

ドイツにおける相隣法の基礎理論

——侵害に対する受忍とその補償——

沢 井 裕

目 次

は し が き

第一 ドイツの相隣法の法源

第二 初期相隣関係論

——ドイツ民法典成立から一九三二年判決まで——

第三 中期相隣関係論

——シフアー||クラウツングから一九三九年判決まで——

第四 後期相隣関係論

——第二次大戦後の相隣関係論——

第五 大規模な近代的イミシオンと相隣理論の止揚

——私権と公益の衝突の調整——

お わ り に

は し が き

ドイツの判例、学説は相隣関係を、利用を目的とする相隣共同関係 (das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis) として理解し、これを支配する信義則にもとづいて、衝突する利害の衡平な調整 (Ausgleich) をはからうとしている。本稿はこれについてドイツの裁判所の判例の発展を根幹とし、これに学説をからませて考察する。ドイツ相隣法の各論的研究ならびに、これらを総合した上での日本の相隣法理論の形成は以後の機会にゆずり、本稿はまず、ドイツにおける基礎理論の展開の跡を辿る。しかしこの研究を通じて、市民法の基礎をなす「加害者と被害者の地位の互換可能性」という観念と、「物権的請求権抑制の代償としての補償」という無過失賠償責任の新しい根拠についての示唆をえた。この考えの発展は、筆者の将来の課題としたい。

文献(以下、人名または略語のみで引用するもの)(左以外の洋書は孫引き)

Eichler; Institutionen des Sachenrechts II 1, 1957

Enneccerus-Wolf-Raiser; Sachenrecht 15 Aufl. 1957

Heck; Grundriss des Sachenrecht 1930

Hedemann; Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 2 Aufl, 1950

Herschel; Zur Neugestaltung des Immissionsrechts (JZ 59, 76)……JZ=Juristen Zeitung

Pleyer; § 1004 BGB und das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis“ (JZ 59, 305)

Staudinger-Seuffert; Kommentar zum BGB III Sachenrecht 11 Aufl, 1956

Westermann; Sachenrecht, 3 Aufl, 1956

Entscheidungen des Reichsgerichts in zivilrechtlichen (RGZ); Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in zivilrechtlichen (BGHZ) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) による諸判例

入江雅昭「騒音被害に対する私法上の救済」警察研究二九卷九号 昭和三十三年

植林 弘「ヨーロッパに於ける騒音の防止」都市問題研究九二号 昭和三十三年

末川 博「民法に於ける特殊問題の研究」第一卷(一九〇頁以下)大正一四年

高島平蔵「近代的所有権の制約における土地法的要素について」早稲田法学三四卷三・四冊 昭和三四年がある。

なお、一般不法行為における「地位の互換性は、牧野利秋君(現司法修習生)が、かつて学生時代の雑談中に暗示を与えてくれた。

第一 ドイツの相隣法の法源

〔一〕「ドイツの相隣法の形式上の特質」

それは、民衆の長い伝統的な慣習を尊重したということ、したがって個別的具体的な場合について多数の条文が並存することである。ヘーデマンは、このことを、簡潔でしかも含蓄のある文章で表現した。

「隣人間のけんか好きは、大昔からの現象である。狭い境界地帯をめぐって争い、もつとも近くにある隣人の樹木や灌木をねたみ、隣接して建てられた垣、壁、家畜小屋あるいは通風窓を忍容しようとしなない農民の頑固さは、単に民間説話や民間喜劇に生きているだけでなく、何世紀の間、裁判官を非常になやましてきた。その防止のために、まず住民の慣習において、ついで法的記録文書(ヴァイズテューマー、法書)と国家法典において、無数の固定した綿密詳細な規則が構成され、異常なねばり強さをもつて、これらの規則が固執された(Hedemann)」。『§ 19, S. 117』。

相隣法規はこのような伝統をうけて、今もお明白なカズイステイクが支配している。ドイツ民法典も、この領域では、それが誇りとする一般的抽象的表現方法を放棄しなければならなかった。しかも細目事項については、より一層伝来の慣行を保持している詳細多様なラント法にゆだねたのである。さらに、これに少からぬ特別法がつけ加わる。しかも相隣紛争の複雑多様な性質からみて、このドイツ私法のカズイッシュな解決態度は是認されるべきである。法律形式上は個別的具体的法規が並列し、理論的には常に判例がその発展の契機となつたということが、ドイツの相隣法のもつちじらしい特徴であり、したがつてドイツの相隣制度を語るにあたつても、その総論的理論よりも、各論的なケース研究がより重要なことはいうまでもない。しかしここでは論文の目的ならびに量からも網羅的紹介をすることはできない。本稿では相隣の共同関係の理論的展開のあとをたどるにとどまる。そしてこの目的の範囲で、いちいち外国法制度を参照するわずらわしさをほゞき、そしてありうべき筆者の理解の誤りの発見を容易にし、あわせて将来の資料として役立てるために、はなはだ読みづらいが、参照条文はできるだけ原典をかかげる。これらの条文の解釈、具体的な内容の紹介は次稿で行なう予定である（この法源の節は資料的なものだから看す）。

〔二〕 「ドイツ民法典における相隣制度」

相隣法は一方の利用権と他方の排除権の衝突の調整を意味する（ドイツにおけるす）。ドイツ民法典は、第一に、他からの侵入は、ガスや騒音、震動にいたるまで、すべてこれが物権的妨害排除権の対象となることを前提とした上で（日本の教科書ではここまで明示するものはない。むしろ実質的に身体的自由ないし精神的自由の侵害と理解されている）相隣関係では、ある要件の下に、例外として排除権を制限し、受忍義務を負わせるという形をとつている。したがつて、ここでも、まず原則たる妨害排除権の規定を示し、ついでその制限としての相隣法規定を列挙する。

〔三〕 「相隣法の基礎となる妨害排除法」

(一) 所有権の内容についての一般的宣言

§ 903 BGB 物の所有者は、法律または第三者の権利を侵害しない範囲において、自由にその所有物を処理し、かつ他人の一切の干渉を排除することができる。

(二) 占有権保護の一般的宣言

§ 858 BGB 占有者の意思によらずに、その占有を侵奪し、または妨害する行為は、法律がその侵奪または妨害を許さないかぎり、これを違法とする（不法の私力）。——第二項略——

〔四〕 「右の諸権利の行使方法」

(イ) 現在の妨害の排除のために

(一) 所有権にもとづく妨害排除請求

§ 1004 BGB 所有権が占有の侵奪または留置以外の方法によつて侵害されたときは、所有者は妨害者に対し、その侵害の除去を請求することができる。ひきつづき侵害されるおそれがあるときは、その侵害の停止を請求することができる。

所有者が受忍義務を負う場合は前項の請求をすることはできない。

(二) 占有権にもとづく妨害排除請求

§ 862 BGB 第一項前段 占有者が不法の私力によつてその占有を妨害されたときは、妨害者に対し、その妨害の除去を請求することができる。

(ロ) 将来の妨害の予防のために

(一) 所有権にもとづく妨害的工作物禁止請求

§ 907 BGB 土地の所有者は、隣地の工作物の存在またはその利用が自己の土地に、許しがたい作用を及ぼすことを、確実に予見しうるときは、その設置または存続の禁止を請求することができる。——以下略——

(I) 占有権にもとづく妨害停止請求

§ 862 BGB 第一項後段 ひきつゞき妨害されるおそれあるときは、その妨害の停止を請求することができる。

〔五〕 「妨害排除請求権を制限する相隣法規」

(一) いわゆるイミシオン法

§ 906 BGB 土地の所有者は、ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、音、振動の侵入、および他の土地からくる類似の干渉が、その土地を侵害しないか、または侵害しても耐えがたい程度ではないとき、あるいは加害地の利用方法が、場所的狀態からみて、同じ状況にある諸土地に通常のものであるときは、これらの作用を差止めることはできない。

ただし特別の誘導による侵入は許されない。

註、本条の訳には問題が多く、先人の訳もわかれている。まず拙訳の「侵害しても耐えがたい程度でないとき」の原文は *als die Einwirkung nur unwesentlich beeinträchtigt* だが、東教授(全訳独逸民法)は「妨害が僅少なるとき」於保教授(外国法典双書独逸民法Ⅱ七六頁)は「侵害が本質的ナラザルトキ」、山田教授(ドイツ法二一三頁)と植林助教授(一〇一頁)は「その程度がいちぢるしくない場合」とそれぞれ訳されている。しかし *unwesentlich* は、〃相手の土地利用を不可能ならしめるにはいたらない〃という意味であり、通常人が耐えうるかどうか(*ob erträglich*)が標準になるから右のように変えた。また拙訳の「加害地の利用方法が、場所的狀態からみて……通常のものであるときは」の原文は、「……als die Einwirkung……durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.」だが、於保・山田兩教授は「土地ノ場所的關係上他ノ土地ノ利用ニ因リテ通常生ズベキモノナルトキ」と意訳されているが、条文の本旨は、干渉が通常生すべき程度だということではなく、利用方法が通常であることを要求している(Heck, § 50, 46 S. 217 その他参照)

のだから、東教授の「土地ノ場所的關係上他人ノ通常ノ使用ニ基キテ生ジタルモノナルトキハ」、植林助教授「土地の周囲の事情からみてその土地の通常の利用により生ずべきもの（これは平易な点で出色の意訳）、入江氏（七八頁）「その位置の場所的關係により通常の土地利用に基くものであるときは」などの方が正しい。拙訳は、ノ場所的慣行は単に当該場所的狀態のみならず、事情によつては、他都市において比較しうる状況の場所において、かかるイミシオンが慣行かどうかによつても判断される（Staudinger-Seufert § 906, 31, S. 431 その他参照）ノという意味を少しでも訳に現わしたいと思つて、右のように訳してみた。御叱正をお願いしたい。

(丁) 危険な工作物の設置と保持の禁止

§ 907 BGB (前段は本稿〔四〕(ウ)〔イ〕「将来の妨害の予防」として紹介した。後段はこの予防が制限される場合を示す)。省略。

(五) 危険な工作物に対する危険予防

§ 908 BGB 隣地に定着する建物その他の工作物の倒壊または、その一部の崩壊により、土地に損害をおよぼす危険のあるときは、所有者は § 836 I または §§ 837, 838 の規定により、その生ずべき損害に責任を負うべき者に対し、危険の防止に必要な予防をなすことを請求することができる。

(四) 隣地に危険をおよぼす土地の穿掘の禁止 § 909 BGB

(五) 境界枝根は切り取ることができぬ § 910 BGB

(六) 境界落下果実は土地所有者に帰属する § 911 BGB

(七) 故意過失なき侵界建物は、隣人はこれを受忍しなければならぬ。しかし地代を請求できる §§ 912～916 BGB

(八) 袋地通行権 §§ 917, 918 BGB

(九) 境界確定についての諸関係 §§ 919～923

(5) 時効 § 924 (地代を除いて時効にかからない)

〔六〕 このようにドイツ民法典における相隣法は、所有権の内容(形式的に)として規定されており、利用権と排除権の調整ということを正面に出していない。実際に被害をうけて排除の必要を感じるのは、観念的な所有権者ではなく、利用権者たる占有者である(また受忍義務についても同様である)から、一見したところ合理的でないように見える。しかしドイツの学者はそれほど問題にしない(Herschel S. 78のみこの疑問を提出する。村氏は相隣権を所有権制限で住権という狭い概念としてでなく、一般利用権すなわち、これを保護する占有一般としてとらえればよい)。

思うに、これは所有者がすなわち利用者であつた古い歴史的事実の名残りだとも考えられるが、要するに、権利としては最高の所有権について規定すれば、それより低次の占有者も当然その範囲で受忍義務を負うことになり(Westernann) 他方積極面での妨害排除権は最小限占有者にもみとめられるから、実際的には大した不都合はない(§ 63 I, S. 297) (地上権等の用益物権には準用があるから——§ 1017——問題なく、問題は賃借人について)。ただ賃借権そのものにもとづく相隣権は存在しない(Hedemann, Schuld) 点が問題であらう(但し日本でなら対抗力ある賃借権に物権的請求権を認めるのが通説)。

しかし後に示すように、特別法では、はつきり「土地の所有者または占有者」と明示している。正当というべきであらう。

〔七〕 「ラント(州)法における相隣制度」

ドイツ民法に定められた範囲で、すべての古いラント法の諸規定は効力を失う(例外 § 912)が、その範囲外では、ラント法は公法的所有権のみでなく、私法的相隣権の制限、拡大ともに、その立法権を保持する(民法施行法一一) 多数のラント法は、建物を建てるさい土地境界から一定距離をあけるべきこと、特別に不快な設備すなわちこやしつ

ぼ、下水溝、豚小屋などについての境界間隔を規定する (Enneccerus-Wolf-Raiser)。
§ 53 IV S. 193

〔八〕「特別法による相隣権の制限」

民法典ならびにラント法の相隣権は、多くの特別法によつて制限されている。その一部を条文によつて紹介する。

(一) ライヒ産業法 (Gewerbeordnung)
一八六九年

この法律は被害者が侵害を受忍する対価として、加害者の無過失の補償責任をみとめている点で、本稿にとつてとくに重要な意義をもっている。

§ 26 GewO 現行法が、土地から隣地におよぼされる有害作用の防禦のために、隣地の所有者または占有者に私訴 (Privatklage) を許与する場合、当局の認可をもつて設立された産業施設に対しては、営業停止を訴求することはできず、単に有害作用を排除する設備の設置、またはかかる設備をなすことができないか、産業の適当な経営と両立しないときは、損害補償 (Schadloshaltung) のみを請求することができる。

(右にいう「認可を要する施設」は § 16 GewO に規定されている。§ 16 GewO 場地的状態または経営地の性質により、隣地の占有者または居住者または公衆一般に対し、いちじるしい不利益、危険または不快をとまらうおそれのある施設の設置のためには、ラント法の定める所管当局の認可を必要とする。すなわち、火薬工場、花火工場およびすべての種類の可燃性物質製造工場、ガス製造供給施設、石油関係施設……(中略)……ガラス工場……金属関係、すべての化学工場……屠殺場……)。なおこの § 26 GewO は民法施行法により、鉄道、船舶および類似の交通企業に、さらに判例により生活上重要な公益事業に拡張された。

(二) 国民鍛練に特別の意義をもつ営業に対する相隣権制限に関する法律 (一九三三年)

§ 1 国民鍛練に特別の意義ありとして、内務大臣が認可した営業に対して、相隣的請求権はつぎのように制限される。営業の作用により侵害をうける土地の所有者または占有者は、営業停止を請求することはできない。また不利益な作用を排除し、あるいは減

少する設備の設置を請求することもできない。

特別の民法的権原とくに契約または不法行為にもとづく請求権は影響されない。

§ 2 認可決定前、その営業が公衆または隣地の所有者または占有者に対し、危険、いちじるしい不利益または不快をとまう可能性があるか否かを調査しなければならない。この可能性ある場合は、さらにその営業が国民鍛練に対してもつ価値を顧慮しつつ、被害者にかかる不利益を忍容することを期待すべきか否かを調査しなければならない。

認可は負担つきで与えることができる。負担は認可後与えてもよい。

所有者あるいは占有者に生じた不利益が重大であつて、各個人は公共の福祉に対し顧慮をほらわなければならないとしても、なお補償 (Entschädigung) なしには期待されえないときは、負担は、所有者または占有者に補償を与えることを目的とすることができ、(補償の額と種類は内務大臣が決定する。訴訟の道はふさがれている……(この点につき学者は違憲(基本法一四条違反)と考えよう。Staudinger-Seufert § 906, Ie, S. 415, Westermann § 63 II 4c, S. 302, Enneccerus-Wolf-Raiser II, 3, S. 192))。

(D) 国民保健に特別の意義をもつ営業に対する相隣権制限に関する法律(一九三五年)

§ 1 一九三三年二月三日の国民鍛練に特別の意義をもつ営業に対する相隣権制限についての法律は、国民保健に特別の意義があり(病院、療養所、保養所、温泉およびサナトリウム)、ライヒ、ラント、市町村により、またはその他ライヒまたはラントの監督下にある団体または公法機関によつて経営される施設および設備に、意義にかなつた適用がなされるべきである。

(II) 電信装置法 (das Gesetz über die Fernmeldenanlagen 一九二八年)

§ 23 電気設備は、一電気作用が他の電気作業により妨害され、またはそのおそれのあるときは、後の設備、または既存の設備の後の変更により、この妨害またはそのおそれを惹起した当事者の費用において、妨害作用をうけないように、できるだけ完成されるべきである。(この条文は、直接相隣関係を目的としたものではないが、それに関係するところが大きい)

〔九〕 「合意による相隣権」

ドイツにおける相隣法の基礎理論

一一三

法定相隣権は通常の場合を目的とする。しかし当事者は非常にしばしば、法律関係を、特殊の事態に適合させる。たとえば住宅の建築者は隣地への眺望を確保しようと思ひ、工場は過度のイミシオンまたは特別の誘導によるイミシオンを確保したい場合がある。契約によつてイミシオンに関する法律上の制限を変更することができる。

- (一) 地役権 もつとも確実な手段である。地役権は利用可能性を拡大せんとする土地の現時の所有者の権利であり、侵害される土地のすべての所有者に対する物権として機能する。法定地役権(法定相隣権のこと)は登記できないが、地役権は登記の対象である。
- (二) 債務法的合意 これは単に契約当事者と包括承継人のみを拘束する。

第二 初期相隣関係論

——ドイツ民法典成立から一九三二年判決まで——

〔一〇〕ドイツ民法典の施行後ライヒ裁判所は、すでに一九一〇年の判決において、§ 906 の適用は、衝突する利害の、平衡になつた調整の問題であるとのべた (Staudinger-Seufert)。

ヘックは、相隣法をイミシオンを中心として構成し、相隣には必要欠くべからざる利用共同関係 (eine notwendige Nutzungsgemeinschaft) が存在し、生活によつて、法秩序に提起される問題は、すべて相對立する利害の比較考量の問題である。一方では被害者の侵害排除利益が存在し、他方には侵害者の自己の生活目的追求についての利益が存在する (Heck § 50) といへる (相隣関係を利用共同関係 Nutzungsgemeinschaft と理解する)。
は現在にいたるまでの支配的な考案である (Westermann S. 297)。

このようにドイツ民法典施行後から、相隣法の中心問題がイミシオンであり、その解決は、当事者の行為に対す

る批難（違法性、過失）を基準とせず、もつばらに衝突する利害の調整を目的としてなされたことは、われわれに教えるところが大きい（高島教授もこのことを説かれる）。

しかしこの「衝突する利害の衡平な調整」というすぐれた考え方も、この時期には十分生かされたとはいえない面を残していた。§ 906 BGB（本稿「五」）を文言そのまま解釈すれば、イミシオンは、それが土地の通常の利用方法により生じた干渉（これを一般に場所價行的作用 *ortsübliche Einwirkung* と云う）であれば、たとひ被害者に致命的な侵害を加えるような重大なものであつても、許されることになる。はたしてライヒ裁判所は一九三二年の裁判（RGZ 139, 29）において、この文言に忠実に解釈し、もつばら加害者の容態のみを調査し、工場から出る廃気ガス等の侵害のために、農業が打撃をうけても、それが場所價行的作用によるときは、損害補償をうけることなく侵害を甘受すべきだという結論を引き出した。そしてこの欠陥はやがてつぎの時期において「相隣共同関係」という概念を用いて、除去されることになる。

第三 中期相隣関係論

——シフアーIIクラウジングから一九三七年判決まで——

〔一〕 文献の原典を入手することができなかつたのでシュタウディンガーの叙述をかりる（*Staudinger-Senft.*、§ 906, 1c, S. 417）。

「相隣共同関係（*Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis*）」はシフアー（*Schiffer, ZAKDR*）が手探りながら提出し、クラウジング（*Klausung, JW*）は力のこもつた形において強調した。この概念は結局、ナチズム的術語のおかげではなくして、相隣法學説と判例をたぢまちちの中に支配した。これが以前の見解（たとえばヘック）（本稿「一」）とことなるのは、新説が共同関係にもとづき、単に相互の請求権の内容を、その利害に公平に（*gerecht*）決定するだけでなく、両当事者の

「積極的協力義務と転換義務 (die aktiven Mitwirkungs- und Umstellungspflichten)」という独立の「特殊の法的義務」の確認も可能であり、そしてこれが必要とする点である。法律規定を排除して、利害調整の解決をもつばら相隣関係からひき出す傾向を生じた。この傾向は、書かれた法から「健全な国民感情」に訴えるナチズムが与えた可能性によつて促進された」。

そして、このシフマー||クラウジングの相隣共同関係論は、同じ一九三七年のライヒ裁判所によつて採用された (RGZ 154, 161)。この判決こそ、明示的に「相隣共同関係」の意義を高くがかけ、以後今日にいたるまでのリーディング・ケースとしての価値をもつものである。詳細な内容は後に (本稿) のべるが、要するに、この判決は、前掲一九三二年の事案 (本稿) と同じ工場の有害作用につき、たといその工場経営が場所慣行的であつても、被害者の生活維持方法 (農業) もまた場所慣行的である場合、この農業を破滅させるような侵害は、相隣共同関係からみて違法であると宣言したのである。そして、加害者の侵害防止義務を強調する反面に、過失相殺理論を相隣共同関係的に適用して、強い損害防止義務を課した (すなわち、これらが前述のクラウジング)。そしてなお重要なことは、損害防止の努力にもかかわらず生じた損害は両者が割合的に分担すべしという「利害の衡平な調整」の思想を徹底させたことである。この判決は、当時全面的同意をうけ (Klausing, Eisler, Paul) として以後の判例においてもくりかえし確認された (RGZ 159, 126; 167, 14, …)。しかし現在の学説はこの結論そのものには同意し、この判決の大きい価値をみとめているが、これを裏づける理論、すなわち、損害填補義務を根拠づけるために、慣行的な工場運営によるイミシオンを「違法」と宣言したことに疑をもつてゐる (Emmencenus-Wolf-Raiser, S. 191, Staudinger-Seufert)。筆者もこの批判を正当だと思

が、この詳細な論議は、もつと後にのべるのが本稿の理論構成上適切だと思ふ (本稿) (第五)。

註 判例は現在でも相隣共同関係 *Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis* という語を用いるが、ヴェスターマンやシュタウディングナーはこれより *Nachbarschaftsverhältnis* の方を好んでゐる。

〔一〕 「RGZ 154, 161」に於て相隣関係のリーディング・ケースとなつたこの一九三七年三月一〇日判決 (RGZ 154, 161) の内容の細目を紹介する。

〔事実の摘要〕

原告はオーベルハウゼンに住む農夫で賃借地と所有地で耕作している (判決はこれにつき、占有者は § 862 BGB で、所有者は § 1004 BGB で排除権が与えられるから、本事実では、農夫を賃借人、所有者として區別してあつかふ必要はないという)。その土地は北方と西方に被告G工場の熔鉱炉、製鋼所などが立ちならび、その廃気ガス、塵埃などの侵害をうけ、農業収益、家畜の生存が害せられた。原告は § 26 GewO (本稿「八」(一))により妨害停止の請求をすることは許されないので一、六六二ラントマルクを請求した。被告は自分の工場からの侵害は大工業地帯においては、§ 906 BGB の慣行的限界内であると反論し、あわせて、損害額は過大であつて、原告は農耕にさいし、損害をできるだけ小さくすることを怠つたと主張した。ラント裁判所は訴をみとめて、被告の有責判決をしたが、控訴裁判所は訴を棄却した。原告は上告し、控訴審判決は破棄され差戻された。

〔判決理由〕 (カッコ内は筆者が要約した部分)

(§ 906 BGB—本稿「五」(一))の意味における場所慣行性は、広い比較地域と、狭い比較地域とを顧慮して決定しなければならぬ。広い比較地域として、ミュールハイム、オーベルハウゼン、デュースブルク諸市は、工場建築、採鉱および経済的結合により、相互に統一的経済地区を形成している。狭い地域としてオーベルハウゼンは、百年以上の歴史をもつG工場の発展により、第一順位の工業地域となり、農業は漸次後退した。こうしてこの比較方法的調査から、被告の工場設備についての土地利用は通常のものと同断される。しかし工場がなるほど計画的に建てられ、自然的に発展したとはいへ、とくに強く集中し、このため、これと共存し、場ちがいだけでなく、工場経営の代りに、自然的生計の道となつてゐる農業経営が、補償 (Entschädigung) もうけずに侵害され、ついに

屈伏せざるをえないようになることは、国民共同体の思想に矛盾するであろう。// 相隣共同関係が語られるべきであり、隣人はこの関係において、相互に尊重顧慮しなければならぬ。本事件においては、相衝突する利害の公正な調整、この生活関係についての正当な権利をみいだしことが問題である。……(このように、共同生活から生じる紛争を衡平に解決するためには、加害行為のみでなく被害者の容態をも、顧慮しなければならない)。ここでまず規準となる狭い比較地域(オーベルハウゼン、とくに被告の相隣関係において)においては、工場施設への土地の利用のみでなく、農業への利用も、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。……もし農業と工業が// 通常(gewöhnlich)// すなわち場所慣行的であるならば、この特別の状態を顧慮し、工場から出て、農業の生活条件を破壊する種類と程度、干渉は、§ 306 BGB の意味において適法とみなすことはできない。農夫の防止請求権は § 26 GewO によつて排除されている。しかし干渉の違法性は、損害結果に対する賠償義務に、表現されなければならぬ。……(もつとも共同生活をしているのだから、工場の土地利用が場所慣行的であるところでは、多少の不快と損害は、決して賠償請求の根拠となりえない)。

すなわち相互の利害の調整は、それ自体経済的に運営可能な農業経営が、工場からの有害作用に影響をうけ、その存立を危険ならしめられる場合に、必要となる。この調整は、実際には、侵入によつて生じた損害の比率的部分(in prozentualer Anteil)を加害者が負担し、残りの部分は損害補償なしに、忍容されるべし、ということのみ可能になるだろう。裁判官にとつて、この評価は困難ではあるが、義務的裁量権により、解決不能な課題ではない。裁判官は場所的状态を注意深く、かつ各地区について調査すべきである。

工業と農業との共同生活においては、工業は隣人を大切にするため、できるだけ良い技術的設備をし、その阻止を免れた運営を注意深く監督すべきである。しかし農業にも、場所的状态に相応した経営をし、有害な侵入に対し、できるだけ損害をうけない耕作の種類を選ぶべき義務がある。この点についての怠慢があれば、§ 254 BGB (過失相殺の規定)を適用するのが正当である。

控訴裁判所は、この法的観点を顧慮し、当該場所的状态を実際に評価して、被告の工場施設から、その地の農業経営とくに原告に生じた煙、煤、塵埃の被害が、かかる共同関係思想からの § 306 BGB の解釈において、適法性の程度をこえるかどうか、またいかなる割合においてそうであるかを、新しく調査しなければならぬ。

〔二三〕 「信義則としての相隣共同関係の内容」

当時の学者は、相隣共同関係を、法律関係としての共同（ドイツ民法には^{§§}）と考え、この判決もこれを確認したものとみなした。しかし判決は法律関係ではなく、生活関係^{（74ffに規定がある）}として示したのであり、相隣共同関係を、権利と義務につき、法律構成要件に無関係な独立の根拠ではなく、この構成要件の枠内においてのみ、相隣共同関係を根拠として、法律には明示的に規定されていない義務と権利が生じることを明らかにした（RGZ 155, 154 Staudinger S. 417 権近の学者 Staudinger, Westermann S.）。そしてライヒ裁判所は一九四一年の判決（RGZ 167, 14）において、この理論的問題に^{§88もこの時代の判例と同様、否定する）}、このことは、根本において相隣共同生活という特殊事件に、決定的な答を与えた。すなわち相隣共同関係につき、「このことは、根本において相隣共同生活という特殊事件に、信義誠実の原則を適用することにすぎない。そのさい相隣関係をいかなる規則と観点にしたがわしめるべきか、そして紛争をそれによつて解決すべきかということが、その表現よりも重要である」と（相隣関係に信義則を適用するとい係としてとらえることを意味する。……一般第三）。者間の公序良俗則より高次のもの……〔一八〕参照）。

相隣共同関係理論は、丁度ナチズムの隆盛と時を同じうして発展した。判決理由の表現をみても、その影響をうけていることは否定できないだろう。そのため、たとえばゴルツ（*Pr. d. Golz, Der Betriebsberater 1951, 267*）は一九三三年以後の判例をその「明らかな時代的制約」を理由に排除し、前掲一九三二年の判決（^{本稿}）に立ちもどることを主張した（*Staudin. 418 244*）。Staudinger は Golz が RGZ。しかし一九三二年判決に立ちもどるなら被害者たる農民は屈伏させられるのだ。われわれは、そのナチズム的な術語にもかかわらず、判決の具体的結論からみれば、大工業の横暴を防ぎ、被害者の保護に役立つことに注目し、ドイツの大多数の学者とともに、相隣関係の偏見のない分析に、努力すべきだ（そのためにも、この信義則がいかに具体化されるかの、各）^{（論的研究が重要である。つぎの機会に紹介する予定である）}。

日本の相隣法、とくにイミション法が発達しなかつたのは、その基礎をなしている権利意識（被害者の妨害排除権）が低く、単に加害者側の権利濫用の問題にすりかえられてしまつたことによる。ドイツは共同体意識が強いといわれているが、それでもその老大な判例の集積（それは私権の正常な行使を意味する）を見て、しかもそれらの紛争が当然日本でも存在しうるはずのものばかりであることから、日本ではまだまだ、非合理的な、前近代的な場で解決されていることを思わせる。したがつて、法律上の相隣意識の強調は、一面において共同体的な信義則を拡大することになるとしても、相隣権の基礎をなしている権利意識を——すなわち妨害排除権と利用権の対立という認識によつて——めざめさせることになるだろう。

第四 後期相隣関係論

——第二次大戦後の相隣関係論——

〔一四〕「連邦最高裁判所における相隣共同関係論の確認」ライヒ裁判所は、第二次大戦終結とともに、連邦裁判所（Bundesgerichtshof）に改められたが、相隣法については、まずライヒ裁判所の原則をうけついだ。シュタウディンガーの説述をかりるならば、「まずイギリス地域最高裁判所（OGH）は判例集（OGHZ）二巻一八一頁において、イミション事件に、相隣共同関係かという公式を用いて、衝突する利害の調整が必要欠くべからざることを強調した。ついで連邦裁判所は、ドイツ法月報（MOR）一九五一年一四頁において、ライヒ裁判所が立てた原則とくにRGZ 167, 14（本稿）を強調して、賛成した」。……「BGHZ 16, 366ではRGZ 159, 68が確認されている。さらにケルン、営業の助言者、誌（Köln BB 1955, 367）は同意的である。学説もまた大体においてこの見解に賛成す

9° RGR Komm 13d : Polandt=Hochhe 1 : Erman=Selbert 46 : Soergel=Baur 1, 3u 4goc : Westermann § 63 I : Lent
Sachenrecht § 25 : Meisner=Stern=Hodes § 16 V u § 38 I 1 : Schulte NJW 1954, 495J°.

〔一五〕「相隣共同関係論の飛躍的拡張」連邦裁判所は、最近一九五八年の七月と一〇月に、相ついでドイツの相隣法理論にとつて画期的な二つの判決を出した。すなわち、これらは「相隣共同関係」を、単に法律(§ 906 BGB)の解釈の修正原理とするにとどまらず、権利の唯一の根拠とした点に、重大な意義をもつ、そして七月の判決は、被害者は法律上は、無償の受忍義務を負う、にかかわらず、相隣の衡平の見地から、被害者に損害の分配を意味する調整的補償請求権を与え、他方一〇月の判決は、これと逆に、被害者は、法律上は受忍の義務をもたないのに、相隣の信義則から、これを負わせるとともに、衡平の見地から、その受忍の対価として損害補償請求権を与えた(事案の詳細は本参照)。以下でこれらの二つの判決を紹介し、検討する。

〔二五〕一九五八年七月、連邦裁判所は、ある特殊な請求権(一種の損害分配)を、いずれの法律規定にも基礎をおかず、その唯一の根拠を「相隣共同関係」にもとめた(BGHZ28, 110=NiW 58, 1580)。相隣法は繰り返かえりのべたように、すべての妨害作用に対しては、所有権または占有権にもとづき妨害排除請求権があることを前提した上で、共同生活上の信義則から、その妨害の受忍義務をみとめ、または事情により、過度の受忍の対価として、損害補償または損害分配(調整 Ausgleich)を与えるのである。しかし本事案においては、妨害の原因となつた境界壁の傾斜は戦争という不可抗力によるものであるから、もともと妨害排除権をもたない(判旨にもあるようにドイツでは不可抗力による侵し害には物権的請求権をみとめないのが通説・判例)。かかるに、連邦裁判所は、本事案の特殊事情を考慮して——被害者は境界壁の侵界を受忍し、自分の壁を境界から後退して建てるという大巾の譲歩をし、ただ放置しては危険な、両壁中空部の充填費用を請求した——事情によつては例外的に法律規定

をこえることも止むをえないとし、¹¹ 相隣共同関係の観点から、被害者の右費用の請求をみとめた。そしてこれを説明して、相隣共同関係とは「実際は相隣共同生活という特殊な要件事実にもとづく信義則 (§ 242 BGB) の適用についての問題である。この相隣共同生活から当事者に相互顧慮の義務が生じる」。そしてこれによる利害の公正な調整は、本件では充填費用を被告（加害者）が負担することにあるとのべた。なおこの間被害者の側の状態のみを詳細に考慮していることは注目に値する。ドイツでは英米（ニューザンス）とことなり、加害者の容態に重点をおくという日本における既成通念はここでは通用しない。

〔一六〕 この大胆な結論は、はたして学者の批判をうけた（法律要件の枠内で相隣共同関係を適用すべきことを説く *Westert* だわかい）。

プレーヤー (Pleyer, JZ59, 167ff) は、このような場合には、妨害排除請求権も、あるいは事務管理、不当利得も適用できないと判旨に同意するが、しかし不当利得や事務管理が適用されないということから、むしろ「人はその表示された意思に反しては、第三者の措置により——この措置が彼に利益となるときでさえ——費用賠償に義務づけられない」という原則が引きだされるべきではないか？」とし、この原則をくつがえして賠償義務を負わせるには、単に信義則や衡平を援用するだけでは十分でないと前提した上で、つぎのように論じている。判例がこれまで相隣共同関係概念を用いて、法律により与えられる権利を変更し、一定種類の主張を禁ずるに役立てたのは、すべて良い意義をもつが、「しかし信義則が支払請求権の唯一の基礎として奉仕し、ドイツ民法典上の請求権法は、それを支持しないと、まず論じられるような訴を助けて、勝利を得させるのはまったく別問題である」……「なるほど事情によつては、形式的無効の契約が、信義則から形式のそなわつたものとして取扱われ、その契約から請求権が生じることもあるが、

そのときは、形式が欠けていることを除けば、異論のない当事者の法律行為的接触がある」、しかし「単なる相隣関係は支払請求権の源ではないから、信義則のみが訴を正当化しなければならないが、このことは自明的に、ただちに可能だと思われない」という。ところでプレイヤーは、かならずしも判決の結論に反対しているのではなく、理論的裏づけの弱さを攻撃しているのであつて、彼自身はヴェヌスター (Wüst, Die Interessengemeinschaft 1958 S. 33 ff) の助けをかりて、利益 \parallel 危険共同関係 (Die Interessen- und Gefahrengemeinschaft) という概念を用いる。「両土地には二四センチの建築されない中間部分のために、危険が迫つており、そのため両所有者は、この状態を除去すべく関与せしめられるから、利益 \parallel 危険共同関係の原則にもとづき、内部的費用分配を行なうのが自然の道理である。利益 \parallel 危険共同関係は、なるほど現行法では一般的法律制度としては規定されていないが、個々の法律規定に、その承認を見いだすことができる」とのべ、共同海損 (§§ 700ff. HGB) や民法の連帯債務 (§§ 428ff. BGB) を挙げている。しかも事務管理の規定は、かかる外部的危険に対する出費のような特別の場合を予想していないから、事務管理法の指示とは別の解釈をする十分な理由があり、「利益 \parallel 危険共同関係の助けをかり、共同海損規則にならつて被告の割合的費用賠償義務に到達することができよう。すなわち原告に完全な満足を与えるべきではない。完全に満足させることは、結果としても問題であろう」、「利益 \parallel 危険共同関係による補償も結局は、信義則に根ざしているとみなされるかもしれない。このことはまづたく誤つてはいえまい。しかしこのように、法律構成要件と、その中に示された評価をあつさり排除して、実際に裁量による一般の権限を与えるようなことをせず、予測可能な範囲で、同種の状態の事件に特別の衡平な解決を与えることが決定的である」と結んでいる。

〔一七〕 このような、裁判所とプレイヤーの批判を考察するとき、筆者は基本的には裁判所の立場を肯定するとも

に、プレーヤーの批判の中にも、とるべきところの大きいことを感じる。

まず常識的に考えて本事案は、利益 \parallel 危険共同関係の典型たる共同海損などよりも、相隣関係たる侵界建築やイミシオンにはるかに近いものである。その上、利益 \parallel 危険共同関係も、そのものとしては法律に規定なき一般条項であり、これを唯一の基礎とすることが、相隣の信義則を唯一の基礎とすることよりも、それほどすぐれて法の一般的確実性に役立つとは考えられない。むしろ相隣関係にある人々は継続的接触という事実関係にもとづき、相互顧慮と受忍を通じて各自の利益を高めようという一種の継続的契約に準じた（もちろんそれより低次の）関係に入り、したがって判決もいうように、公序良俗則ではなく、信義則によつて規律されるのである。しかし連邦裁判所が法律関係としては全然無のところから、信義則だけを根拠に支払請求権をみとめたのは、プレーヤーのいう通り、論拠が薄弱である。筆者はつぎのようになりたいと思う。すなわち妨害排除の諸規定（§ 1004 BGB は加害者がその意思によつて妨害し除権がない）をまったく無視するのではなく、 \parallel 一般第三者間の係争事件を予想するこの規定を、相隣関係に適合させて、修正する \parallel という点から出発すべきであると考える。このことは決して法の原則に矛盾しないからである。具体的にいうならば、被害者側には客観的に妨害排除の要件が存在し、したがつて両当事者は実質的に妨害排除の法的関係に入るが、加害者側の主観的な意思が存在しないために、法形式上は、無効な妨害排除権を、相隣の信義則から、損害分担という形で（調整的補償請求権）実質的に有効なものとして取りあつかうのである。形式上無効な契約を、信義則から、一応形式のそなわつたものとして取りあつかうことと同じ考え方である（本稿「一六」プレー）。この点最高裁判所が、妨害排除権と費用請求は全然別のものだと傍論でのべているのは、かえつて誤をまねく（控訴裁判所の方が正しい）（おな本稿「一八」判）旨（2）（4）筆者註参照。そしてプレーヤーのいう利益 \parallel 危険を共同にする場合には、相隣の信義則がなお強く強調されるべ

き場合にほかならない。なおプレーヤーは、被害者（原告）に費用の全額を取得させるのは疑問だというが、侵界壁の修復費全額ならもちろん否定されるべきだが、原告は多大の受忍（壁を境界から後）をすでにしており、それに比して僅少な充填費用（しかもこれは被告の利益になる）の全額を取得させるのは、すでに全損害の中の一部であり、分担的意味をもつているのである。この支払請求は損害補償（Schadloshaltung）ではなく、調整補償（Ausgleich）の意味をもつことはつぎの判決（本稿）（一九九）が明らかにするであろう。

註 ここでは物権的妨害排除請求権について、ドイツの通説の考え方すなわち加害者とにかく加害者の意思にさかのぼる（過失をしないが、不可抗力の）ときのみ——費用も含めて——物権的請求権があるということを前提としている。しかし筆者は（日本民法の解釈においては）、物権的請求権は、被害者の妨害排除行為を加害者が受忍すべきこと \wedge を請求の内容及し、費用は責任の原理によつて決定すべきだという学説を正当と考える。そして相隣紛争では、その利用共同関係たる特質から、右の一般原則を修正して、妨害排除行為の結果としての \wedge 利益の帰する割合 \wedge で、費用を分担すべきだと考えている。囲障などのさいは共有物だから公平負担となる。詳細は別の機会に説くつもりである。

〔一八〕「BGHZ 28, 110」 参考までに右の一九五八年七月九日連邦裁判所判決（BGHZ 28, 110=JZ59, 166=NJW 58, 1580）の内容を紹介する。

〔事表〕原告は、一九五三年、戦争で破壊された土地・N市G通り一二番地を取得した。被告の営業所のある隣地・G通り一六番地もまた、今度の戦争で損害をうけたが、建物は大体において維持されていた。このことはとくに原告の土地に面して、境界に直接に建てられた境界防火壁についてもいえる。この壁については、土地G通り一二番地の現時の所有者のための共同使用権が登記されている。

原告は自分の大地にふたたび、建物をたてようとし、この目的のため、自分の建築設計書に、隣人としての被告の署名を得ようと

した。そこで一九五三年夏、両当事者は手紙を交換したが、この文通中被告は、自分の防火壁の表面には「異常」があつて、この壁と将来の原告の隣接壁の間に、空洞または軽度の隙間が生じるかもしれないことを通知し、あわせて、原告は原告自身の防火壁を確実にして、空洞または隙間の中に湿気が侵入せず、損害を生じないようにすべきこと、両防火壁の接着は、絶対防水的に行なうことを要求した。しかし原告は、被告が希望した、文書による義務引受の通知をしなかつた。

後日、原告は自分の土地に、大ガレージを建てはじめた。準備的測量をすると、隣地の境界壁は、異常があるだけでなく、強いそりかえりがあつて、原告の土地の上空に突きでていることがわかつた。原告はこのことを被告に通知し、その壁を土地の境界まで引きもどすか、または原告の建築実施のさい、壁が突きでているために生じる増加費用ならびに、その他のすべての損害を負担することを要求した。被告はこれを拒否した。そこで原告は境界から約二四センチの間隔をあげて自分の防火壁を建てた。原告は、湿気と害虫の侵入を防ぐため、両壁間の中間部分を軽石コンクリートで充填した。このため、原告の費用は、一、三三七ドイツマルクの額だけ増加した。原告は訴をもつて被告に、右の額に利息を加えて、支払うことを要求した。地方裁判所は訴を棄却した。上級地方裁判所は訴をみるとめ、被告は上告したが成功しなかつた。

〔判決理由〕

(1) 「被告の防火壁が突きでたのは、戦争という不可抗力の結果だから、原告は所有物妨害排除請求権を行使することはできない」(以下見出しとカッコ内は) (筆者による要約である) (判決はこの不可抗力と妨害排除請求権の関係についても詳論しており、興味ある問題を含んでいるが、本稿に直接関係しないので省略する。要するに § 1004 BGB の意味における妨害者であるためには、その侵害が少くとも間接に、彼の意思に根拠をもたねばならず、不可抗力の場合には責任がないというドイツの判例・通説の見解にしたがっている。日本の判例・通説とはことなる)。

(2) 「原告に所有物妨害排除請求権があると仮定しても、これにもとづいて、妨害排除にかわる別の費用(ここでは部分充)を請求することはできない。被告に故意過失があれば、不法行為の規定による賠償を求めうるが、本事案で

は、いうまでもなく、被告に故意過失はない」(これは傍論である)、(控訴裁判所は、原告の請求は、妨害排除請求権がより小さい形形で現われたものだと考えたが、連邦裁判所は両者は本質的に相違するものであつて、§ 1004 BGB は被害者に、そのこうむつた侵害を将来につき中止させる権利を与えるにすぎず、すでに生じた侵害の結果たる損害の除去は § 823 以下と § 249 以下による損害賠償の問題であるという)。

註 (筆者) しかし連邦裁判所のこの点の判旨は疑問である。現在の侵害状態の除去と、過去の侵害の結果たる、損害の回復が別物であることは理論的に正しい。しかし現在の侵害状態を受忍する代償としての補償という考え方は、右と矛盾しない。後述の(三)連邦裁判所一九五八年一〇月八日判決は、この代償としての補償という考えを明確にうち出している。(稿本)

(3) 「原告の隙間充填行為は被告の意思に反し、したがつて事務管理とみとめることはできない」——詳細は略。

(4) 「原告の支払要求は、相隣共同関係の観点から正当である。これは信義則適用の一表現である。原告の要求額たる充填費用は、被告が壁の原状復帰に要する費用より、いちじるしく僅少である上、原告はみずからの土地の一部を犠牲にしている事情もあるから、被告が右費用を支払うのが衡平にかなうものである」

……かくて控訴審判決の主な根拠は、上告人の異議に敗れるとしても、裁判はそれにもかかわらず § 536 ZPO (民事訴訟法) により維持されるべきものであつた。なぜなら原告の支払請求は、相隣共同関係の観点から、是認されるべきことが明らかになるからである。

相隣共同関係という概念はライヒ裁判所の判例において発展した (RGZ 132, 56 以下多) 数をかかげる(省略) 実際には、相隣共同生活という、特殊な要件事実にもとづく信義誠実 (§ 242 BGB) の原則の適用に関する問題である。この相隣共同生活から、当事者に相互顧慮の義務が生じる。そしてこの義務により、自分のもつ権利の行使も、良俗違反がなくても、ある要件の下においては、許されないものとなる(ただの第三者間では良俗違反がなければ違法とみとめられない) 不法行為 § 826 BGB (場合で)。土地隣人の権利義務はまず相隣(も) 相隣関係では信義則違反 || 契約 § 242 BGB || があれば違法になるというのは注目に値する。

法的法律規定 (§§ 905ff. BGB) によつて規正されるから、かかる制限は、やむをえない理由から必要となる例外に、とどめておかねばならぬのはもちろんである。しかしそれはともかく、土地所有者のその隣人に対する顧慮義務にもとづき、事情によつては、決して不作為(受忍または妨害停止)に尽きず、衡平の見地から期待されるなら、この者に積極的行為義務を負わせることもできる幾多の場合には、衝突する利害の公正な調整をはかるために、法律規定をこえてゆくことが必要となる。……本件におけるこの調整は、両家間の壁の隙間の充填によつて生じた費用を、被告が負担することである。この隙間を充填することは、壁の損傷を防止するに必要であつた。そして原告がこの充填費用を出さねばならなかつたのは、ただ隣地の境界防火壁がそりかえつていて、自分の壁を境界に直接建てることができなかつたという理由だけによる。しかも原告はもともと、境界に直接建てる権限を、その所有権からもつていたはずなのである (§§ 903, 905 S. 1 BGB)。さらに原告は自分の土地のために隣地の不動産登記簿用紙上に登記された地役権を顧慮して、自分自身の壁など作らず、被告所有の家の壁を境界防火壁として利用しながら、これに接して自分の建物をたてることもできたであろう (§ 1018 BGB)。もし原告が、隣家の状態のために、自分が法律上、かつ不動産登記簿上もつている権利を実現することができず、自分の工作物を境界から二四センチ離して建てることを余儀なくされたならば、このことは被告が今もなお原告に隙間の充填——これは結果的には被告の建物のためにもなる——を自分自身の資力で遂行することを要求しうるとするならば、不衡平であり、しかも相隣共同関係から生じる相互顧慮義務と一致しないだろう。

本件の特殊事情はむしろ原告がこの出費を免れ、被告の負担とすることを命ずる。上告人が異議を申し立てるとしても、右のごとは結局、範囲と費用からみて、期待可能な、より小さい防禦措置として考慮されていることになるのであつて (Enneccerus-Wolff, *FuPa*, 8) これを制限する根拠は不確かであろう。いずれにせよ、訴求された一、三三七ドイツマルクの額は、壁の突き出しを除去するために要する二二、〇〇〇ドイツマルクと比べると、非常に僅少だから、ここでは期待不可能とはいえない。

§ 912 I BGB (境界建築 (本稿(五)④)) の規定も、別の判断に導かない。……なぜならたとい § 912 I BGB によれば、原告の受忍義務が存在すると仮定しても、その忍容義務は、地所の侵奪とその直接の結果をこえて拡がるものではない。しかし原告は隣接建物の状態を

受忍するにとどまらず、自分自身の措置をなすことを余儀なくされたのである。……以下略……

註(筆者) このように最高裁判所は、本件事が法律をこえるべき、特殊例外事件であることを、非常に詳細に説き慎重な態度をとっているが、それにもかかわらず、まったく信義則を唯一の根拠としているために、理論的に弱体だとの批判をまぬかれない。信義則を法の修正原理として用うべきであつた。すなわち、形式上無効な妨害排除権が、相隣信義則によつて、特殊な形で(すなわち調整的補償請求権)、有効なものに転換されると解すべきであつた。

〔一九〕 一九五八年一〇月、連邦裁判所は、右判決と対照的に、被害者は法律上、侵害の受忍の義務を負わないのに、特殊事情にもとづき、//相隣共同関係から、その義務を負わせ、かつそのかわり、その代償として、加害者の故意過失に無関係な損害補償請求権 (Anspruch auf Schadenshaltung) を与えた。そしてこの判決は、このような実質的な結論において重要性があるのみでなく、判決理由において、過去の判例理論を整理し、明確にした点で注目すべきものである。すなわち、被害者は、§ 906 BGB (本稿〔五〕) によつて受忍義務を負う場合は、何らの補償もうけられないことを原則とする(すなわち無償の受忍義務である。しかし、被害者は相隣関係では加害者の立場にたつこと)が、この受忍と補償の特則をつぎのように明らかにした。

(一) 被害者は、法律上 (§ 906 BGB、^な形式的には無償の受忍義務を負うが、事情により、相隣共同関係にてらしてとくにそれが不衡平に思われる場合には、被害者に損害の一部の補償を与えることができる。裁判所はこれを調整的補償請求権 (Ausgleichsanspruch) と名づけ、RGZ 154, 161 (本稿〔二二〕) がその例だとしてゐる(少し事情はちがうが、もこの場合に属するといえよう)。(前掲 BGHZ 28, 110)

(二) これと逆に法律上は、何らの受忍義務を負わない(妨害排除停止請求権をもつ)被害者に、例外的に、相隣の顧慮から受忍義務

務を負わせることができるが、しかしこのときは被害者に損害の全部の補償を与えるべきである。裁判所はこれを損害補償請求権 (Anspruch auf Schadenshaltung) と名づけた。この具体的内容はこの判決自体が明らかにするであろう。すなわち、

〔二〇〕 一九五八年一月八日連邦裁判所判決 (NJW 59, 97)

【事実の摘要】 被告は、約七〇人の労働者を使用して、石膏採石場、石膏粉製造所、窯蒸解機などの設備を経営し、漸次拡張した。原告はその土地を市から買うけ(そのさい、被告の爆破による損害につ精密器具を製作している。はじめのころは被害はなかつたが、被告企業の拡大につれて、採石の爆破による落石のため、損失をうけるようになった。市当局が間に立つて、被告には使用爆薬の種類、量、爆破手続、爆破時間(一日一の制限を加え、他方原告には屋根の強化、戸や窓の保護設備の設置を命じた。原告はこれを不満とし、原告の土地に石が落下するかぎり、爆破を停止すべき旨を申し立てた。ラント裁判所は訴を棄却、原告は控訴し上級ラント裁判所は、当局の命令を被告が厳守しなければ、すべての爆破を停止すべしと判決し、あわせて被告は損害賠償 (Ersatz) について責任があり、同時に将来の賠償義務も確認した。被告は上告し、原告も付帯上告した。最高裁判所は、右の原則をみとめたが、損害賠償算定の基礎に疑があるとして破棄差戻した。

【判決理由】

- (一) 「微小でない大きさをもつ固体たとえば爆破による石屑は、§ 306 BGB にいう「干渉」ではなく、したがってこの限りで被害者は受忍義務を負わない。」(見出しおよびカッ)。(被告はその上告にさいし、まず原告は § 306 BGB により受忍義務を負うと主張した。しかし学説、判例では、かかる大きさの固体はイミシオンでないことは確固たる通念である)。
- (二) 「この採石場は § 26 GewO (本稿 (八七)) の適用をうけないから、したがって、この規定からも被害者の排除権は影響されない。」(比較法的価値が少)いので省略する)。

② 「特殊事情のある例外的事件においては、干渉たとえば爆破による石屑の落下は、相隣共同関係を顧慮して § 906 BGB をこえて、これを受忍すべき場合がある」(原告は付帯上告において、原告は受忍義務を負わないのだから、被告はたとえ制限付きでも爆破をなすべきではないと主張したが) 控訴裁判所が、最高裁判所判例は相隣的利益が衝突する場合、土地所有者の所有権から生じる諸権利の行使を禁止しうる相互顧慮義務が、相隣共同関係から生じる、といっていると言明したのは妥当である (RGZ 154, 161; 159, 129; 167, 14……略)。

ライヒ裁判所が裁判した事件では、当該工業イミシオンは、場所價行的で § 906 BGB の条文によれば許されるが、農業をいとも隣人に対し、きわめて重大な経済的損害を加えるものであった。

ここでは事情は逆である。原告の土地 §§ 903, 906 BGB によれば許容されず、したがってそれ自体 § 1004 BGB により停止の訴をもつて防止できるはずの干渉をうけている。しかしながら、やむをえない事情が存在すれば、§ 906 BGB をこえて、相隣共同関係から、被害地の所有者の受忍義務が生じるといふことを、特殊事情のある例外的場合には肯定しなければならぬ (一九五八年邦裁判所判決)。

原告はまた付帯上告で、調整されるべき諸利害の較量のさい、原告の利益が十分に顧慮されていないという。……しかし、きわめて小さい形態で発出した原告の営業は、採石場の爆破により間断なく侵害をうけながらも、最近にいたるまで発展して来たことは争いのない当事者の申立が明らかにしている。原告の利害を顧慮するならば、落石によるすべての侵害を差止める権利を、直ちに完全に認めなければならぬなるほど、その受忍義務の経済的意義は大きくはない。……

原告は付帯上告で、被告は他の特殊石膏(齒科医)の生産にかかわることができ、また現在、他人の石膏採石場を四キロメートルはなれたところで賃借しており、原料も発見したこと、さらに被告は自身の土地にも新しい石膏採石場を開発しようという鑑定を付加した。しかしこの申立からすでにわかるように、被告は深く関与した企業形態を変更(移転費、特殊石膏についての新しい)するか、新採石場を建設するかのいずれかをなさねばならぬことが明らかにになる。しかし専門家Cの鑑定によれば、別の新採石場の開採は二乃

至三年要するため、被告の経営は倒れるにいたるだろう。したがつてたとし上級ラント裁判所が、現在の採石場における爆破を停止した場合、被告は完全に存立できなくなるということを確認していないとしても、控訴裁判所が重要視しなかつた事情も存在する。すなわち採石場の休業は、とにかく労働場所のいちじるしい喪失となり、これは労働者全員に対する被告の補償義務 (Fürsorgepflicht) のために、¹⁾ 第三者の権利による、許されざる異議々々を意味しないのである。

原告には受忍義務だけでなく、相隣法的根拠からは決して期待しえないところの独自の行為(建物^の強化)が要求されているという付帯上告の考量も、§§ 306, 1004 BGB による原告の差止権の制限に、決定的反論にならない。積極的行為義務は、例外的に、相隣の顧慮の必要から生じうる(前掲一九五八年七月一日判決、本稿(一八))。……しかしこれは単にすべての損害賠償請求権につき、したがつて相隣法においても適用される § 254 BGB (相殺) の効果としての、自己についての義務^のの履行の問題であるにすぎない。

こうして控訴裁判所が、停止の訴を制限し、被告は爆破することを、経済的に必要欠くべからざる範囲内で、すなわち控訴裁判所判決主文という原告の損害をできるだけ少くする条件を厳守するときにかぎり、許されるとしたのは違法ではない。……

(四) 「原告が主張しうる支払請求権は、§ 1004 BGB にもとづく妨害排除請求権の代償となるものだから、単に損害の衡平な分配を意味する調整的請求権 (Ausgleichsanspruch) ではなく、損害全額を対象とする損害補償請求権 (Anspruch auf Schadenshaltung) である。すなわち加害者の故意過失を必要としない」

上告人(被告)は、判決が被告に支払を命じたことについても異議を申し立てている。控訴裁判所はその損害補償請求権を、調整的補償請求権すなわち場所慣行的ではあるが、隣人を過度に加害するイミシオンを理由とする上述ライヒ裁判所判例における調整的補償請求権と同じ性質のものともみなしている。だから控訴裁判所は、この請求権をはじめから、完全な損害の賠償ではなく、部分損害の賠償に関するものだと考えている。この見解は法的に誤っている。なぜなら原告は、さもなければ § 1004 BGB により、完全な範囲で、爆破停止請求権をもつにかかわらず、ここでは被告が控訴裁判所の確定した条件を厳守するならば、原告はこれを行使することを拒否されるがゆえに、損害補償請求権が与えられるからである。このことを控訴裁判所は見誤つたのである。したがつてこの損害

補償請求権は、最高裁判所判例によれば、完全な損害の賠償 (Gesamtschaden) であり、しかも被告の有責の立証は不要であり、訴提起前の損害も含む。……

それにもかかわらず被告に支払を命じるこの判決は支持されえない。……原告は被告に対し、単に調整的補償請求権をもつのではなく、上述のように損害賠償 (Schadenersatz) 請求権をもつのである。前者が、衡平によつて決定され、おそらくは全損害を包含せず、しかもその内部で独立の複数の請求権は存在しないのに反し、後者は § 1004 BGB にもとづく妨害排除請求権が拒否されたことによつて生じた点で共通の法的根拠をもつが、種類と発生からみると、様々の独立の個別的請求権を含んでいる。控訴裁判所は、被告は一二、二〇〇ドイツマルク支払うべしとの判決を裁判の時点における土地の減価——将来予想され、原告が受忍義務を負うところの被告の土地からの落石作用による減価——と、過去における原告の追加的出費——落石に対する防禦のための二重屋根についての出費で、現在の土地減価とは無関係のもの——に基礎をおいている。しかしそのさい、いかなる範囲で、この異種の賠償請求に分配されるか明らかではない。したがつてこの点における瑕疵は、上告審で治癒されえないから、支払義務を負わせる範囲で、判決の破棄と事案のこの範囲における差戻しを必要とする(傍点)。(筆者)。

(四) 「民事訴訟法 § 256 ZPO は将来の法律関係の確認を許していないが、本事案の如きは条件付またはこれと同等の法律関係とみなすべきである。あらゆる蓋然性と被告自身の陳述からみて、被告は碎石と爆破の経営を継続するであろう。したがつて例外的ではなく、しばしば損害が発生することが予見されるから、訴訟経済上も、そして当事者の法律関係を将来にわたつても原則的に明らかにするために、確認訴訟は許さるべきである」

第五 大規模な近代的イミシオンと相隣理論の止揚

——私権と公益の衝突の調整——

〔二二〕ドイツ民法典の立法者は、相隣法の形成にあつて、耕作生活、市民的居住生活や、せいぜい一九世紀の技術水準における小イミシオンしか想定しなかつた。実際このような場においては、イミシオンはすべて相隣的性格をもつていた。作用のおよぶ範囲が相隣であるという定義 (Meisner-Stern-Hodes) が常識的にも法的にも妥当してゐた。当時でも自動車などは直接、土地利用とはいえないが、これは道路が作用の発生源と考えれば (Heck § 50, 2 のように解せ)、これもまた相隣の特徴を失わなかつた (なお筆者自身は厳密に理論的な意味で相隣法という特殊な領域。を考へる必要なく、問題は互換可能性の度合だと考へてゐる。)

しかし近代技術の発展と、産業規模の拡大は、これらとまつたく異質の問題を提供するにいたつた。ヘルシェル (Herschel, S. 76 同旨 Staudinger) は、第一にイミシオンの到達距離の伸長を挙げ、作用のおよぶ範囲が相隣だといふならば、放射能灰などについては日本とドイツも相隣関係にあることになり、常識的な意味での相隣関係の概念から、あまりにもへだたつてしまふという。また第二に現在のイミシオンは決して土地から出るとはかぎらず、航行中、または繫留中の船舶、自動車、航空機、ロケットなどからも、顕著なイミシオンが発生する。さらに工業設備も § 95 BGB の意味で、土地構成要素たる必要はない (Herschel)。このようにイミシオンを土地利用に結合することが無意味になるだらうといつてゐる。

しかしヘルシエルのこの疑問は、もつともな点もあるが (後述)、かなり法的概念と常識的概念との混同から生じてゐる。すなわち、放射能灰などにおいて、日本とドイツが相隣関係に立つことになるということは決して不合理でない (ただ放射能灰について) し、またイミシオンはある程度継続しなければ問題にならぬから、一過性の自動車、航空機も、それ個々のものは相隣法の問題ではなく (むしろ不)、重要なのは、これらを継続的たらしめる道路、飛行場または空路である。これらは (最後は少し問題だが不可能ではない) すべて土地に関連がある。

しかしヘルシエルがこれらのイミシオンに伝統的相隣法を適用することに、疑問を抱いたのは、きわめて正当である。ただそれは彼が挙げた右の二つの理由によるのではなく、これらの近代工業によるイミシオンにおいては、加害者と被害者の地位の互換可能性(ある事柄の被害者は、別の面に加害者になつてゐる、またその可能)性があるということ、そしてそれがバランスしていることを指す(指す)が失われているからだと解すべきであろう。相隣関係による受忍は、互換可能性を対価として、利害を共同にする人々の間でのみとめることができる。大工場と市民とは互換可能性がなく、調整すべき共通の利益を失つてしまつたのである。道路にしても、交通量や車の質において昔日とはまつたく、ちがつた様相を呈している。このようにして結論としては、筆者もヘルシエルならびにドイツの通説とともに、これら近代的工業イミシオンに古来の相隣法を適用すべきではないと考える。したがつてこれらには § 906 BGB の適用がなく、また相隣の信義則にもとづく受忍義務を負わない。しかしだからといつて被害者たる各市民のすべてに、かかる大工業に対する妨害停止(これは結局営業)停止を意味するの権利を与えるならば、国民経済の基礎が失われることになる。すなわち被害者の受忍義務は、加害者と被害者を直結する信義則からではなく、加害者の背後にかぎりなく——再び被害者をも含んで——ひろがる公益の要請から生じる。ここで被害者は公益の犠牲になつたかという考えが生じ、これは直ちにドイツの伝統的な犠牲行為にもとづく請求権という觀念を思い出させる。すなわち、ドイツの判例の確固たる命題として、一七九四年のプロイセン一般ラント法前文(Art. 119) 第七四条、第七五条(次述)と、ドイツ民法典第九〇四条(緊急避難)およびライヒ産業法第二六条(本稿) (八七)にもとづき公の当局に指図された措置に対する所有者の受忍義務と、その犠牲の補償のため、その受益者に対する損害補償請求権 (Anspruch auf Schadloshaltung) が存在するのである。なおこれは必ずしも損害全部を賠償する必要はないと解せらるゝ(Westermann § 28) (III, 3, S. 120)。

〔二二〕 「犠牲行為にともづく請求権 (Aufopferungsanspruch)」

(この語は原語からだと、犠牲を要求する権利のように思われるが、ドイツの学者は補償請求権の意味で使っている感である)

「一般ラント法前文(一七九四年六月一日・プロローグ)」(Einleitung des Allgemeinen Landrechts)

§ 74 Einl. ALR 国家構成員の個々の権利と利益が、共同の福祉促進のための権利と義務に現実と矛盾(衝突)するときは、前者は後者の下位で立たねばならぬ。

§ 75 Einl. ALR これに対し、国家は各自の特有の権利と利益を、共同体 (das gemein Wesen 国家) の福祉に犠牲に供することを余儀なくされる者た、補償をなすべくである (zu entschädigen)。

〔二二〕 犠牲行為にともづく請求権という考えを、イミシオンに適用することは、既述(本稿(二二))のライヒ裁判所の判決 (RGZ 154, 161) の理由に對する批判として現われた。そこでは大工場から生ずる干渉が、たとい場所慣行的なものであつても、隣接農地に致命的侵害を加える場合は、これを違法と宣言し、工場に配分的賠償義務を負わせたのであつた。現在の学説もすべてこの結論には同意する (Staudinger-Seufert § 906, 49, S. 444, Enneccerus-Wolf-Raiser 注釋の学説に立つては)。

しかしこれらの学説は、この判決が、この種のイミシオンはこれが被害者の存立をおびやかすときは、違法だとおべていることに批判的である。その理由はまず、形式的には、場所慣行的作用を、適法と宣言している § 906 BGB の条文に違反することである (Staudinger-Seufert, Enneccerus)。すなわち妨害を防止し、少くともがまんしうる程度に減少すべき信義則上の義務を怠るならば、違法となることはいうまでもないが、放散者が § 906 BGB の限界内で行動し、防止措置が不可能か、またはその期待可能性がないときは、彼の活動がたとい同時に隣人の場所慣行的活動をはなはだしく侵害し、その経済的存立を危険にしても、違法とはならない (Enneccerus-Wolf)。そして実質的根拠と

しては「われわれの国民経済の本質的基礎を構成する工業の存在を、その近代技術が不可変更的にもたらしたその形態において『違法』ということ、法学的な『良き好み (der gute Geschmack) に反する (Sandinger)』」ことを挙げ、そして侵害を、技術的手段をもつて完全に阻止することができず、隣人の存立基礎をおひやかすが、しかし場所慣行的であるために、§ 906 BGB からみても適法であり、権利濫用 (§ 226 BGB) にも該当せず、国民経済的見地から差止めることも考えられないときは、真正の法律欠缺が存在するというのである。そして右判決 (RGZ 154, 161) における相隣共同関係という考えは、工場側の防止手段設置義務と、被害者側の損害減少義務の基礎とはなりうるとしても、それだけではここで要求された広い受忍義務の適当な基礎ではないとする (Sandinger-Seufert)。

共同関係は、その本質によれば、両当事者の犠牲の下にはあるが、結局は両立する利益を前提とする。しかし今問題にしている場合には、結局公益が被害者に受忍を要求し、侵害の禁止請求をゆるさないために、自分の生存をおひやかす侵害を受忍しなければならないのである。しかし代償が与えられるべきことについてシュタウディングガーはつぎのように結んでいる。「工業の近代的経済形態は、それがわれわれの経済生活の基礎を意味するがゆえに適法である。犠牲行為にもつく請求権は、たんに公法的行為についてのみ存在しようという考え (国家が犠牲を要求する場合権をもつという) から脱するならば、ここではまさに §§ 74, 75 Eml. pr. ALR (右注) の法思想によつて取りあつかわれべき問題であつて、受忍義務と調整的補償請求権という結果をとまなう、すべて公益的事件についての問題である (Sandinger-Seufert)」。 (同前「Ermaceus-Wolff-Raiser S. 191, Henschel (IZ 59, 80), Westermann S. 302, Pleyer」) (§ 906, 49, S. 444) (S. 307, 反対「犠牲行為にのみつく請求権は公法上のみ関係する」という理由に Eicher S. 300)。

イミシオンについては、被害者は互換可能性のある限度で、無償の受忍義務を負うから、その範囲で補償は与えられない。したがつて調整的補償となる。筆者の表現方法によるならば工業イミシオンは、それがもはや市民的互

換可能性を失つた範囲で、被害者に補償請求権を与えるということになる（結論としてドイツの通説）。この補償額は商品の価格に組入れられて、工場を存続せしめた一般購買者（その利益が公益であつた）が分担することにならう。

おわりに

以上ドイツ民法上の相隣理論の基礎的發展を概観したが、日本の現状と比較すると色々な問題を提示する。詳細はあらためて論ずるとして、原則的な問題だけに触れておきたい。日本ではイミシオンが私権とくに妨害排除権の対象となるという意識がほとんどない。日々の新聞などでも騒音やガスの苦情がかならずあるといつてもよい程だが、そのすべてが取締当局に対する問題として意識されている。日本のよう前時代的な共同体意識の強いところでは隣人を直接の相手として係争関係に入るよりも、第三者たる当局を媒介として交渉する方が、穏便だという考えも支配する。そして学者にも、イミシオンのような問題は、取締りによつて、イミシオンそのものの減少をはかるより十分な方策はないという気持もあるようである。筆者も、このイミシオンの減少が根本問題であり、そのためには公害防止などの取締りが不可欠で重要だと思ふが、これがすべての事案をおおいつくすことは不可能であり、しかもこれは、ともすれば警察権の私的生活圏の介入の濫用のおそれもある。これに対し私権の行使は、損害の分担にとどまらず、イミシオンそのものを減少させる有力な手段となりうるのであつて、私法上の相隣法の確立は、公法的取締りと同様、あるいはそれ以上に重要視しなければならない。しかしそれにしても日本の裁判が、もつと迅速に行われなければ、このことも画にかいた餅にすぎなくなるだろう。

（一九五八年一月二〇日）

（追記） 一、日本の相隣法理論についての試論を二月二六日の京都の民法研究会で発表した。

二、校正中に法律時報第三二卷三号「生活妨害の法理」が出た。触れる余裕がないのが残念である。