

土地所有者の自由と責任

論

張 洋 介 説

目次

1. 序—問題提起
2. ドイツにおける土地所有権規定と相隣共同体関係理論の概要
3. 相隣共同体関係に関する BGH の判例(1) 2000年まで
 - (1) 1945年から1960年代まで
 - (2) 1970年代から1990年代まで
 - (3) 1990年代までの判例の分析
4. 相隣共同体関係に関する BGH の判例(2) 2000年以降
 - (1) 2001年 2 月16日判決
 - (2) 2001年 7 月 6 日判決
 - (3) 2003年 1 月31日判決
 - (4) 2003年 7 月11日判決
 - (5) 2003年11月14日判決
 - (6) 2008年 1 月24日判決
 - (7) 2008年 9 月19日判決
 - (8) 2011年 7 月 1 日判決
 - (9) 2012年 6 月29日判決
 - (10) 小括
5. むすびに代えて

1. 序—問題提起

民法上、土地所有者は206条に基づき、法令の範囲内であれば自由に使用収益処分ができる。したがって、自由な権利行使としての土地利用（最近では不利用も問題となる）が周辺に重大な影響を与えた場合でも、その

権利行使が法令の範囲内であれば適法とされる。近年、主として不法行為に基づく損害賠償請求および差止請求訴訟という形で議論の対象となっている問題も、原因は、都市計画法や建築基準法などの公法上の規制の範囲内であるが近隣住民が想定していなかった土地利用にあることが少なくない。具体的には、景観利益が議論の対象となった都市景観紛争⁽¹⁾や、平穏生活権が問題とされた葬儀場に関する紛争⁽²⁾などが挙げられよう。これらの問題に対しては、不法行為法学において新しい法益と不法行為法の問題として活発な議論となっている。⁽³⁾これらの新しい利益に関する不法行為法の役割について、「当初は全面的には権利性を承認しにくい利益についても、特定の侵害行為との関係では保護を承認するというように、権利の生成を助けるものとな」り、「一定の利益に対する社会的な価値判断等の変化を反映させる」点にあるとされる。⁽⁴⁾このように、多様化した保護法益について議論することで、「前提となる社会状況や社会における価値観の変動」を法理論へとフィードバックすることが意図されている。⁽⁵⁾

こうした不法行為法学における議論の一方で、上述のさまざまな紛争に

(1) 典型は、国立景観紛争であり、第一審（東京地判平成14年12月18日判時1829号36頁）が、景観侵害を理由に高層マンションの上層部の撤去を命じたことにより、社会的にも注目を集めた。

(2) 最判平成22年6月29日判時2089号74頁。

(3) 代表的なものとして、吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学35号143頁以下（2005年）、日本私法学会2010年シンポジウムである能見善久「新しい法益と不法行為法の課題 総論」NBL 936号（2010年）8頁など。また、吉村良一『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社2016年）も第2部第2編で論じている。

(4) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣 2007年）136頁。

(5) 窪田充見「特集にあたって—『不法行為法学の混迷』と『不法行為法の動態的性格』」ジュリスト増刊論究ジュリスト16号「特集 不法行為制度のあり方を考える」4頁。

における侵害行為をもたらす土地利用に関しては、そのままが良いのかという疑問がある。つまり、景観紛争や平穏生活権が問題となる事例における土地利用は、「法令の制限内」でなされた行為であるから自由としたままでよいのだろうか。筆者は、かつてわが国における土地問題と土地所有権論の変容過程を分析したが、⁽⁶⁾そこでは一貫して「自由な土地所有権をいかに規制するのか」が課題とされてきた。歴史的、社会的背景が変化し、社会における価値観も変動しているにもかかわらず、土地所有者は変わらず「法令の制限内」であれば全くの自由に権利行使することが許容されるのだろうか。所有権の客体が土地であるからこそ、それが国土の一部でありあるいは都市空間の一部でもあるという特殊性を有し、したがって、他の⁽⁷⁾所有権一般よりも色濃く時代状況、社会状況にその性質が規定されるのではないだろうか。よって、社会における価値観の変動に応じた土地所有権のあり方を理論的に把握する試みが必要なのではないか。このような疑問が、本稿の検討の出発点である。そして本稿が目指す土地所有権のあり方の方向性を端的に示せば、土地所有者の自由を前提にしながらも、同じ土地所有者間では、他者を害することなく土地利用を行う責任が措定できないかということである。この点について以下で敷衍しよう。

土地利用に関する規制は、第一義的には、法律条例による規制によって土地利用秩序が形成されなければならない。これまでわが国においては、土地法論、都市法論が対象としていた問題であり、そこでは「原則として自由な私的所有権」と「公益的規制」という二項対立構造を中心として、と

(6) 拙稿「土地問題と土地所有権論の変容」法と政治第55巻第3号(2004年)参照

(7) 所有権一般に関しては、近年議論が活発になっている。たとえば、日本法社会学会2013年度学術大会の全体テーマ「新しい『所有権法の理論』」(「法社会学」80号2014年)や、所有権に限定していないが、物概念などについて日本私法学会2014年シンポジウム「財の多様化と民法学の課題」。

くにわが国においては「『土地所有権に対しては、公共の利益に対する目前の支障を除くために必要最小限の規制を行うことのみが許される』⁽⁸⁾とする『必要最小限規制原則』が支配的である」とされてきた。つまり、土地法論、都市法論においては、基本的課題として「自由な土地所有権」をいかにコントロールするかということが論じられてきた。この点に関しては、角松教授により提示されている都市空間の法的ガバナンスに関する二つのモデルのうち「協議モデル」⁽⁹⁾（ステークホルダー間の協議・交渉を促進するための何らかのしくみの創出を志向するガバナンス・モデル）が重要であるとする。土地所有権者はもちろんのこととして、その他のステークホルダーも含め、当該地域、都市空間をどのようなものとするのかについて協議交渉することで、地域・空間形成のルールを形成していくことが望ましい。例えば、都市景観に関しても、原則としては、土地所有権者を中心としつつもその他のステークホルダーも参加し、協議交渉を通じてその地域の景観の形成・保全などに関するルールを形成していくことがまずは必要となる。⁽¹⁰⁾そして、そのようにして形成された土地利用秩序により、個人の権利が制限されるのであれば、そこでは原則として適切な補償のもとで制限がなされなければならない。⁽¹¹⁾1980年代に、供用義務論と呼ばれる土地所有権論⁽¹²⁾が提示され、土地所有権の内在的制約を強調して、土地所有

(8) 角松生史「都市空間の法的ガバナンスと司法の役割」角松生史，山本顯治，小田中直樹編『現代国家と市民社会の構造転換と法』日本評論社2016年 27頁。

(9) 角松 前掲注(8)40頁。

(10) 能見 前掲注(3)でも景観利益については、地域住民の民主主義的な議論によって決まるべきとしている。

(11) 憲法29条3項。個人と公共、公益との対立においては、公共・公益のために容易に個人の権利が制限されることは許されないと考える。無制限の自由が許容されないと同時に、無制限の制約も許容されるべきではない。

(12) 供用義務論についての議論は、拙稿 前掲注(6)471頁以下を参照。

者による土地の利用義務だけでなく、自ら利用しない場合には他人の利用に供することまでも含めた義務が提唱されたが、本稿の立場は、このような「公の利益のための社会的・内在的制約」を含んだ土地所有権論を志向しない⁽¹³⁾。

本稿において目的とするのは、上述のように、民主主義的な議論を通じて形成された土地利用秩序内における土地所有者間での自由と責任のあり方を論じることである。つまり、その地域においては同じ「法令の制限」に服する土地所有者の関係において、土地利用の自由の範囲はほぼ同条件となるはずである。そのような同条件のもとで、一方の自由な土地利用を原因として、他方の土地利用に重大な影響をおよぼした場合にどのように解決すべきかを問題として検討する。公益に対する私人の権利の保障および適切な補償の問題とは別の私人間の権利の調整の問題である。冒頭に述べたように、わが国では、このような問題でも、その解決はもっぱら不法行為法が担ってきた。その点を否定するわけではないが、景観利益が709条の「法律上保護される利益」にあたると認めた国立景観訴訟最高裁判決⁽¹⁴⁾が、その景観利益の侵害に該当するためには、結局のところ、公法上の規制に反するか、権利濫用にあたるとような土地利用である必要があるとしていることを考慮するならば、公法上の規制にも反せず、権利濫用ともいえないような土地利用自体を問題とすべきではないか。いわば「違法ではないが妥当でもない」土地利用が問題の原因なのであり、したがって、土地所有権論としても、そのような土地利用を調整する論理が必要であろう。

それでは、不法行為責任を問わずにどのような解決を目指すべきであらう

(13) あくまでも、方向性の問題であり「土地所有権に内在する社会的・公共的制約」を完全に否定する考えではないし、また、完全に否定はしえないことも認識している。

(14) 第一判平成18年3月3日（民集60巻3号948頁）。

うか。現時点で筆者が考える一つの解決方法として、土地所有者間において、同一条件である「法令の制限内」での土地利用をする際には、他の土地所有者の利用を害さないよう土地利用を行う信義則上の顧慮義務があり、この義務違反に対しては、その利用を害された土地所有者からの土地所有権に基づく妨害排除・妨害予防請求権を認めることが挙げられる。この考えは、ドイツにおける相隣共同体関係論⁽¹⁵⁾から示唆を得たものである。ドイツにおいては、信義則から導き出される「相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務」という信義則上の義務が土地相隣者間には課せられているとされ、判例上、この相互顧慮義務を用いて相隣紛争の柔軟な解決が図られている。もちろん、日独で社会状況が異なれば当然検討対象である土地所有権の捉え方も異なり、また、土地所有権に関する法制度の違いもあるため、ドイツにおける相隣共同体関係理論がそのまま導入しうるわけではない。しかし、わが国と異なり土地利用規制に関して「建築の不自由」原則が妥当するとされるドイツにおいて、その規制の下でどのような土地利用紛争が生じ、そしてその紛争に対して、相隣共同体関係によりどのような解決が図られているのかを分析することは、本稿の課題に対する問題解決にとって示唆が得られると考えている。そこで、ドイツにおいて連邦通常裁判所（以下、BGH とする）が、この理論を用いることで、具体的にどのような事件に対してどのような解決が導き出されているのか分析し、わが国においても同じ方向性での解決が可能かどうかを検討したい。

(15) 相隣共同体関係理論に関しては、すでに優れた先行研究が存在する。代表的なものとして、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミション法の展開（一）（二）」都法26巻2号（1985年）573頁以下、27巻1号（1986年）345頁以下（以下では「神戸論文（一）（二）」とする）および東孝行「ドイツにおける相隣共同体関係の理論の帰趨」（『現代民法学の理論 上巻—西原道雄先生古希記念—』信山社2001年3頁以下）（以下では「帰趨」とする）を参照。

よって、以下において、まずは日独の土地所有権に関する法制度の差異を確認するため、ドイツ民法典（以下ではBGBとする）における土地所有権に関する規定を確認し、その制度の矛盾の克服のためライヒ裁判所（以下ではRGとする）が作り出した相隣共同体関係理論の展開過程を簡単に概観する(2)。そして、まずは2000年までの相隣共同体関係に関するBGHの判例を分析した上で(3)、2000年以降のBGHの判例を紹介する(4)。最後に、わが国の問題に対して現時点でどのような示唆が得られるかを検討したい(5)。

2. ドイツにおける土地所有権法と相隣共同体関係理論の概要

ドイツ民法典（以下ではBGBとする）における所有権規定は、903条に規定されている。⁽¹⁶⁾903条は、自己の物を自由に取り扱いうという積極的権限と、自己の物への他人のあらゆる作用を排除しうという消極的権限を規定している。そして、この消極的権限を具体的に規定するものとして1004条⁽¹⁷⁾がある。1004条は、占有の剥奪および留置以外の方法で所有権が侵害された場合に妨害排除請求および不作为請求を可能とするものであ

(16) BGB903条 所有権の内容

物の所有者は、法律及び第三者の権利と対立しない限りにおいて、物を自由に取り扱い、そして、第三者のあらゆる影響を排除することができる。動物の所有者は、その権限の行使に際して、動物を保護するための特別規定を遵守しなければならない。

(17) BGB1004条 侵害の排除請求権および不作为請求権

(1) 所有権が占有の剥奪又は留置以外の方法により侵害されたときは、所有者は妨害者に対してその侵害の排除を請求することができる。引き続き侵害される恐れがあるときは、その侵害行為の不作为を訴求することができる。

(2) 所有者が忍容する義務を負う場合には、前項の請求をすることができない。

る。この2つの規定は、客体が土地である場合、「903条1文前段の意味で土地を自由に取り扱うという相互に無制限の権利は、同じく、903条1文後段によって、1004条に基づく妨害排除請求および不作为請求権でもって排除しえるという無制限の権利と衝突し、両者の土地の合理的な利用を不可能に⁽¹⁸⁾ならしめる」ことになる。そこで、BGBは⁽¹⁹⁾906条においてある土地から生ずる一定の作用については土地所有者に受忍義務を課し、1004条に基づく妨害排除請求ならびに不作为請求（この両者を合わせて防御請求権 *Abwehranspruch* という上位概念で説明され、本稿でもこの用語を用いる）を認めないとして、土地についての権利行使の範囲を確定することを⁽²⁰⁾予定している。したがって、906条が土地所有者の権限の範囲に

(18) H. Roth, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 903-924. (2016), § 906 Rn. 1.

(19) BGB 906 条（不可量物の侵入）

(1) 土地の所有者は、ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、騒音、振動および他の土地から来る類似の作用が、自己の土地の利用を侵害していないか、あるいは、非本質的に侵害しているにすぎない限りでは、これらの作用を禁止することができない。法律あるいは法規命令により調査され評価される作用がこれらの諸規定により定められた限界値あるいは基準値を越えていない場合には、通常は非本質的な侵害が存在する。連邦イミシオン防止法48条に基づいて発せられかつ技術水準を表す一般行政規則の値についても、同じことが妥当する。

(2) 本質的な侵害が、他の土地の場所的に慣行的な利用によって引起され、かつ、この種の土地利用者に経済的に期待しうる措置によって防止されえないときも、また同じ。これに従って所有者が作用を受忍しなければならない場合に、当該作用がこの所有者の土地における場所的に慣行的な利用または収益を期待しうる程度を越えて侵害している場合には、この所有者は、他の土地の利用者に対して、金銭による適切な調整を請求することができる。

(3) 特別な誘導による侵入は許されない。

関して重要な役割を果たすことになるため、この条文は、時代の変化・社会的背景の変化に伴い、BGBの制定以来2度の改正を経て⁽²¹⁾いる。

BGB制定当初の規定では、906条2項2文の調整請求権が規定されておらず、イミッシオンに関する紛争は、被侵害者からの防御請求権が認められるか、それとも認められず受忍しなければならないかどうかしか解決方法がなかった。そこで、ライヒ裁判所（以下ではRGとする）は、相隣共同体関係理論⁽²²⁾を用いて柔軟な解決を導き出す。それが、1937年3月10日判決（RGZ154, 161）である。この判決では「民族共同体の思想」とともに「相隣共同体関係」が語られ、ナチス期の国家社会主義的思想の影響が見られるが、しかし、その後、RGは相隣共同体関係につき物権法への信義則⁽²³⁾の適用と位置づける⁽²⁴⁾。その相隣共同体関係理論を受け継いだBGHも、ナチス的思想とは無関係の相隣共同体関係を物権法の信義則への適用と位置づけ、そこから金銭請求権を導き出した。これらの判例が1959年改正で立法化され、906条2項2文に基づく調整請求権となる。さらに

(20) 906条以外には、907条以下の相隣関係規定により土地所有者間の権利義務の調整がなされている。

(21) BGB906条の改正過程に関しては、拙稿「ドイツ民法第906条2項2文に基づく調整請求権について―土地所有権論の再考に向けて―」法と政治第59巻第4号（2009年）41頁以下（以下では「調整請求権について」として引用する）を参照。

(22) 906条2項2文に基づく調整請求権の沿革に関しては、拙稿「調整請求権について」で分析したが、正確にはRG自身は、相隣共同体関係から金銭請求権を導出していない。

(23) BGB242条（信義誠実による給付）

債務者は、取引の慣行を考慮して、信義誠実に適うように給付を行う義務を負う。

訳はE.ドイチュ／H. J.アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社 2008年）を参照した。

(24) RGZ 155, 154 参照。

BGH はそこにとどまらず、906条2項2文の調整請求権をイミッショーン事例以外の相隣紛争に準用あるいは類推適用する形で、この調整請求権をさらに発展させていく。この過程についてはすでに分析したため、本稿⁽²⁵⁾では取り上げない。

1959年の906条改正までは、相隣共同体関係に関する判例も主として調整請求権の根拠として用いられていた。しかし、判例による相隣共同体関係理論は、相隣法上の調整請求権の根拠として用いられるだけにとどまらない。BGH の判例においてこの理論は、土地所有者の本来は認められる権利行使の全部あるいは一部を制限する機能を果たしており、さらに、それだけでなく土地所有者の積極的な行為を義務づける根拠としても用いられている。したがって、BGH がどのような事件において土地所有者のどのような権利行使を制限したのか、そして、どのような積極的行為を義務づけたのかを分析したい。

3. 相隣共同体関係に関する BGH の判例の分析(1) 2000年まで

1990年代までの相隣共同体関係に関する判例は、すでに優れた先行業⁽²⁶⁾績により事実関係、判旨ともに詳細に紹介、分析がなされているため、簡

(25) 拙稿 前掲「調整請求権について」および、「ドイツ相隣法における調整と補償—BGB906 条 2 項 2 文の調整請求権と土地所有権との関係—」法と政治第61巻第3号（2010年）137頁以下（以下では「調整と補償」として引用する）、「土地所有権論における補償の論理と調整の論理—ドイツにおける相隣法上の調整請求権の分析から—」法と政治第62巻第3号（2011年）123頁以下（以下では「土地所有権論」として引用する）。

(26) 代表的なものとして、沢井裕「ドイツにおける相隣法の基礎理論」（以下では沢井「基礎理論」とする）関大法学9巻5・6合併号 1960年635頁、これを加筆修正した沢井『公害の私法的研究』一粒社 1969年、判例に関してはとくに81頁以降にほぼ全訳の形で紹介されている。その他、前掲神戸論文、東「帰趨」が詳しい。

単に取り上げるにとどめる。

(1) 1945年から1960年代まで

BGH として最初に相隣共同体関係について言及したのは、1951年6月15日判決である。⁽²⁷⁾これは、土地賃借人が隣地との境界線に接するほど近くまで増築を行った結果、原告の住居の窓が遮られたことに対して、原告が建築行為の不作为と既築部分の撤去を求めた事案である。採光を妨害する行為はいわゆる消極的イミッシオンとされ、1004条に基づく防御請求権の対象とはならないため、原告が上告理由として相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務を根拠として請求の認容を求めたが、相隣共同体関係を根拠とした現行規定上の所有権制限を超える制限はやむを得ない理由により必要とされる例外でなければならないとして、本件はそのような例外事情が存在しないとし、相隣共同体関係に基づく原告の請求を認めなかった。これ以降、BGH は一貫して相隣共同体関係については「やむを得ない理由により必要とされる例外でなければならない」ことは繰り返し強調している。

次に、1951年判決と類似の事例において、消極的イミッシオンに対する差止めの可能性を示唆する。戦争によって破壊された住居の再建を計画する原告土地所有者が、隣地所有者である被告に対して、この建築計画を禁じることができない旨の確認を求めた事案において、「相隣共同体関係からは、とくに顧慮義務が帰結され、場合によっては、本来存在する権利の行使が許容されないものとしてみなされることもある。そのような所有者の権利制限は、もちろんやむをえない理由によって命じられた例外に

(27) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 15. 6. 1951=MDR 1951, 726-727. なお、1949年のイギリス領統治期の判例でも相隣共同体関係を用いた判例が存在する。この判例については神戸論文(一) 610頁で紹介されている。

変わりはない。相隣共同体関係からは決して相隣者に対して最も損害が少なくなるような土地利用の選択を義務づける根拠は見出しえない。所与の状況の場合に、原告が重要な損失なく例えばより後ろへ建築する可能性を有しているときは、被告の不作为請求権は認められるべきであろう。この点において、事実上の確認がなお欠いているため、審議を控訴審に差し戻⁽²⁸⁾す」として、被告の防御請求権の可能性を認めている。ただし、相隣者に対して最も損害が少なくなるような土地利用の選択を義務づけることまで相隣共同体関係を根拠に認めてはならず、あくまでも例外的に権利制限が認められることを示しているにすぎない。

続いて、1958年には注目すべき二つの判決が出される。1958年7月9日判決（BGHZ 28, 110⁽²⁹⁾）と同年10月8日判決（BGHZ 28, 225⁽³⁰⁾）である。BGHZ 28, 110 に関しては、事案の詳細は不明であるが、戦争の影響により、隣地との境界壁が膨張し、原告の土地の境界線を越えていたため、原告の費用でこれを修復したうえで、その費用を被告に対し請求した事案である。BGH は、相隣共同体関係の観点から原告の費用請求を認めたが、相隣共同体関係概念について次のように述べた。

「この概念は、RG の判例において発展させられ、1951年6月15日判決および1953年4月10日判決において受け継ぎ、さらに展開させた。実際上は、相隣共同生活という特別の事実関係への信義則（242条）の適用が問

(28) Urte. des BGH. (5. ZR.) v. 10. 4. 1953=BB 1953, 373-374.

(29) Urte. des BGH. (5. ZR.) v. 9. 7. 1958=BGHZ 28, 110-117. この判例については、沢井裕「ドイツにおける相隣法の基礎理論」（以下では沢井「基礎理論」とする）関大法学9巻5・6合併号 1960年 635頁に詳しく紹介されている。

(30) Urte. des BGH. (5. ZR.) v. 8. 10. 1958=BGHZ 28, 225-234. この判例の詳細は拙稿「土地所有権論」140頁以下および沢井「基礎理論」639頁を参照。

題とされる。この場合、一定の要件の下で、本来認められるべき権利の行使が許容されないとされる。そのような制限は、相隣者の権利義務は第一義的に制定法上の相隣規定（とくに905条以下）によって規律されているため、やむを得ない理由のための例外でなければならない。それでも、多くの事例において、矛盾する利益の適切な調整のためには、制定法上の規律を越えることが求められる。そのような場合には、土地所有者に課せられた相隣者に対する顧慮は、一定的不作為を命じるだけでなく、積極的な行為を義務づけ⁽³¹⁾うる。」

一定の不作為、つまり本来認められる権利の不行使だけでなく土地所有者に積極的な行為を義務づけることまで言及している。一般論として、積極的な行為まで義務づけることは、次の BGHZ 28, 225 でも言及される。

BGHZ 28, 225 は、石こう採石場および石こう加工施設を経営する被告の採石場での爆破により石片が、精密機器を製作する原告の敷地内に飛来することに対して、爆破の停止および予備的に防止措置を求める訴えを提起した事案である。石片は906条所定の作用ではないので、本来1004条により差止請求が可能な事案であるが、相隣共同体関係から生じる義務は、906条に基づけば本来は受忍しなければならない侵害を停止させる義務だけでなく、例外的には、本来存在する不作為請求権の不行使という義務も生じるとして、原告の1004条に基づく防御請求権につき相隣共同体関係を理由に認めなかった。

さらに翌年の1959年に、906条2項2文の調整請求権の起源の一つとされる1959年4月15日判決が現れ、相隣共同体関係を根拠に金銭請求権を⁽³²⁾

(31) BGHZ 28, 114.

(32) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 15. 04. 1959=BGHZ 30, 273. この判例については、拙稿「調整と補償」168頁以下を参照。

認める。この後、1960年代は、906条2項2文の調整請求権が制定された⁽³³⁾ため、相隣共同体関係を用いて金銭的解決を図る必要はないとする判決が存在するほか、とくに目立ったものはない。しかし、この段階で、相隣共同体関係を用いて解決する類型の原型は出揃ったといえる。つまり、相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務から、①本来は906条が適用されるため受忍義務が課される作用に対して1004条の防御請求権が認められる可能性⁽³⁴⁾、②本来は1004条に基づく防御請求権が認められる作用に対する受忍義務の可能性、③土地所有者に一定の積極的義務が課される可能性、④相隣共同体関係から直接金銭請求権が認められる可能性、の4つのタイプの端緒が見られる。④は、1959年改正により調整請求権となったが、これも1960年以降、さらに拡大適用されるようになる。

(2) 1970年代から1990年代まで

1970年代には、相隣共同体関係を根拠に906条2項2文の調整請求権を拡大適用する重要な判例がいくつか現れる。まずは、マリーネダム事件と呼ばれる1972年2月8日判決である⁽³⁵⁾。この事件は、果樹園を経営する原告の土地に隣接する堤防の土砂が原告の土地に流入し、果樹園としての利

(33) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 28. 9. 1962=BGHZ 38, 61-65.

(34) RGZ 154, 161 が典型である。この判決も、906条2項2文の調整請求権の起源の一つとされるが、RGは、問題となったイミッシオンにつき、本来は場所的慣行性に適合した土地利用から生じているため906条に基づき受忍しなければならないが、相隣共同体関係から受忍する必要はなく、1004条が認められるとしつつも、イミッシオン発生企業が営業法による許可を受けていたため、この1004条に基づく防御請求権が認められず、代わりに損失補償が認められるとしている。詳しくは、拙稿「調整と補償」166頁以下。

(35) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 8. 2. 1972=BGHZ 58, 149-162. この判例についても詳しくは拙稿「土地所有権論」141頁、東「帰趨」12頁を参照。

用が妨げられたことに対する損害賠償を請求した事案であり、BGHは、「当事者は土地相隣者であって相隣的共同生活には相互に顧慮する義務が存在する。土地相隣者の権利義務は、確かに、制定法、とくに905条以下によってそれぞれ個別的に規律されている。しかし、これらの特別規定は、信義則という一般原則のもとに服する。信義則の適用は、とりわけ例外事例、つまり、矛盾する利益について制定法上の規定を超えた適切な調整が必要である場合に限定される。……中略……判例は、防御訴訟が禁じられる場合、それが相隣共同生活という特別の事実信義則が適用され防御請求権が排除される場合であるなら、相隣共同体関係から帰責事由を問わない調整請求権を導きだしている。本来は存する権利の行使が許容されないとされる例外事例において相隣者の利益が矛盾する場合には、当事者には相互顧慮義務が適用され、したがって、その調整として補償請求権が認められる。本件では906条が直接適用できなくても、この規定の根底にある一般的法思想、および判例が形成した相隣法上の調整請求権についての法原則は適用しうる⁽³⁶⁾」として、相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務から、調整としての補償請求権を認めた。さらに、1974年5月31日判決および⁽³⁷⁾1977年4月29日判決、1977年11月10日判決でも、相隣共同体関係を根拠に⁽³⁸⁾906条2項2文の準用による調整請求権を認めた。とくに、1977年4月29日判決では、「相隣共同生活という特別の事実関係へ信義則が適用され、1004条に基づく防御請求権が排除されるべき場合には、相隣共同生活から帰責事由を問わない調整請求権が導きだされうる。この場合、一定の要件のもとで本来は存在する権利の行使が許容されないものとされる相互顧

(36) BGHZ 58, 160.

(37) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 31. 5. 1974 = BGHZ 62, 361-372.

(38) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 29. 4. 1977 = BGHZ 68, 350-356.

(39) Urt. des BGH. (3. ZR.) v. 10. 11. 1977 = BGHZ 70, 212.

慮義務が当事者には適用される。矛盾する要求の適切な調整は、多くの事例において制定法上の規律を超えることを必要とする。土地所有者には、信義則の適用により相隣者に対して一定の状況において不作為が義務づけられるだけでなくそのうえ積極的な行為が義務づけられうる。もちろん、第一に相隣法に関する制定法上の諸規定によって土地相隣者の権利義務は規律されるのであるから、そのような制限は、とりわけやむを得ない理由による例外でなければならぬ⁽⁴⁰⁾」として、1958年の二つの判決を引用し、土地所有者の不作為だけでなく積極的行為が相隣共同体関係から義務づけられる可能性に言及している。

つづいて、1983年10月21日判決⁽⁴¹⁾では、相隣共同体関係から独自の請求権が導き出されるかどうか争われた。BGH が土地所有権の自由の範囲について903条1004条906条の関係を詳細に論じていることもあるため、詳しく紹介する。

〔事案〕

原告は一戸建て住宅が建てられた土地の所有者である。その隣地には被告が病院を設立するために9階建ての高層建物を1965年から1970年にかけて建設した。この高層建物によって原告はテレビの電波が受信できなくなり、さらに原告の土地にアンテナを建てても受信は不可能となった。

原告は、自らのテレビ受信アンテナを被告の高層ビルの共同アンテナに設置すること、およびそれにかかる費用の償還を請求した。予備的に被告の費用によって共同アンテナに参加することを求めた。

ラント裁判所は、原告の請求を棄却。上級ラント裁判所は、最初の予備請求のみ認めた。被告は第一審の判決に戻すよう上告。

(40) BGHZ 68, 355.

(41) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 21. 10. 1983 = BGHZ 88, 344-353.

〔判旨〕

上告を認める。原告は予備的請求も認められない。

(消極的イミッシオンに関して)

控訴審は、予備的請求について原告の請求権を1004条および906条に基づき肯定した。これに対する上告理由は正当である。

これらの規定の直接適用は排除される。

当裁判所は、ライヒ裁判所の継続的な判例を承継し、光や空気などの自然作用の剥奪といったいわゆる消極的作用は、903条906条907条1004条に基づき禁じられるわけではないことをたびたび判断してきた。このことは、学説上の通説にも該当する。当裁判所は、このことを批判する学説に反しこの点を維持する。

相隣地への積極的作用と消極的作用の扱いの法的差異は、制定法自体の文言や体系から生じる。1004条に基づく「侵害」という概念からも、903条の「作用」という概念からも相隣地の所有者との関係において土地所有者の権限は確定されない。控訴審自体も、とくに903条は、何が作用として禁じられうるか、そして禁じられないかについて語っていないと指摘している。土地を任意に扱うという両者の無制限の権利と、他者のあらゆる作用を排除する無制限の権利の二つの無制限の権利は、二つの土地の有効な利用を不可能たらしめる。土地相隣者間での不可避の利益調整は、第一に相隣法上の諸規定、とくに906条によって行われる。しかし、これによれば、土地所有者はいわゆる不可量物（ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、騒音、振動）およびそれに類似する作用の「侵入」のみを所定の要件のもとと禁じることができる。さらに、「類似的作用」のもとでは、制定法上の例示と同種の、したがって、単に積極的に境界を越える一般的に知覚可能な作用として理解されている。二人の土地所有者の権利の限界づけによって明らかな必要性があるにもかかわらず、BGBがいわゆる消極的作用に

についての規定を置かなかつたとしても、所有権の自由に関する制定法にゆだねられていることから導き出されなければならない。自らの土地の境界内では、原則としてだれでも自らの所有権を自由に扱うことができ、かつ、906条1項に基づく正当化など必要としない。

このことは民法典の成立史からも肯定される。いわゆる消極的作用に言及していないことは、当時の認識においても意識されていたことである。；不可量物の侵入が相隣地の境界線を越えないかぎりでは、所有権の自由は制限されるべきではないのである。この点が第一委員会が草案編集者のヨホウの提案を受け入れた点である。土地の空間的な境界を維持した利用は禁じられるべきではないということである。

結論として、以下の通り指摘する

古い制定法上の諸規定が時代の経過とともに確立された判例によってその形を変えたとしても、法的安定性および信頼保護という法的評価は、その背景に常にあり、一般的に一度展開した法的発展の確定が要求されるのである。判例の継続性から逸脱することは、明らかに説得的な、あるいはその上もつばらやむを得ない理由が存在する場合に例外的にのみ受け入れられうるのである。本件においてそのような理由は存在しない。

テレビ電波の遮断も、結局は消極的作用である。

(相隣共同体関係に関して)

被告は、242条に基づいても、アンテナへの接続を被告の費用で行うことは義務づけられない。ライヒ裁判所は、相隣法における信義則からいわゆる相隣共同体関係を発展させ、連邦通常裁判所はこれを引き継ぎ、さらに形成した。けれども、当裁判所が、ライヒ裁判所から引き継いだ継続的な判例において常に繰り返し強調しているように、相隣地所有者相互の権利義務は、原則として制定法上の相隣規定から生じる。土地所有者の権利義務は、各々の特別規定に服する。それゆえ、242条は、相隣共同生活に

とってもっぱら制限的で調整的な意義を有する。相隣共同体関係を基礎づける信義則は、通常は、独自の請求権を根拠づけるものではまったくなく、主として権利行使の単なる制限として作用する。その適用は例外事例に制限され、矛盾する利益について制定法上の規律を越えた適切な調整がやむを得ず必要とされる点に、その特殊性が存在する。

この判決では、相隣共同体関係から独自の請求権は認められず、もっぱら権利行使の制限のために作用するとされたが、消極的イミッションに関して906条の類似の作用に該当せず、また類推適用もできないと明示したことで重要とされている。

1987年7月10日判決も、⁽⁴²⁾906条のイミッションとは異なる相隣紛争の事例である。

原告は4階建て住居のある土地の所有者であり、隣地には連続建築の方法により同じく4階建ての家屋が繋がって建てられているが、この家屋は戦災により崩壊した。1978年に、その土地の所有者は、崩壊したままの土地に4階建ての家屋を建築し、その際に、戦争以来放置されていた壁の割れ目を補修した。この建築の計画設計および建築作業の監督を土地所有者から依頼されたのが被告である。基礎工事を始める前に被告は、構造基礎鑑定を専門の鑑定人に依頼したところ、鑑定人は、原告の家屋の基礎の崩壊を避けるため剛矢板を埋め込むことを推奨した。しかし、基礎工事の途中で、剛矢板の埋め込みは鑑定人の了解のもと断念された。結果として、建築作業によって明確に原告の建物の一部が沈下し、窓と扉の大部分は閉

(42) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 10. 7. 1987=BGHZ 101, 290. この判決についても東「帰趨」20頁に紹介されている。拙稿「土地所有権論」145頁以下も参照。

まらなくなっただけでなく、外壁にはセンチメートル単位の裂け目が生じ、漆喰は壁からはがれ落ちた。原告は、当初は、損害の正確な範囲が確定されえなかったが、損害の除去には15万マルクの費用がかかると主張して、被告に対して損害賠償を請求した。第一審および控訴審は原告の請求を棄却。BGHは以下の理由から破棄差戻とした。

まず、損害賠償請求について、隣地の地盤に必要な支えを失わせるような土地掘削を禁じた⁽⁴³⁾909条を前提に、⁽⁴⁴⁾823条2項による損害賠償請求については、被告の帰責事由が存在しないことを理由に認められないとした。しかし、相隣共同生活という特別の事実関係に信義則が適用されることから、特別の例外事例においては、相隣共同体関係から当事者には相互顧慮義務が生じるとし、この場合には、相隣地からの作用に対する本来存する権利の行使が許容されず、このような例外的な受忍義務の調整として金銭による補償請求権が認められるとした。そして、この906条2項2文の類推適用である相隣法上の調整請求権は、909条の土地掘削による所有権侵害の場合にも特別の理由から受忍が強いられた場合には認められるとしつ

(43) BGB 909条（土地の掘削）

隣地の地盤が必要なる支持を失うような土地の掘削はしてはならない。
ただし、他に十分な防御工事をしたときはこの限りではない。

訳はE.ドイチュ／H. J.アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社 2008年）を参照した。

(44) BGB 823条（損害賠償義務）

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

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。
法律の内容によれば有責性がなくても違反を生じる場合には、賠償義務は、有責性があるときに限り生じる。

訳はE.ドイチュ／H. J.アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社 2008年）を参照した。

つ、その際には、依頼を受けて建築行為を計画し実施した建築者の違法性は問題とならないとした。

結論としては、被告である建築者の違法性・帰責事由が認められる場合には823条2項に基づく損害賠償の可能性があり、違法性・帰責事由が認められない場合には、906条2項2文類推適用の相隣法上の調整請求権が認められる可能性があるとした。そして、原審の認定に関して違法性および帰責事由の点でなお審理が不十分であるために差し戻すとした。

本件では、争点は不法行為法上の損害賠償請求権が成立するかどうかであったが、BGHは、それとは別に、909条に基づき本来は許容されない土地掘削であっても、例外的に信義則に基づく相隣共同体関係から受忍が義務づけられ、土地掘削の場合にも所有権侵害が特別の理由から受忍すべき場合には、相隣共同体関係から相隣法上の調整請求権が認められる可能性があるとした。909条により受忍する必要のない所有権侵害も、相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務から受忍義務を導きだし、代わりに金銭調整を認めたものである。

1990年代については、2つの判例を取り上げる。1991年2月22日判決⁽⁴⁵⁾と1995年7月7日判決⁽⁴⁶⁾である。

[1991年2月22日判決]

被告らは連邦鉄道の路線延長新設のためにトンネル工事を請け負った。トンネル工事に伴い生じた土砂については、とりあえず行政庁の許可のもと集積場に積まれた。原告は、この土砂集積場に接する土地にあるぶどう

(45) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 22. 2. 1991=BGHZ 113, 384-392. この判決についても東「帰趨」19頁および拙稿「土地所有権論」149頁以下を参照。

(46) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 7. 7. 1995=NJW 1995, 2633-2635.

畑の所有者である。位置関係としては、ぶどう畑の斜面の下にこの集積場が設置され、土砂が堆積されていた。原告の主張によれば、この土砂の堆積により、ぶどう畑の冷気の流れが遮られ、このことによってぶどう畑の斜面の下部に冷氣溜まりが発生し、ぶどうに冷害が生じたとのことである。そして、これに対する損害の賠償を請求したのが本件である。第一審は、被告3名のうち2名に対して損害の一部賠償を命じたが、その他の請求は棄却した。原審は、一審判決を取り消して請求を棄却した。BGHは原告の上告を容れて控訴審判決を破棄差戻とした。

判決理由では、907条の危険な施設に該当するのであれば1004条に基づく防御請求権が認められ、さらにこれを根拠に823条2項の損害賠償請求権が認められる可能性があるとして、907条の適用が可能かどうかについて検討しているが、結論としてこれは否定された。つぎに、242条に基づき相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務から、原告は冷氣溜まりによる被害を生じないよう被告らに対し経済的技術的に期待可能な措置を請求することが可能であったのに、それが制限されたとして、この制限が所有権侵害にあたり、よって823条1項に基づく損害賠償が認められる可能性があるとして、この点について被告らの帰責事由が存したかどうかを検討する必要があるとして差戻審に検討するよう指示した。そして、最後に被告らの帰責事由を問わない相隣法上の調整請求権について、相隣共同体関係に

(47) BGB907条（危険な工作物）

(1) 土地の所有者は、隣地の工作物の存在又はその利用が自己の土地に許容されない作用を及ぼすことが確実に予見しうるときは、その設置又は維持を禁止することができる。この工作物が、境界より一定の距離をおいていることあるいはその他の予防措置に関するラント法の規定に該当するときは、許容されない作用が現実には生じているときにのみその除去を請求することができる。

(2) 樹木および灌木は前項の規定の意味における施設には属さない。

基づく相互顧慮義務による経済的技術的に期待可能な措置を請求しうることを前提としたうえで、次のように説明して認められる可能性があることを指摘した。

「原告は、自らの所有権の保護（Schonung seines Eigentums）のために、冷氣溜まりが発生しないよう集積場を設置するよう要求しうるとするのであれば、これまでの当裁判所の判例の継続性から損害の発生に対して直接242条から適切な調整を求める請求権が認められるであろう。その限りで、これまで当裁判所が發展させてきた906条2項2文の類推適用は問題とならない。なぜなら、原則として、この類推適用は相隣法体系において本来は防御可能な作用によって土地所有者が被った侵害に限定されるからである。しかし、土地所有者が最初より相隣法上許容されない作用にさらされているのか、あるいは、例外的に相隣共同体関係の考え（242条）から自己の所有権への一定の顧慮を要求しうるのかを区別することはできない。後者の場合も、906条2項2文の直接適用又は類推適用の場合と同様に、一定の行為の不作为についての請求を適切に提示することが特別の理由から妨げられ、そして、それによって補償なしで甘受すべき侵害の程度を越えて不利益を被ったのであれば、それが消極的作用の結果であっても、保護の必要性があるというべきであろう。この意味において、連邦通常裁判所は、これまでもすでに例外的に、1004条および906条に基づいて防御請求権がはじめてから考えられない場合にも調整請求権を認めてきている（「外部での接触」による妨害あるいは遮断；BGHZ 62, 361; 70, 212）。この場合に、これらの事例において、請求権が、正確には相隣共同体関係を直接用いて根拠づけられうるのかどうかについては未解決のままかもしれない。だが、要件と法的効果において差異はない。906条2項2文の制定法上の規律自体も、相隣共同体関係に関する判例に起因するものである。」⁽⁴⁸⁾

1983年10月21日判決では、消極的作用に関しては、制定法上の欠缺はなく、相隣共同体関係の適用はないとしていたが、この1991年判決は、消極的作用であっても、相隣共同体関係の考えから自己の所有権への一定の顧慮、配慮を要求しうることを前提にして、その請求が特別の理由により妨げられ不利益を被ったのであれば、調整請求権が認められるとしている。調整請求権の直接の根拠として相隣共同体関係が用いられたかどうかは明言していないが、自己の所有権への一定の配慮、つまり、自己の土地所有権に被害が生じないように相隣者に対して何らかの措置を求めることが可能である根拠として相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務が挙げられている。この相隣地からの侵害に対して防止措置を請求する権利につき相隣共同体関係を根拠とすることは、次の1995年判決でも言及されている。

〔1995年7月7日判決〕

隣地の境界近くに植えられているカラマツの木からアブラムシが飛来することにより、自己の土地に植えられている松の木に損害を被ったとして、原告が隣地所有者である被告に対してアブラムシの飛来の防止を求めた事案で、第一審、第二審、BGHとも原告の請求を棄却した事案。アブラムシつまり虫の飛来は自然力として位置づけられており、この自然力に対しては1004条に基づく防御請求権は適用されないことが通説判例の立場である。原審において、さらに相隣共同体関係からもそのような請求権は生じないとされ、BGHもこれを支持したが、一般論としては次のように論じた。

「控訴審が原告の訴えを、相隣共同体関係の観点からも認められないとしたのは正当である。通常は、信義則につながるこの考えは、独自の請求権

(48) BGHZ 113, 391.

を根拠づけることはなく、もっぱら権利行使の単なる制限として作用する。これを越えて、相隣者相互の顧慮義務命令が、1004条の要件およびそれにとまなう請求権の根拠を容易に補うことは不可能である。相隣法上の諸規定への顧慮とともに、やむを得ない理由による例外の場合でなければならず、制定法上の規律を越えた矛盾する利益の適切な調整がどうしても必要な場合にだけ適用されうる。その場合、その限りで受忍義務を負わされた相隣者の土地に対して防止措置を実施する権利が帰属しうる。この種の請求権は、しかし、本件では妥当しない。⁽⁴⁹⁾」

虫の飛来という自然力に対しては1004条の適用はないが、その自然力による作用が、予期し得ぬほどの侵害をもたらす場合には、相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務から、作用の防止措置を相手方に請求しうる権利が認められうるとするものである。

(3) 1990年代までの判例の分析

以上、1990年代までの判例を時系列順にみてきた。ここまでの判例をまとめると、相隣共同体関係の適用可能性については、土地相隣者間の権利義務は、原則として制定法上の相隣関係規定に規律されているが、制定法上の諸規定を越えて矛盾する利益の適切な調整が必要とされる場合には、例外的に相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務が適用される。その機能は、本来的には、制定法上認められた所有者の権利行使の一部あるいは全部を許容されないものとするにあり、さらに例外的にのみ土地所有者に積極的な行為を義務づけることも可能性として認める、というものである。この定義はほぼ一貫して用いられている。したがって、相隣共同体関係の第一の機能は、制定法上土地所有者に認められる権利を制限することにあ

(49) NJW1995, 2635.

る。典型としては BGHZ 28, 225 が挙げられよう。隣地からの石片の飛来は、906条の作用には該当しないため、原則としてすべて1004条に基づき防御請求が認められるはずであるが、この差止を認めると、相手方企業は操業停止につながるため、双方の利益衡量の結果、相隣共同体関係から防御請求を認めないとする。そして、場合によってはこの奪われた防御請求権の代わりに金銭補償を認める。この工業的イミッシオンに対する防御請求権の問題は、わが国とは異なるドイツ特殊の問題といえよう。それが一連の犠牲請求権に関する判例に現れている⁽⁵⁰⁾。また、工業的イミッシオン以外でも、本来であれば認められた防御請求権が何らかの特別の理由により認められない場合に、相隣共同体関係を根拠として調整請求権を認める。906条 2 項 2 文の調整請求権の類型であり、これも、相隣共同体関係の本来の機能であろう。

しかし、これまで挙げた判例は、そのような土地所有者の権利行使（＝防御請求権）の制限についてのみ機能しているわけではない。それとは逆に、本来は1004条が適用されず防御請求権が認められない場合に、相隣共同体関係がその要件を補充し1004条の適用を認める可能性も指摘しており、また、侵害行為の差止のための防止措置の実施を求める権利も認める可能性が指摘されている。

4. 相隣共同体関係に関する BGH の判例(2) 2000年以降

2000年以降の判例については本稿では紹介にとどめ、次稿において学

(50) 犠牲請求権に関する分析は、沢井裕「西ドイツにおける国家補償序説—Aufopferungsanspruch 研究のために—」関大法学論集12巻1号（1962年）79頁以下、および同「西ドイツにおける犠牲補償の展開—Aufopferungsanspruch の研究—」関大法学論集12巻4・5号（1963年）683頁以下が詳しい。また、拙稿「調整と補償」を参照。

説の対応も含めて分析検討したい。まずは9つの判例を紹介する。

(1) 2001年2月16日判決⁽⁵¹⁾

〔事案〕

当事者は、ワイン生産者であり、D地区において直接隣接するブドウ畑を経営している。1995年に、両者のブドウ畑のブドウが、うどん粉病 Mehltau により深刻な被害を受けた。被告は、この年、おそらくはブドウの収穫量を向上させるため、自己のブドウ畑を休耕させていたため、自己の土地への菌類の繁殖が妨げられることなく拡大した。原告の主張によれば、このことが、菌類の繁殖のさらなる拡大につながり、原告による農薬の大量導入にもかかわらず、被害の拡大をふせぐことができなかった。そのことにより、収穫量および品質の損害を被らざるを得なかった。

原告は、この損害を理由に70380ドイツマルクの損害賠償を請求した。第一審は、訴えを棄却、第二審は原告の訴えを容認。被告が上告。

〔判旨〕

原審は、ブドウ栽培兼ワイン醸造業者がその地域において危険共同体を形成し、そこではブドウの単作により高められた菌類による被害の危険性に加担する一方で、その危険が現実のものとなった場合にその影響を被ることとなるとして、被告がうどん粉病の発生拡大に対する措置を何らとらなかったことは、義務違反であり、それに伴い不作为の責任を負わされるとして、原告の損害賠償請求を823条2項および1004条に基づいて認めた。

これに対して、BGHは、危険共同体という概念は認められないこと、1004条の要件に関して、自然力に由来する侵害の場合には1004条の要件は充足されないことなどの理由から原審の見解を否定。また、907条1項の危険な工作物にも該当しないため、これを前提にした823条2項の損害

(51) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 16. 2. 2001=MDR 2001, 628-629.

賠償請求も否定。最後に、相隣共同体関係について以下のように言及した。

「242条と結びついた相隣共同体関係の観点のもとでも、被告に対して行為義務は生じない。相隣共同体関係の枠組みにおける信義則の考えは、通常は、独自の請求権を根拠づけるものではなく、権利行使の制限として作用するのである。とくにやむを得ない理由から適切な利益調整が必要とされる場合にのみ、例外的に当裁判所はそのような請求権を相隣者の特別関係から直接根拠づけている。本件ではそのような例外に該当しない

……中略……

これに対して、告知義務違反（Verletzung einer Informationspflicht）についての被告の責任については検討すべきである。当裁判所は、すでにアブラムシ事件において、害虫の襲来の際に、その襲来の防止を所有者は義務づけられないが、侵害の原因となる土地への駆除措置を講じる権利が、相隣共同体関係から相隣者に付与されうること明らかにしている。このことは、少なくとも本件のように、駆除措置をとることによって、侵害発生地の所有者が期待不能な損害を被ることが回避される場合には検討されう。そのような保護のための措置は、相隣者が、駆除を必要とする土地の所有者から適切な時期に害虫の襲来あるいは襲来が差し迫っていることを知られることを前提とする。所有者は、相隣的結合の観点から242条に基づきこのことを義務づけられうる。この義務が履行なされない場合には、積極的債権侵害の原則に基づき、損害賠償義務が生じうる。

告知義務は、相隣者が差し迫った危険について知らせることを必要とする場合にのみ存在するのであって、相隣者が危険の生じているという状況を認識しているか、あるいは容易に認識することが可能な場合には、信義則は、他人がその相隣者にあらためて知らせることを命じない。本件がそれに該当する。立証された事実に基づけば、とくに証人Kの供述に基づけば、遅くとも1995年6月において、そしてそれ以前でも確実にうどん粉

病は明らかであり、被告が原告のブドウ畑に隣接する土地を耕作していないことも認識していた。したがって、原告にとっては、被告が自らのブドウ畑に対して害虫の襲来に対する保護措置をとらないことは明らかであった。

以上のように述べて、原告の損害賠償請求を棄却した。積極的行為義務に関しては、やはり否定しているが、自己の土地に損害の危険が発生し、それが隣地に及ぶ可能性がある場合には、その土地の所有者は、その隣地所有者に対して危険が迫っていることを知らせる義務が242条に基づき認められるとしている。相隣結合の観点から、契約関係類似の関係とみなして、相隣者への告知義務を認め、その義務の不履行の場合には積極的債権侵害の原則に基づく損害賠償義務が生じるという考え方のようなのである。

(2) 2001年7月6日判決⁽⁵²⁾

〔事案〕

原告は土地所有者であり、1990年にその土地を取得し、そこに一戸建て住居を建築している。原告の土地は、一般住居地域の東の端にあり、そこから160メートル離れた場所の工業地域において被告が30年以上鍛冶屋を操業しており、現在の操業に関しては1986年に行政庁の許可を受けている。原告が被告に対して騒音被害の差止を求め提訴、第一審は、原告の請求を認めた。第二審は、被告の控訴に対して騒音を防止する適切な措置をとるよう命じた。被告が上告。

〔判旨〕

原審は、行政法上の騒音基準を超えていないために、906条に基づけば非

(52) Urte. des BGH. (5. ZR.) v. 6. 7. 2001 = BGHZ 148, 261-270.

本質的侵害に該当するが、連邦イミッション防止法 3 条 1 項の意味で損害をもたらす環境作用であると認定し、騒音の防止を命じたが、BGH は、原審の判断を否定し、相隣共同体関係から原告の受忍義務を導き出した。

「しかし、他方で当裁判所が Jugendzeltplatz 事件 (BGHZ 121, 248) において強調した点は、さまざまな質および要保護性が混在する領域の境界に最初に移り住んだ土地所有者は、その隣接する領域においてイミッションを放出するような利用を全く生じさせないように要求する権利を有さないという点である。……中略……それは、相隣法にも適用される信義則の適用の結果であり、その信義則から、RG はいわゆる相隣共同体関係を発展させた。BGH もこれを受け継ぎさらに発展させた。当裁判所が継続的な判例において常に強調するように、土地相隣者間の権利義務は、第一に相隣法の諸規定から生じる。よって、信義則から独自の請求権が根拠づけられるのではなく、主として、権利行使の単なる制限として作用する。相隣法上の共同体関係からは、とくに高められた相互顧慮義務が導き出される。それは、例外事例において所有権から導き出される一定の権利の行使を全部あるいは一部許容されないものとする事となる。本件もこれに該当する。」

被告は、30 年来同じ操業をしており、騒音の程度も変化はない。これに対して原告は、騒音を認識した上で土地を購入したと認定した。

「本件の事実関係において、原告は被告に対して騒音イミッションの低減措置を要求し得ない。そのような措置には 80000 ドイツマルクの費用が必要となる。被告はこの費用を負担する必要はない。すでに存在するイミッション源の近くに居住しそのイミッション源を認識しているかあるいは重過失により認識していない者は、そのイミッションの受忍が義務づけられる。もちろんその受忍範囲は許容された基準値内での受忍義務であ

る。これは、相隣法上の共同体関係に存する高められた相互顧慮義務から生じるものである」として原告の請求を認めなかった。

この判決の主要な論点は、906条の問題につき、どちらの土地利用が先に行われていたかという「先住性“Priorität”」の問題が争われた事件であるが、受忍義務は相隣共同体関係から導き出されている。

(3) 2003年1月31日判決⁽⁵³⁾

〔事案〕

原告および被告それぞれが所有する土地は、元々は一筆の土地であったが、のちに分筆されたことで生じた土地である。この土地はS通りに面している。1953年に、当時の所有者がS通りから住居までの枝道を設置した。被告の住居はこの枝道に接している。この家からの排水の処理のため、当時の所有者はA通りにある公営の下水道までの排水管を地中に設置した。1970年代にこの土地は売却され、分割された。下水道までの排水管が通っている土地を購入したのが原告である。

原告が2000年に戸建て住居を建築するため根切り工事を行った際に、排水管が見つかった。原告は、新築のための根切り工事を可能にするため、排水管を部分的に移設させた。原告は、被告に対して排水管の移設に費やした費用の償還を請求するとともに、この排水管の設置および維持について同意したことはなく、受忍する義務はないとして排水管の除去を求めた。予備的に、自己の土地への排水の不作为を求めた。被告は、排水管は当時の所有者が設置したものでありそれ以来そこにあることを理由に原告の求めを拒否した。

(53) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 31. 1. 2003=NJW2003, 1392-1393.

第一審は、訴訟を棄却。控訴審は、除去の要求を認めたが、支払い請求に関しては棄却した。被告が上告。

〔判旨〕

原審は、被告が下水管を原告の土地に設置することによって原告の土地所有権を侵害しており、原告には受忍する必要はなく、原告の配水管についての受忍義務は、被告が別の公道へ下水管の設置が可能であることから公道への通行権の観点からも根拠づけられないとした。これに対して、BGH は原審を否定し、原告は、被告に対して下水管の迂回も下水管の自分の土地からの排除も請求できないとした。

「原告の受忍義務は、相隣共同体関係の観点から生じる。土地相隣者の権利義務は、とくに905条以下の規定および各ラントの相隣法の諸規定によって規律されている。これらにも信義則は適用可能である。その適用により、相隣者には相互顧慮義務が導き出され、具体的事例でのその効果は、相隣共同体関係概念のもとで把握される。そのような顧慮義務というものは、確かに相隣法上の諸規定への配慮から例外であり、制定法の規定を越えた適切な調整が強えられるような場合にのみ適用しうる。この条件がそう場合には、1004条1項の請求権の行使が、侵害者の利益の優位性を考慮して許容されない。

そのような例外事例に本件は該当する。原告から異議を唱えられている状態へと至った状況および、当事者の紛争の対象となるまで長期間の経過があったということから、この状態は将来的にも維持しうると被告が信頼することはもっともである。被告の現状保護の利益は、原告のこの状態を変更する利益に優先する。控訴審は、この点について必要な判断をなしていないため、当裁判所がここで確定しうる。」

原告の利益との利益衡量により、結果として相隣共同体関係に基づく相互
顧慮義務から原告の受忍義務を導き出している。なお、BGH はさらに、
原告の土地は被告の土地と直接に隣接していないが、このことが当事者間
の相隣共同体関係の成立を妨げるものではないとしていることも注目すべ
きであろう。

(4) 2003年7月11日判決⁽⁵⁴⁾

〔事案〕

文化財に指定されているA城がある土地を、所有者である原告が分割し、
娘とその夫に譲渡したが、こののち、被告がこれを買受けた。被告は、
自らの土地上の建物にテラスを設置することを計画したが、それに伴い原
告の居住するA城の二つの窓をふせぐ形で壁を設置することとなった。行
政庁はこの計画を許可したが、許可に対する行政裁判はまだ決着がついて
いない。

原告は、計画された被告の建築措置の差止を請求。第一審は請求棄却。
原告の控訴も棄却された。原告上告

〔判旨〕

原審は、原告にはラインラントプファルツ州の相隣法34条2項に基づ
く日照権も生じておらず、また、相隣共同体関係からも原告には何の請求
権も生じず、制定法上の諸規定を越えるほど強いられた適切な調整は必要
ないとして原告の請求を棄却したのに対して、BGH は原審の判断を否定
した。

相隣共同体関係の定義は上記2003年1月31日判決と全く同じである。
そして、そのような例外事例に本件も該当するとした。理由は以下の通り。

(54) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 11. 7. 2003=MDR 2004, 30.

「当事者の土地は、1995年に分筆によって一つの土地から分かれたものである。原告が居住する建物の二つの窓は、そのときからすでに存在しており、とくに20世紀初頭以来存在するものである。土地の分割に際し、原告は分割後の二つの土地の所有者であったため、これらの窓が建物で妨げられないように配慮する契機は全くなかった。娘とその夫への売却の際にも、窓の現状を守るために、売主と売買契約の特約をつけることや地役権の設定を求めることもできなかった。建物についても、それが文化財として指定されているような状況においては、買主あるいはその承継人が、結果として二つの窓をふさぐような建物の変更を意図することを考慮に入れることは不可能であった。

建築計画に適合したテラスの設置は、原告の主張によれば、46000～6100ユーロの価値の減少をもたらす。両者の利益を十分に考慮した別のプランを被告が選択することで、被告には経済的に期待可能な措置が実施可能であるのであれば、原告は、被告に対して242条に基づきこの配慮を要求しうる。土地所有者は、自己の土地利用に際して同価値の異なる可能性が存在するのであれば、相隣者に損害を与えないような選択肢を選ばなければならないという一般的法原則は存在しないため、自己の土地を自らの判断で利用するという所有者にもともと認められている権利を制限することは、個別事件の状況に応じてその他の相隣者に深刻な不利益をもたらすことを考慮した上で肯定されなければならない。」

したがって、両者の利益を十分に考慮した別のプランの可能性を検討させるために原審に差し戻した。

分割により生じた隣地の建築行為により、窓が遮られる日照被害の事件であるが、特別法である当該ラントの相隣法規定が適用されないため、242条から相隣者間の相互顧慮義務を導き出し、自己の土地利用を害さな

266(266) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

いよう配慮することを相隣者に求めうとするものである。

(5) 2003年11月14日判決⁽⁵⁵⁾

境界近くの被告所有地にある松の木からの落葉等により損害を蒙った原告が、被告に対して木を一定の高さまで切ることを求めた事案において、原審が、ニーダーザクセン州の相隣法54条2項により、原告による木の剪定を求める請求権は期間制限により排除されており、906条に基づいても自然作用は違法な作用ではなく甘受しなければならないとしたのに対して、BGHは、一部破棄し差し戻した。

この事件においても、相隣共同体関係に関する説示は、上記判例と全く同じであり、本件における木の剪定という積極的行為については相隣共同体関係からも認められないとした。ただし、落葉等の除去のために費やした費用に対しては、906条2項2文類推適用により調整請求権を認めた。

(6) 2008年1月24日判決⁽⁵⁶⁾

〔事案〕

原告である行政庁は、被告である社団に対して、仮処分の執行に対する損害賠償を請求した。理由は、その仮処分が正当なものではないからである。

被告の社団は、D地区の土地所有者であり、その土地に隣接した郡道として利用されている土地の所有者は、地方公共団体である。両土地の境界は争いがある。2000年4月の利用契約により、地方公共団体は、原告に下水道管の設置のため公道所有権を利用することを認めた。2002年3月

(55) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 14. 11. 2003=BGHZ 157, 33-47.

(56) Urt. des BGH. (9. ZR.) v. 24. 1. 2008=NJW-RR 2008, 610-612.

18日に、公の測量調査技師が境界線を引き、それを確定しようとしたが、被告からの抗弁により確定し得なかった。同年4月29日に、原告は、被告に対して、ポンプ施設の設置のための建築作業を2002年5月13日まで実施することを通知した。ポンプ装置は、道路の縁に直接設置された。被告は、グライフヴァルド行政裁判所に原告が作業を開始することを差し控える仮命令の交付を求めた。行政裁判所は、2002年5月10日請求を棄却した。

被告は、ノイシュトレリッツ区裁判所に、先ほどの行政裁判所の時と同じく仮処分を求めて提訴した。被告は、原告に対してこの仮処分の内容を通知。ノイシュトレリッツ区裁判所は、原告の抗弁を支持。控訴審での係争中に、原告である行政庁が、ポンプ設備を他の場所に設置させたため、訴えは当事者の了解の上取り下げられた。

原告は、仮処分は不当であり、これにより43696ユーロの損害が生じたと主張。第一審は請求を認容。控訴審はこれを棄却。原告上告。BGHは、土地の境界紛争事例において、境界紛争の対象となっている領域に一方的に、他の当事者の意思に反して占有することを妨げる請求権が相隣共同体関係から生じるとして、原告の上告を棄却した。

〔判旨〕

一般論としての相隣共同体に関する説示は、上記判例と全く同じである。そして、本件においてそのような例外事例に該当するとした。境界紛争事例⁽⁵⁷⁾では、920条1項1文により、正しい境界が確認し得ないときは、占有

(57) BGB920条 境界不明

(1) 境界が不明の場合において正当な境界が画定し得ない場合は、占有状態を基準として確定する。占有状態を確定し得ない場合には、係争地を等分して双方の土地に割り当てるべきとする。

(2) 省略

状態が境界画定の基準となる。したがって、本件のように原告がポンプ設備を紛争領域に設置することは、占有状態の既成事実をつくり出すことになるため、原告のポンプ設備の設置に対する不作為請求権が相隣共同体関係から認められるとした。

なお、この判決において相隣共同体関係が公法においても承認された法形式であることが指摘されている。⁽⁵⁸⁾

(7) 2008年9月19日判決⁽⁵⁹⁾

原告が所有する土地には19世紀中頃に建てられた古い農家があり、原告はこの建物の基礎から補強して居住していたところ、被告が経営する鉱業を原因とする振動により建物に被害が発生し、生活および居住の質が期待し得ないほど侵害されたとして、906条2項2文の調整請求権を請求した事案。

第一審は原告の請求を認容したが、原審はこれを棄却。原告上告。BGHは、鉱業権所有者と土地所有者の関係は上下関係であるが、水平関係における相隣共同体関係と異なるところがないため、上下関係でも相隣共同体関係から906条2項2文の準用が認められるとした。

(8) 2011年7月1日判決⁽⁶⁰⁾

〔事実〕

原告は土地所有者であり、被告は原告の隣地の住居に賃貸人として居住している。原告の土地は、被告の土地に沿って幅3.5メートル、長さ28メー

(58) 引用判例として、BVerwGE 78, 85; 91, 92; BVerwG, BauR 1988, 332; 1991, 597; 2003, 1031 などが挙げられている。

(59) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 19. 9. 2008=BGHZ 178, 90-100.

(60) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 1. 7. 2011=NZM 2011, 632-633.

トルの公的許可を受けた枝道によって公道に通じている。被告が居住する住居の入り口は、枝道の面に即しており、その土地の他の側面に沿ってガレージが公道に面している。被告は、荷物の積み卸しのために一時的に自動車を支道に駐車していた。

原告が主張するには、被告およびその息子や来客が、頻繁に自動車を枝道に駐車するために、過去において自らの土地への通行を妨げられたとして、被告に交通を妨げる駐車によって自らの土地への出入りを妨げること、あるいは第三者の自動車による通行の妨害の不作为を求めた。

原告の訴えは、事実審において棄却され、上告した。

〔判旨〕

「原審が結論として原告の義務も肯定したことは正当であり、被告の土地の前の往来の非本質的で短期間の侵害について、原告は受忍しなければならない。原告が、そのような些細な程度の侵害を甘受すべきことは、相隣者として当事者が共同生活をする上で生じる増大した相互顧慮義務から導き出さるものであり、そのような義務は、所有権から導き出される権利の行使を完全にあるいは部分的に許容されないものであることに、ごく例外的な事例においてつながりうる。

本件はそのような例外的事件に該当する。なぜなら、被告（原告もまた）は、公道に接する土地の住民であり、そのために、その他の公道網への接続のために公道の利用に頼らざるを得ないのである。……中略……重要なのは、原告は自らの通行権を、短期間の駐車によって非本質的にのみ妨害されているのに対して、被告については、枝道を利用せずに家の入り口まで重い荷物などを持ち運びする場合には被告にとって住居の利用を本質的に困難にする点である。

原告が、相隣的な顧慮義務の観点のもとにおいて、どの程度の通行侵害の甘受を義務づけられるかは、個別の事件の具体的な状況に依存しており、

270(270) 法と政治 67巻1号 (2016年5月)

あらゆる事件に対応しうる一般的な規律を打ち立てることは不可能である。基本的には、原告の土地での自動車の通行を被告にやめさせるべきではなく、客観的に認識可能な緊急の必要性の際には道を空けなければならない。その他の場合には、荷物の積載がすぐに終わるまでの短時間のみ受忍しなければならないことが原告には義務づけられる。」

以上のように、原告に対して相隣共同体関係から受忍義務が課されるとしながらも、場合によっては、被告の駐車が原告の土地所有権侵害に該当する可能性があるとして、原審に差し戻した。

(9) 2012年6月29日判決⁽⁶¹⁾

〔事実〕

当事者は隣接する土地のそれぞれの所有者であり、原告の土地は被告の土地よりも高く、原告の主張によれば平均して1.6メートルの高さがある。それは被告の土地にある長い古い壁によって支えられている。いつ、どのようにその高低差が生じたのか、および一方の土地の盛り土によって生じたのか、あるいは他方の土地を掘り下げて生じたのかについては争いがある。被告は、壁を除去しようとしたところ、これに対して原告がその不作為請求の訴えを提起した。反訴において被告は、高低差のある土地になされるべき保護措置を講じることなく壁を除去する権限が自らにあることの確認を求めた。さらに、それぞれの土地に沿った境界壁の設置を求める原告の訴えの棄却をもとめ、また、この壁の設置および維持にかかる費用、ならびに2006年6月以来境界の保全のために生じた出費を原告が負担することの確認を求めた。

第一審は、部分判決によって請求のみを判断し、被告の訴えを棄却した。

(61) Urt. des BGH. (5. ZR.) v. 29. 6. 2012=NJW-RR 2012, 1160-1162.

内容は、被告の壁の除去の不作为を命じるのみであり、その設置によってかかった費用の補償のことや、原告の土地が他の方法で維持しうるかどうかの検討はなかった。これに対してなされた被告の控訴も棄却された。被告が上告。

〔判旨〕

控訴審判決を破棄し次の点を検討するよう差し戻した。

検討すべき点は、相隣法上の特別規定との関係における1004条1項1文の不作为請求権である。被告が高低差の発生に関与しているかどうかは確定されていないため、この規範の要件が充足されているかどうかを検討できない。909条によれば、隣地に必要な支えを失わせるような方法で土地を掘削してはならないとされる。違法な掘削についての不作为請求の相手方は、行為者ではなく所有者である。保護壁の除去自体は909条の意味での掘削ではない。

被告の前所有者が、自ら意図して掘削をした後に壁を設置したのであれば、被告は909条に基づいてさらに原告の土地を維持し、代替策なく除去することの不作为が命じられる。

不作为請求は、909条の類推適用によって導き出されるものではない。壁の除去は、掘削と同視できない。

最後に、不作为請求権は、相隣共同体関係からも導き出しえない。

土地相隣者の権利義務は、継続的な当裁判所の判例により、とくに、905条以下の諸規定および各ラントの相隣保護法の諸規定を通じて、個別具体的な規律となっている。確かに、信義則という一般原則も適用される。その帰結として、具体的な事件において相隣共同体関係という概念の下に包括される相隣者の相互顧慮義務がある。ここから導き出される特殊な義務は、しかし、相隣法諸規定を十分に考慮した後に、例外として認められるものであり、相矛盾する利益について制定法上の規律を越えた適切な調

整がやむを得ず必要な場合のみに適用される。この要件の下でのみ、所有権から派生する一定の権利の行使が、完全あるいは部分的に許容されないものとされる。この法制度は、相隣法上の諸規定とはまったく反対のことを命じるためのものではない。

相隣共同体関係から、この種の除去作業の通知義務（die Pflicht zu einer Ankündigung）のみは導き出さう。適切な時期にその通知をすることで、土地相隣者にあらかじめ独自の保護措置を講ずる状況にさせることが可能となるからである。この限定された枠内においてのみ、不作為義務は生じうる。

この判決においては、土地の境界の高低差を支える境界壁の撤去に対する不作為請求権について、相隣共同体関係の観点からも認められないとしながらも、判決の最後の部分において除去作業の通知義務を相隣共同体関係から導き出している。

（10）小 括

以上、2000年以降の相隣共同体関係に関する9つのBGHの判例をみてきた。どのような事案において相隣共同体関係が用いられたかという観点については、さまざまな事案に適用されているということになろう。ただし、工業的イミッシオンに対する防御請求権の可否およびそれに伴う調整請求権といったRG時代の判例を典型とする相隣共同体関係が認められた原初形態ともいべき事例は、(2)の2001年7月6日判決のみである。そして、906条2項2文の準用、類推適用事例は(7)で挙げたが、土地所有者間のみならずさまざまな関係に拡大適用されている。ここでは挙げなかったが、住居所有権法に基づく区分所有者間の関係にも調整請求権が適用されるようになっており、その根拠として相隣共同体関係が用いられること⁽⁶²⁾

が多い。この点は、初めて相隣共同体関係を判例で認めた RGZ154, 161 から BGHZ 30, 273 そして1959年改正による906条2項2文の調整請求権、さらにその拡大適用という判例が発展させてきた確固たる傾向といえる。しかし、その他の事例をみると、原則として認められる1004条に基づく防御請求権の行使を制限するという、わが国とは異なるドイツ法に特殊な機能だけではなく、私人間における相隣紛争一般について、そして、公法上の規制の範囲内での本来は許容される土地利用を原因とする問題について、柔軟に解決していることが見てとれる。現時点では、BGHも、相手方の土地利用を害さないよう自己の土地利用を選択する義務までは認めておらず、具体的な積極的行為としても、損害が生じる危険性について相隣者に告知する義務が認められているのみである。いずれにせよ、相隣共同体関係に関する判例が、1004条に基づく防御請求権の行使の制限および、それに伴う調整請求権による金銭的解決という類型だけでなく、さまざまな機能を有していることは見てとれるのではないだろうか。この点に関しては「相隣共同体関係の観点のもとで、かつて議論されていた事実類型の多くは、今日、各ラントのイミッシオン防止法や相隣法により規律されている。したがって、實際上の法適用に関しては、相隣共同体関係は典型的でない相隣利益の紛争の際に、特別法の規定が存在しないという例外事例にのみ重要となる⁽⁶³⁾」と指摘されているように、特別法たる各ラント法により制定法上の規律となっていくのであろう。この点は、わが国においてもそれぞれの地方公共団体による景観条例や空き家条例などで法令となっていることと同視しうる。したがって、本稿の冒頭で述べたように、特別

(62) BGH, Urteil v. 25. 10. 2013=JZ 69, 687-690.

(63) Olzen/Looschelders in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB—Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § 242 Rn. 917

法の規定が存在しない例外事例において適切な利益調整のための解決策が必要になるのではないか。土地所有者間の権利の両立のための調整の論理が必要であると考える。

また、何より強調すべきは、相隣共同体関係は、公共のための制限のための論理ではなく、矛盾する利益の適切な調整のための論理であるということである。公共のための制限に関しては、ドイツにおいては犠牲請求権の問題として論じられており、公的収用と同じ論理により適切な補償の問題として論じられている⁽⁶⁴⁾。これらの問題は、やはり区別して論じる必要があると考える。

5 むすびに代えて

BGH による相隣共同体関係に関する判例を時系列にしたがって概観してきた。ドイツにおけるさまざまな土地利用紛争の適切な利益調整のために相隣共同体関係が用いられていたことは把握できた。しかし、判例上ごく例外事例にのみ認められているだけであるし、土地所有権論として理論的に考えた場合、相隣共同体関係に基づく相互顧慮義務というものが、所有者にとってどのような位置づけになるのかも不明である。この点を含めて検討しなければ、導入した理論も曖昧模糊としたものになってしまうであろう。したがって、ドイツにおいて相隣共同体関係が理論的にどのように位置づけられ、土地所有権論との関係、とくに土地所有者の自由との関係においてどのように位置づけられているのかを検討しなければならない。

(64) この点については、沢井裕「西ドイツにおける国家補償序説—Aufopferungsanspruch 研究のために—」関大法学論集12巻1号（1962年）79頁以下、および同「西ドイツにおける犠牲補償の展開—Aufopferungsanspruch の研究—」関大法学論集12巻4・5号（1963年）683頁以下が詳しい。また、拙稿「調整と補償」を参照。

この検討がなされた上で、わが国における社会状況、問題状況を再び捉え直し、現在における土地所有権論を構築していくべきであろう。これらの点を次稿の課題として挙げることでむすびに代えさせていただく。

最後に、安井宏先生は、筆者の大学院での指導教員であり、本当に、研究だけでなくあらゆる面でご指導いただいた。感謝の気持ちはここでは表し尽くせないほどである。研究においては、歴史的な流れの中で法を捉えることをお教えいただいた。本稿においても、そのような視点からBGHの判例を捉えることを当初は意図していたのだが、日々の不勉強および元より能力の不足により、ただ時系列に羅列するだけになってしまったことを深く反省するばかりである。本来であれば、ドイツにおける社会的背景の変化の中で各々の判例を位置づけるべきであったが、この点は学説も含めた形で次稿において実現させたいと考えている。

Die Freiheit und Haftung von Grundstückseigentümer

論

Yousuke HARI

1. Einleitung—Problemstellung
2. Die Regelungen von Grundstückseigentum und die Übersicht zum nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis
3. Die Rechtsprechung des BGH zum nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis (1)
 1. von Jahre1945 bis 60er Jahren
 2. von 70er Jahren bis 90er Jahren
 3. Urteilsanalyse
4. Die Rechtsprechung des BGH zum nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis (2)
 1. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.16.2.2001
 2. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.6.7.2001
 3. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.31.1.2003
 4. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.11.7.2003
 5. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.14.11.2003
 6. Urt. des BGH. (9.ZR.) v.24.1.2008
 7. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.19.9.2008
 8. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.1.7.2011
 9. Urt. des BGH. (5.ZR.) v.29.6.2012
 10. Urteilsanalyse
5. Zusammenfassung

説