する捺印契約といった(典型的契約)は存在しないといわれている。併し秘密は犯されうる性質のものであり、秘密を犯すような行為をしてはならないと約する捺印契約はあるのであつて、そのような行為をすることは秘密の侵害を生ぜしめ、従つて損害と権利侵害とが発生し、これに関する救済が与えられねばならぬこととなる。』と (*Manners v. Johnson* (1875) 1 Ch. D.

at p. 681)。秘密は法の保護に価する利益であり、秘密保持の権利が一度び法的に獲得されたならば、法はこれを保護するであろうことを示したものである。

秘密の保持を、法が保護した他の事例は *Hickman v. Maisey* [1900] 1 Q. B. 752 事件である。これは競馬馬の練習場をソット探つたこと (tracing-out) がトレスパスになるとされた事件である。被告は原告の競馬馬の練習を監視しこれを記録するために、一時間半の長きに亙つて公道 (highway) 上を、あちこちと歩き廻つたのであるが、それは公道の通常にして相当な使用を越えたものとせられたのである。そしてこの公道になつてゐる土地は原告の所有に属してゐた。

判事 A. L. Smith 卿は、被告の弁護士は、公道を歩行した意図の如何によつて、その使用が適法か否かを定めるのは不都合だといつてゐるが、この問題の決定には、被告の意図および目的が何よりも大切だといつてゐる。そして判事 Romer 卿は、『本件において被告のやつた行為は、原告が、隣接地を使用して競馬馬の訓練と練習とをすることにより、その近隣地上に有してゐる所有権の正当な行使をすることを妨げたことになると思う。もしも被告のやつたことが、原告の所有してゐる地上で行われたのでなければ、原告は苦情を述べべき法律上の権利を有しなかつたであろうことは、疑がない。』といつてゐる。秘密を探つたというだけでは、トレスパスにはならないのである。併し人の秘密は尊重されねばならぬ。大法官 Cowper 卿は、*Cherrington v. Abney* (1709) 2 Vern, 646 づ “privacy is valuable.” とつてゐる。

航空に托して人の秘密を探る(例えば写真撮影)ことは、許さるべきではないと思う。

六 公共の利益による土地所有権の制限 お互いが生活上の便宜を享受するに必要な限り、所有地上空の無害飛行

は認めねばならない。O. W. Holmes 判事もいつているとおり、法の生命は、論理でなくて、実生活における必要である。

空気の所有または空域の使用に関する判事の見解を述べなくてはならなくなつたとき、英国の判事の何びとと雖もそのなす判決が、航空および航空の発達に影響を齎すことを、考慮しない者はあるまい。

直接に空域に関する問題についてはないが次に紹介する判例は、英国普通法が健全な常識の表現たることの好例である。

Embrey v. Owen (1851) 20 L. J. Ex. 212 がこれであつて、その中における Parke 卿の言葉は、玩味に値するものである。事件は水路の附替によつて生じた損害をニューサンスだとして賠償を求めたものであるが、自然力の合理的使用について、Parke 卿は次のようにいつている。

『水に対してと』同じ法則は、空気や光に対する権利に関しても適用せられるであらう。これらのものは天が人類の共通の利益のために授与したものだ。或る人によつてなされている相当な使用が、同じく相当に使用している他人に現実の判然と分かる損害を与えていない限り、如何なる訴求もなしえない。人が住宅に住んで、その中で家事の目的で燃料を消費すれば、或る程度、空気の自然のままの清純はそこなわれる。他人の家在近所に家を建てたり木を植えたりすれば、他人が享受している光線の品質を幾何かは、悪くしないわけにゆくまい。併しこのような些少な邪魔は訴権を生ぜしめることにはならない。蓋し、それらの邪魔は、万人による共通の享受に必然的に伴う結果たるにすぎないからである。』と。^⑩

土地所有権者の上空域支配権は、右のような公共の利益の観点からも、制限を受ける。

- (11) O. W. Holmes, *The Common Law*, p. 1.
- (12) わが大審院判決大正八年三月三日民録二五輯三五六頁も次のようにいつている。
『凡そ社会的共同生活を為す者の間に於ては、一人の行為が他人に不利益を及すことあるは免るべからざる所に於て、此場合に於て常に権利の侵害あるものと為すべからず。其他人は共同生活の必要上之を認容せざるべからざるなり。然れども、其行為が社会観念上被害者に於て認容すべからざるものと一般に認めらるる程度を越えたるときは、権利行使の適当なる範囲にあるものと云うことを得ざるを以て、不法行為と為るものと解するを相当とす。』と。これは権利濫用の法理を述べたものであるが、本文中で紹介した英国判例と基本思想を等しくするものである。
- 権利濫用理論において、わが判例が重視している一つの点は、被害者側の事情と加害者側の事情の比較考量ということである。すなわち加害者のなした(またはなしつつある)当該行為の効用(加害者自身が受ける利益のみならず社会一般が受ける便益ないし恩恵)と被害の重大さとの比較考量である(川上泉氏法律時報三二卷二号一五頁参照)。英米法のニューサンスに於ては、加害行為が公共の利益になることをもつて、抗弁となすことをえない(Salmond, *On Torts*, 1957, pp. 186-7)。但し被告の行為の不当性を判定するに当つては、その有用性(社会的必要性)は勿論考慮される(田中和夫博士・法律時報三二卷三号二九頁)。

六 航空と土地所有権

(一) 航空とトレスパスに関する近時の学説

- (1) Sir Frederick Pollock, *Law of Torts*, 15th ed. (1951), by P. A. Landon, pp. 262—263 を紹介しよう。
『普通法によると、通常の建物と同じような高度で他人の土地の上空を飛行することはトレスパスになることは明かであり、高空を飛んだとしても、同じ空をうろつき廻れば、下土地の所有者に対して、ニューサンスが成立するであらう。』といつてゐる。

- (2) Sir John Salmond, *Law of Torts*, 11th ed. (1953) p. 233 を紹介する。

サルモンド卿は、地表に対するトレスパスを論ずるに當つて、例のローマ法諺を引用して、次のようにいつている。『土地の所有者は、他のあらゆる人々を排して、自己自身の目的のために、その土地を利用する権利を有し、その範圍においては彼の権利は土地上の空域にまで無限に及ぶことは間違いない。』と。そして土地の所有者はその土地の上に垂れ下がっている隣人の竹木の枝を切り取つてもよいし、またその土地の上空を通つて張られた電線を切つてもよいのであつて、それらが彼に損害または不便を与えたと否とを問わないとしている。

そして土地の上空に侵入することについては、土地に有形的な接触を生ぜしめない侵入は、トレスパスにならないとしてゐる。

Stallbrass 博士は、この見解と異り、他人の所有地上の空域を直接に侵害 (direct infringement) すればトレスパスとなつた方が、法原則と調和すると主張している。サルモンドの著書の一九五三年版の編者 R. F. V. Heuston 氏はこの見解を支持している。

(3) Jenks, Digest of English Civil Law, 4th ed., 2 vols., 1947 § 799 には次のように述べられてゐる。

『地表下の土壌または鉱物の占有を犯したり地表上の空域の占有を犯したりすると、トレスパスの訴が起されることになる。併しトレスパスの訴を起すについては、空域の侵害を問題とする場合には、制限を受けるように思われる。蓋し原告の空域に対する支配は限定されているからである。』と。

(4) Shawcross and Beaumont, op. cit. p. 416 には次のような説述がある。

土地の上空を単に飛行しただけでは、普通法上は、トレスパスにはならない。しかし土地の所有者は、その措置が通常の航空を妨害しないものである限り、その上空域を航空機が飛ぶことを妨げるために、任意の手段をとることが

できる。併しこれには例外がある。それは土地の所有者が相当期間に互つて、航空機がその上空を飛ぶことを認容して来ているときは、航空機のために、平常飛んでいる高度を以て飛行する公権または私権を与えたものとせられることがあることである。

単に航空機を土地の上空に繫留しておくだけ（例えば気球の繫留）では、その土地に対するトレスパスにはならない。しかし土地または土地の定着物に、航空機が接触するか、また航空機から何か落下したならば、普通法上のトレスパスになる。

(5) 要約 上掲の学説を要約してみると、土地所有権の享受を妨げない高度を以て、土地の上空を飛行するだけでは、土地に対するトレスパスにはならないことになる。

二 航空とトレスパスに関する判例 (1) 総説 航空と土地所有権との問題は、航空と土地に対するトレスパスまたはニューサンスの問題となつて顧われてくる。英国には直接に依拠すべき判例がなく、類似判例から推断するより仕方がないが、アメリカには注目すべき判例がある。それによると土地の所有者は、その土地自体の利益を充分に且つ完全に享受 (enjoyment) するのに必要な高さまでは、その地上空域を所有するものと見做される。その空域を犯せばトレスパスが成立する。Shawcross and Beaumont, op. cit. [447] note (b) は恐らくは民間航空局 (the Civil Aeronautics Authority) の規定してゐる航空許容の最低高度^①に至るまでは土地の所有権が及ぶものとしてゐるのであつて、この高度以下の飛行はトレスパスを形成することになるといつてゐる。

(1) Anne Mathes and Theodore Mattern, Manual of aviation law, 1952 p. 41 以下と Civil Air Regulations 45.04 以下を参照せよ。

離陸または着陸のため必要な場合を除いて航空機は、動力喪失 (power failure) の事故の際に、地表にある人または財産に不当な危険 (Hazard) を及ぼすことなくしては不時着するをえないような高度以下において、何れの場所たるかを問わず、これを操縦してはならない。

離陸または着陸のため必要な場合を除いて航空機は、市、町、村のような人口の密集した地帯の上空にあつては、その航空機を中心とする半径二、〇〇〇呎以内にある最も高い障害物より一、〇〇〇呎以下の高度で飛ぶことは許されず、且つまた他の人口密集地帯の上空は五〇〇呎以下の高度で飛んではならない。公開された水面 (open water) 上空または人口稀薄な地帯の上空を飛行する航空機は、人、舟、車または工作物に、五〇〇呎以下の距離に近付いて操縦してはならない。

Riese, *a. a. O. S. 254* は、一九三八年の Civil Aeronautics Act 及び Civil Aeronautics Authority に飛行規則を定める権限を与えており、民間飛行局は、高度の最低限を次のように定めるといつている。すなわち運送用航空機にあつては、昼間は五〇〇呎、夜間は一〇〇〇呎であり、その他の種類のものにあつては三〇〇呎乃至一〇〇〇呎である。だから最低限度は、ただの約九〇米にまでになりうると。

なおわが国では最低安全高度および巡航高度は運輸省令で定められる (航空法第八一条第八二条参照)。

土地の所有者の支配しうる上空域の範囲について *Hinman v. Pacific Air Transport* [1936] U. S. Av. R. 1 は土地所有者はその上空域について、土地の現実の使用 (潜在的の使用でなく) に必要であると合理的に考えられる (reasonably incident) 部分に限り排他的権利を有するといつている。

(2) アメリカの判例 典型的な判例として多数の著書で引用せられつゝるのは *Causby v. The United States* (1945), U. S. Av. R. 1; (1946), U. S. Av. R. 236; (1947), U. S. Av. R. 168 である。

右の事件は、原告所有の農場の近隣にある飛行場から軍用機 (service aircraft) が、頻繁に農場の上空に飛んでくるために養鶏事業を営むことが困難になつたので、その損害賠償をアメリカ合衆国に求めた事件である。原告はこの頻繁な飛行は、財産権の占有を奪取したものである (taking of a right in property) だと主張してゐるのであるが、このような主張をしたのは合衆国政府に対して請求権を有する者が満足をえられるような有効な手段を設けることを目的

として設立された請求裁判所 (Count of Claims) へ訴を提起したからである。この裁判所では、政府に不法行為 (tort) の責任があるといつたのでは訴を受け付けられない真があるので、飛行は暗々裡の占有侵奪 (implied taking) を生じ、従つて補償を受けうべきものであるとの構成をとつたのである。訴の実質は tort の訴であつて、かような訴訟技術によつてその本質が変更されたものと見るべきではない。

それで原告は、上述したように、養鶏を営業とすることが不可能となつたとして、その損害の賠償を請求したところ、裁判所は原告の主張を認め、下土地の使用および利益享受 (use and enjoyment) の妨害は、上空域に対して土地所有者の有するところの役権 (easement) を奪取したものであるとしたのであつて、この判決は土地所有者は、その土地自体の充分にして且つ完全なる利益享受に必要な上空域を所有するものであるとしたものと解せられている。また裁判所の見解によれば、現実になされた低空飛行は、それが私人がなしたのであつたとしたら、トレスパスを理由とする損害賠償をも求めうるものであつたとしている。^③

なおトレスパスの成立を認めた次の判例も参考とするに足る。

Rochester Gas and Electric Corporation v. Dunlop [1933] U. S. Av. R. 511 がこれである。本件は、被告の航空機が暗中の不時着に際して原告の塔を破壊したので、トレスパスと過失とを理由として訴えられた事件である。裁判所は、土地所有権は天心に到るとの法諺は、もはや現実に行われていない法ではないとし、さらに進んで『土地の所有者が、その地上に工作物を築造するに必要な上空域について排他的の権利を有することを制限するような法は独裁的警察国家 (sovereign police power) においてでもない限り、存しないし、また作られないだろうことは明らかである。そこで本件についていえば、航空機がこの塔の尖端に接触した場合における関係当事者の権利と責任とは、

もし航空機が下方の土地に触れたとしたら生ずるものと全く同一である。』として、被告にトレスパスの責任を認めた。⁽⁴⁾

(2) *Mc Nair*, op. cit. p. 74; *Shawcross and Beaumont*, op. cit. [447] note (b); *Riese*, a.a.O.S.S. 254—255.

Causby v. United States 事件を引用しながら *Riese*, a.a.O.S. 255 は次のように説く。最低高度（前掲註(1)参照）を超えた空域は恰も公道と同じようた、航空のための解放せられているが、これに反して、この最低高度に到るまでは、土地所有者の無制限な所有権の中に留保されている。すなわちこの空域の飛行は、アメリカ憲法第五条により、部分的な所有権の没収におけると同様に、所有権の侵害を理由とする損害賠償の請求を可能にする。二人の判事は反対意見を表明した。曰く空域は完全な解放なされている。従つて土地の上空を飛行することは、不法行為があつた場合に、せいぜい損害賠償の請求を生ぜしめうるに止まる。——他面、低空飛行をしたときは、これにより近隣人が実際に迷惑を被つたなら、トレスパスおよびニースンズがあるものとして、あらゆる禁止命令を求めることがあるものと見て、その低空飛行が、仮令、飛行場への離着陸のためであると同様である。

Riese, a.a.O.S. 255 Ann. 13aでは、アリゾナ最高裁判所の一九四八年六月十九日の判決を引用し、同判決は「航空は奨励せねばならないが、しかしそれは他人の私権 (Civil right) を侵すことによつて行われてはならぬ。」とつう注意すべき言葉を以て結ばれている。このような考え方はヌースンズ法における支配的であると見ている。

(3) 航空の自由と土地所有権の問題については *Mc Nair*, op. cit. p. 74 の掲げる参考文献は次の如くである。Wilberforce, 35 *Grotius Society Transactions* (1949), at pp. 74—80; Richardson, 31 *Canadian Bar Review* (1953) 117; Clement L. Bouvé, "Private Ownership of Air Space" (1930), 1 *Air Law Review*, pp. 232—57, 376—400; E. C. Sweeney in 3 *Journal of Air Law*, 329—73, 531—625; E. D. Fagee, Jr., "Air Space Ownership and the Right of Flight," *ibid.*, 400—10; Emery H. Niles, "The Present Status of the Ownership of Air Space" (1934), 5 *Air Law Review*.

(4) *Mc Nair*, p. 72 及びその事案に関する大種々参照するところ。Columbia Law Review, Vol. XXXIII (1933), pp. 1459—61; Bohlen "Aviation under the Common Law" in *Harvard Law Review*, Vol. XLVIII (1934—35), pp. 216—37; Niles, "The Present Status of the Ownership of Air Space," in *Air Law Review*, Vol. V (1934), pp. 132—56.

at p. 153; *Harvard Law Review*, Vol. XLVII (1933—34), pp. 345—46.

(3) 英国判例 上記の題目に直接に触れた判例はない。そこで *Shawcross and Beaumont, op. cit.* [47] note (c) は、類似の判例を通して、法のあり方を推測するよりほか仕方がないとしている。その推測の拠点となるものとして例示している判例は *Crump. v. Lambert* (1867), L. R. 3 Eq. 409 である。これは他人の土地へ煙を吹き送った事件で、ニューサンスの法理に基づいて決せられたものであるが、*Romilly* 記録長官 (M. R.) は次のようにいつている。

『それが煙であろうが、臭気であろうが、蒸気または水であろうが、その他のガスまたは流動物であろうが、その間に差異はないように思う。これらの総ての場合を通じて大切な点は、それらの齎す苦惱が〔下土地の所有者の〕通常の快適さに、実質上の障害を与えるものであるか否かにある。』と。

上空に煙を送ることは、ニューサンスにしかなりえないのであるから、単に上空を飛ぶだけで、地表、地表上の工作物に接触しない航空では、ニューサンスは生じえても、トレスパスは成立しないものと解される。

(三) 航空とニューサンスに関する判例 (1) 総説 トレスパスは、土地に対する直接的なまた有形的な妨害がなくては成立しないので、土地の上空を飛行しただけでは、原則として成立しないが、ニューサンスの方は、実害の発生したことを成立要件とはするが、土地に対する直接的有形的の侵害を必要としないので、航空と土地所有権の侵害の問題については、最も重要な法原則である。

航空の発達は近代の産物であるから、長い歴史を有する英国普通法の中にも、航空とニューサンスに関する判例は極めて稀であつて、却てアメリカの判例の中にこれを見出すのである。英国普通法については、上に述べて来た諸判

例を綜合し歸納し且つさらにこれを航空とニューサンスの問題について續釋して、解決の指針を見出さねばならぬ。

航空とニューサンスの問題を考究するに當つては、問題を二つに分けた方が理解し易い。すなわち(1)航空機が、土地の上空に単に存在しているだけで(例えば氣球、ヘリコプター)土地の所有者は、航空機の所有者または航空機についての責任者に対する、救済手段を獲得しうるかという問題と、(2)他人の所有地の上空を飛行したらニューサンスになるか、もしなるとすればその条件はどうであるかという問題の二つである。

(3) 航空機の上空存在とニューサンス 上に分類した第一問について考えて見よう。上に見て来た判例によると、樹枝とか建築物の一種たる蛇腹とかが、他人の土地上に突出しているときは、それによつて実害が発生したならば、ニューサンスとなる。そして蛇腹から雨水が土地上に落下した場合には、当然に実害があつたものと推定されている。そうすると、例えばヘリコプターで低空をうろつき廻つたので、地上の動物がこれに驚いて傷付いたとか或いはヘリコプターで地上の人の行動を偵察してその秘密を犯すとかしたならば、ニューサンスを構成するものといひうる。

アメリカには航空機の爆音に驚いて家畜家禽類が逃げ廻つて、死んだり傷付いたりした事件について、数個の判例がある。

陸軍機に驚いて家畜の受けた損害およびその家畜の驚走の結果生じた柵の破損の損害について、所有者から連邦政府に損害の賠償を求めた事件があるが、これは原告の敗訴に終つた(Decision of U. S. Comptroller-General Mc Carl, 1923, 3 Comp. Gen. 324)。併し低空を飛んでいた飛行船が馬を驚かせた場合には、損害の賠償請求が認められつゝ(Neismonger v. Goodyear Tire and Rubber Co. (1929) U. S. Av. R. 96)。一九四九年五月三〇日の

English Press. には、ジェット機が低空を飛んだため鷄鶻が驚ろいて小屋へ殺到し六十八羽が死んだ事件についての裁判が報ぜられている。^⑥

(5) *Mc Nair*, op. cit. p. 43 note 6. 田岡・上掲二二頁は、ドイツやフランスの判例の中に、銀ギツネを飼つておる牧場の所有者が、飛行機が牧場の上を飛び廻るから銀ギツネが仔を生まなくなるとか、銀ギツネが逃げていくというようなことで飛行会社を訴えているものがあるが、これはおそらく土地の所有権の問題とは関係がない問題だと思つておられるが、銀ギツネの飼養が土地の使用の目的であつたとすれば、その飼養を妨げることは、土地の使用とその利益享受とを妨げるものとして、土地に対するニューサンスが成立する場合がありますと思ふ。

(4) 航空機の上空飛行とニューサンス ここでは上掲の分類の第二問について考えて見よう。

他人の土地にも、またその地上の工作物にも触れないで、単にその上空を通過するだけでも、もしこれによつて、その土地の利益の享受を害し、土地所有者に実害を生ぜしめたならばニューサンスとなる。かような結論は、上述した *Pickering v. Rudd* 事件および *Clifton v. Viscount Bury* 事件から導き出すことができる。Sir Percy Winfield *Text Book of the Law of Tort*, 5th ed. 1950 p. 325 は、航空機が、その通過によつて土地の相当な使用および利益享受を妨げたならば、ニューサンスが成立するといつている。^⑦ このような妨害の態容には種々ある。例えば *Clifton v. Viscount Bury* 事件におけるような航空機から飛び出して来た物が生ぜしめる危害についての危惧であることもあるし、採光や通風（一定の通風路を通しての）を妨げたという場合もありうるし、また故意に他人の秘密を犯したというような場合もありうる。

The American Restatement of the Law of Tort vol. 1, (1934), § 194 (e) は、他人の土地の上空に侵入する特権すなわち航空の特権は、適法の目的を以てするときには認められるとすると共に、それ以外の目的で他人の土地の

上空を飛行するには、その土地所有者の承諾がなくては、右の特権は行使できないとし、例えば土地の占有者の行動を偵察する目的、その人の行動を映画に収める目的または広告の目的で飛ぶときは特権の行使は許されないといつている。そして上掲の § 194 (8) は、次のような結果を生ぜしめるような低空を飛行したならば、やはり他人の土地の上空を飛ぶ特権は認められないとしている。すなわち土地の占有者に尤もな恐怖または実質的な苦悩を与え或いはその土地にいる家畜その他の動物を驚ろかせてこれを傷めない或いはその地表や、その地上にある人、樹木・工作物またはその他の物を危うくし (endanger) 或いは空域の占有者の適法なその使用を妨害すること等である。

このように地表に不相当に接近して飛んだり、不相当且つ不必要な騒音を出したり、^⑦ 下土地の人口密集状態も考えないで人々に危険を及ぼす練習飛行や曲乗りをしたりするとニューサンスになる。しかし飛行機の装備が不相当であつたとか制定法の規定に従わなかつたとかといつた事由だけではニューサンスは成立しない。^⑧

次にニューサンスを構成するためには、苦情の対象となつてゐる飛行が繰り返えし行われることを必要とするか否かの問題がある。単に一回飛行したというだけでは、ニューサンスを認めるに足る実害を生じないのが通常であるが、しかしニューサンスの成立には常に飛行が繰返えされたことを要すると断ずるわけにゆかない。^⑩ 例えばジェット機が上空を飛ぶ時間は、ほんの一瞬であつても、地上に実害を与えることはありうるのであつて、害を及ぼす期間の長短のみを以て、ニューサンスの成否を決する尺度とはなし難い。^⑨

なお公道の上空を飛行して交通の不安を醸したりすると公的ニューサンスが成立することもある。^⑪

(6) 下土地の自由な使用および利益享受を実質的に害しない高度を以てする飛行は、ニューサンスを形成しない (Mohican and Reena, Inc. v. Tobiasz (1938), U. S. Av. R. 1; Warren Township School District No. 7 v. City of Detroit (1944), U.

S. Av. R. 35)。

(7) *Sweiland v. Curtiss Airports Corporation* (1932) U. S. Av. R. 1 事件を紹介しよう。原告はオハイオ州に別荘を所有していたが、隣地に被告会社の飛行場があつて、被告の飛行機が甚だ頻繁に、その上空を飛翔するので、原告は、その禁止命令を求めたが、五〇〇呎以下の高度の飛行については、目的を達した。巡廻上訴裁判所は、ニューサンスの成立することを理由として、禁止命令を容認したが、次のようにいつている。『われわれは地表上の空域を飛行したならば、どんな場合でも、その土地の所有者に対してトレスパスが生ずるとはいへない。しかしこれは、土地の所有者は、その上空域に対しては全然権利を有していないということを意味してはいない。土地の所有者はその地表の使用および利益の享受に必要な諸目的のためには、これを占有する優越した権利を有する。そして彼が地表を使用し且つその利益を享受するための役権を空域上に設定できるほどに彼の使用と占有とが合理的に期待される低空域を継続的に使用することがある。彼の占有が合理的に期待しえられないような高空層については、彼は権利を有しない。但し他人がこれを使用して地表の完全な利益享受を不当に妨害することを防止する場合は、この限りでなうように思う。この後の使用に対する彼の救済方法は、ニューサンスであつてトレスパスではない。』と。

Riese, aa.O.S. 252 は、上掲の判例を引用して、従つて一般私法によれば、土地所有者は、地上遙かの高空を飛行することを禁止するわけにはゆかぬ。しかし他面、低空の飛行であつて、土地所有者がそれを禁止するにつき利益を有するような飛行にはこれに反対する権利があるといつている。

(8) *Smith v. New England Aircraft Co.* (1930), U. S. Av. R. 1 によると、原告所有土地の上空を飛行することによつて生ずる騒音が、ニューサンスを構成するか否かの問題は、その頻度、その継続時間、その劇しさについて常人を標準として測らねばならぬといつている。

わが国でもジェット機の騒音で乳牛の乳の出が悪くなつたり、ニワトリが卵を生まなくなつたという訴えが各地で起きている(昭和三四・八・二六付朝日新聞(大阪)第八面参照)。

(9) *Shawcross and Beaumont, op. cit.* [448] p. 417.

(10) *Shawcross and Beaumont, op. cit.* [448] note (d) は、繰返えしが必要であるとしてゐる。併し被害の存続期間が考慮されねばならぬ場合もあり、一回の加害で足る場合もある(川上泉氏・法律時報三三卷三号一五頁参照)。

(11) *Mc Nair, op. cit.* p. 45

(12) 飛行場の使用は、必然的に始終、公道上空を低空で飛ぶこととなる (Shawcross and Beaumont, op. cit. [448] note f.)。

(四) 航空と土地所有権との関係についての普通法の原則の要約

(1) 土地およびその上にある工作物の相当な使用および利益享受を妨げない高度と事情との下で、他人の土地の上空を飛行しても、トレスパスによる訴権は生じない。

(2) 土地およびその上にある工作物の相当な使用および利益享受を妨げるような高度と事情とにおいて、他人の土地の上空を飛行したなら、必ずしもトレスパスになるとは限らないとしても、ニューサンスになる。航空機が非常に低く飛んで、地表または地表上に設置された何物かに接触するとか、或いは土地の通常の使用に必要な空域 (the area of ordinary user) を侵害すれば、恐くはトレスパスが成立するであろう。^⑬

(13) *Mc Nair*, op. cit. p. 70.

む す び

土地所有権者が、飛行行為によつて、その土地の使用または利益享受を妨げられたときに、不法行為を理由としてその被つた損害の賠償を受けようと欲するときは、民法第七〇九条に従つて、飛行者側に故意または過失があり、且つ違法に土地所有権を侵害したことを証明しなくてはならない。飛行者側の故意過失を証明することは、容易でないだけでなく、違法性の立証もまた困難なことが多い。蓋し飛行は高度の技術的行為であるうえに、それは航空権の行使として行われる場合が多いからである。技術的に過失のあつたことが立証されたとしても、その違法性の存在を主張するためには、権利濫用の法理を援用して、航空権の行使が、社会的に是認されえない方法によつて行われたこと

を証明しなくてはならない。航空機の出現によつて土地所有者の権利が侵害される機会が多くなつたのに、その保護方法は未だ充分でない。

そこで土地所有権者の保護を、不法行為の原則一本に頼ることなく、土地所有権の有する物権的性質に基いて講ずる必要を痛感するのである。このように二本立の救済方法によるときは、航空機側の故意、過失を立証する必要がなくなるだけでなく、救済方法としては、損害賠償の請求のほかに、なお妨害排除、妨害予防の請求も亦物上請求権の効力として認められることになる（民法第一九八条第一九九条参照）。これ本稿が加害者たる航空機側の不法行為ないし権利濫用という問題に焦点を合わせないで、被害者たる土地所有権者またはこれに準ずる土地上の権利者の保護ないし、これらの者の有する権利の範囲という点に視角をおいた所以である。

土地所有権者らの損害は、不法行為の原則を通じて、固より保護されねばならないが、この場合には、航空機側に故意・過失の存在することを推定することにするとか、または無過失責任を認めるとかして、地上生活の安全を計る必要があると思うが、現在の私法の一般原則に照らすとき、それは立法論に属するから、目下の解釈論としては、できる限り公正妥当に、土地所有権の効力範囲を論定して、以て地上生活者の利益保護を行うという方途を選ばねばならない。

さて、しかし、物権の侵害に対して物上請求権が成立するにも、不法行為の成立の場合と同様に、違法性の存否ということが問題になる。そして違法な侵害ないしその眞の存在というこの違法性の成立要件は、不法行為の場合と物上請求権の場合とは同じではなく、わが判例上は一般に不法行為の場合のほうがゆるやかに解されている。併し上に四の項下で述べたように、土地所有権の享受を全うするためには、土地所有権の効力の範囲は、拡張される必要が

あるのであつて、これに伴い物権に対する違法な侵害の存否に関する従来の観念も変更をせまられざるをえないと思ふ。それについては、本稿で概観した英米法のトレスパスまたはニューサンスの原則は大いに参酌の価値がある。ここでは土地所有権者の、その土地の使用とその利益の享受との確保ということが常に念頭におかれている。公共の利益と雖も土地所有権者の有する相当な (reasonable) 利益享受の権利は、これを犯すことはできないとされている。その相当性を判断する具体的事例として、本稿で紹介した若干の判例は、多大の意味を有するものと考えられる。

トレスパスもニューサンスも、不法行為 (TORT) の一種とされており、物権の効力範囲の問題ではないが、土地に対するトレスパスないしニューサンスは、わが民法の相隣関係における所有権の効力範囲の問題をも含めた物上請求権の問題として参考とすることができる。

先にも述べたように、トレスパスないしニューサンスにあつては、それらは不法行為の一種でありながら、妨害排除、妨害予防の請求を、損害賠償の請求のほかに認めており、しかも結果責任である。英米ではこれらの原則により土地所有権者等は、公正妥当な保護を請求しうることになっている。個人の権利は厚く保護されねばならず、公共の利益を口実にして無視されるようなことがあつてはならない。^①

(1) 四宮和夫教授は「ニューサンス法における違法性と過失—日本の判例について—」(法律時報三三卷三号四頁以下、八頁)に
において次のようにいわれている。

『違法性の問題について—わが判例も英米法の (Nuisance) も、その基礎理論はほとんど異ならないと考えられる。……権利と権利とが衝突した場合における利害調節の原理をもつてその基礎理論としていふことにおいて、両者の間に差異はない。ただ、その利害調節の原理が加害者の権利と被害者の権利のどちらに重点を置いているか、という差異があるにとどまる (しかしこの差異は重大である!)。……顯著に nuisance の法理との対照を示すのは、公共性の問題である。わが国の判例は、企業が公共

的性質を有するか否かは、違法性判定の重要な基準としている。……これに反し、*nuisance* にあつては、それが公共の利益 *public benefit* になることをもつて、抗弁とすることはできないのである。

過失の問題について……英米法では、*nuisance* による責任は結果責任とされ、裁判所は損害防止設備が可能か否かの問題に悩まされることはないのである。

わが判例理論と *nuisance* の法理との間に存する上のような差異は、両国民の権利意識の差異の反映にはかならないが、われわれとしては、その差を解消させるための努力を怠つてはなるまい。』と。

(一九六〇・四)