

〈研究ノート〉

ドイツ・イミッション法における 「先住優越性」否定法理の生成とその意義 —— ライヒ裁判所判例の展開を中心として ——

田 處 博 之

はじめに

生活妨害からの私法的救済として損害賠償や差止めが請求される場面で、生活妨害を生ぜしめる行為を加害者がかねてから行っていたところに被害者があとから住み着いてきたという事実経過であった場合に、こうした事実経過はどう評価されるか、すなわち、加害者は先住者であることでその責任を免れ、あるいは責任を完全に免れずともその責任は軽減されるか⁽¹⁾。

この問題は、わが国では、大阪国際空港公害訴訟においていわゆる危険への接近の理論の適用の有無が争われたことで特に注目を浴びるようになり、また、この訴訟で最高裁昭和56年12月16日判決が示した判断枠組を出発点としてその後の裁判例が展開していく。日本におけるこれらの過程については、学説による評価も含めて、筆者はすでに概観したことがある⁽²⁾。そこでは、大きくいえば、当初は、先住の加害者の免責⁽³⁾を認める裁判例さえみられたものの、また、大阪国際空港公害訴訟最高裁判決が危険への接近の理論による先住加害者の免責の可能性を明確に肯定していたものの、次第に、裁判例での検討の対象は、先住加害者の免責を認めないことを前提に、責任軽減の有無に移行し、さらには先住加害者に責任軽減さえも認めない裁判例も一部にあらわれていた。

対して、ドイツ法ではどうであろうか。ドイツでは、これからみるように、1896年8月18日のドイツ民法（Bürgerliches Gesetzbuch. 以下、

BGB と表記する。) の成立前後からすでに、この問題が取り扱われ、大きくいえば、そこではむしろ、先住の加害者に免責も責任軽減も認めないことが裁判例の一般的な傾向で、イミッション (Immission) からの私法上の保護において、先住優越性 (Priorität、古くには Prävention) は認められない、との文句でもって、このことは表現されてきた。イミッションとは、BGB906 条⁽⁴⁾ によれば、ガス、蒸気、臭気、煙、すす、熱、騒音、振動の進入 (Zuführung) および他の土地から生じる類似の作用 (Einwirkungen) のことである。

Priorität は、イミッション法に限らず、担保法その他のもろもろの法領域で登場する概念で⁽⁵⁾、内容的には、時間的に一番の者が法的によりよく扱われること⁽⁶⁾ とか、時間的な優位に基づくより強い法的地位の基礎付け⁽⁷⁾ などと説明される。古くには、Priorität に代えて、Prävention の語が用いられていた⁽⁸⁾。これら Priorität ないし Prävention にどのような訳語をあてるべきかは悩ましいところであるが、本稿では、あまり適切な訳語ではないが、イミッション法についての先行研究である邦語文献 (後注 (11)) での訳語をも参考にしつつ、先住優越性という語を用いることとする。

ドイツのイミッション法では、先住優越性を否定するいわば法理とでもいうべきものが生成され、確立されていた。学説でも、この先住優越性否定の法理は、通説であると (伝統的には) 目されている。もっとも、近年は、— 本稿で扱うことはできないが — いくつかの裁判例が、先住優越性を一定程度考慮する結果となる判断を下すにいたり、先住優越性否定の法理は、ドイツの判例学説上かならずしも堅持されなくなってきている。わが国におけるのとは一見、逆方向をたどるかにみえる彼地での裁判例の展開を、学説による評価も含めて跡づけておくことは、ドイツ法と日本法との相違に配慮しなければならないにしても、一定の示唆を与えてくれそうである⁽⁹⁾。

そこで、本稿では、生活妨害を理由とする損害賠償や差止めの請求において加害者の先住性がどう評価されるかの問題を検討する一作業とし

て、この問題をめぐってのドイツでの判例と学説の展開過程について、とりあえず、先住優越性否定の法理が判例上、生成され、また、その定着をみた戦前のライヒ裁判所時代に限定して、跡づけを試みる。

ドイツでのイミッションからの私法上の保護については、わが国でもこれまで数多くの研究があり⁽¹⁰⁾、生活妨害からの私法的救済として損害賠償請求や差止請求をめぐる問題が論じられる際に、比較法的素材としてしばしば参照されている。本稿が取り扱う先住優越性否定の法理についても、それらのなかで取り上げられることがある⁽¹¹⁾。

BGB906条⁽¹²⁾によれば、被害地所有者⁽¹³⁾は、(1)イミッションが、被害地の利用を侵害しないか、または、非本質的にしか侵害しない場合、(2)イミッションにより本質的な侵害が生じるが、その侵害が加害地の場所的に慣行的な利用によって招致され、かつ、この種の利用者に経済的に期待可能な措置によっては回避できない場合は、イミッションの差止めを求めることはできない。BGB1004条⁽¹⁴⁾1項により、所有者であれば、本来、所有権に基づき侵害の除去や停止を求めることができるが、同条2項は受忍義務があるときはこの限りでないとし、BGB906条とBGB1004条との関係については議論がある⁽¹⁵⁾が、BGB906条はBGB1004条2項という受忍義務を定める一法律規定であるとみる立場が有力である⁽¹⁶⁾。ともあれ、イミッションの差止めが認められるかどうかの判断に際しては、侵害の本質性(Wesentlichkeit)、加害地利用の場所的慣行性(Ortsüblichkeit)、侵害の不可避性が重要な意味をもつことになる。

また、(3)被害地所有者は、(2)によりある作用を受忍しなければならない場合に、その作用が場所的に慣行的な土地利用または土地の収益を、(被害地所有者に受忍を)期待可能な程度を超えて侵害するときは、金銭による相当な補償を(加害者の故意・過失の有無を問わずに)求めることができる。したがって、補償請求権が認められるかどうかの判断に際しては、(被害地所有者にとっての受忍の)期待不可能性(Unzumutbarkeit)が重要な意味をもつ。

なお、差止めを求めることができるかどうかの以上の問題とは別に、不法行為を理由として損害賠償を求めることができるかの問題ができてきたが、BGB906条によりイミッションを差し止めることができないとされるときは不法行為上の違法性も欠くと解されている⁽¹⁷⁾。

先住優越性の肯否は、BGB906条に規定されるこれらの要件のなかで、主として、加害地の利用が場所的に慣行的かどうかを検討される際に、また時として、侵害の本質性の有無や、補償請求権が認められるための要件としての（被害地所有者にとっての受忍の）期待不可能性の有無が検討される際にも論じられる。まずは、イミッション法において先住優越性が認められないことを最初に定式化したライヒ裁判所1900年12月12日判決⁽¹⁸⁾を紹介することから始めよう。

1 ライヒ裁判所1900年12月12日判決

これは、住宅を建てた自分の土地が近隣の被告の鉱山の煙突から灰のイミッションを受けているとして損害賠償が求められた事案についてのものである。原告は鉱員であり、被告は、自身のまたは賃借人の快適な就業機会のために鉱山のごく近くに住み着いた鉱員は、煙その他のイミッションを甘受すべきであると主張したが、判決は、以下のように述べて、請求を認容する。

「相隣所有者の権利が衝突する場合に、先住優越性（Prävention）の原則は妥当しない。近隣の土地の利用が侵害されるやり方で自分の所有物を利用する者は、侵害を受ける近隣の土地利用が始まったのよりも前に、自分の土地を同様の方法で利用してきたということを援用できず、自分の土地の利用においてイミッションにより侵害を受ける者は、自分の土地の利用が変わったことではじめてイミッションが有害となったからというだけで、イミッションを受忍しなければならないわけではない。両者の権利の衝突については、現在の、すなわち衝突が生じた時点において存在する状態を基礎としてのみ決することができる。このことは、BGBによっても以前の法によっても妥当す

る。また、被害地の所有者が、自分の土地のかねてとは変わった利用に対して隣地に存する施設が不利益な作用を及ぼすことを予見できたとしても、このことは、変わらない。なぜなら、その場合でも、それまで有害でなくまたはそれほど有害でなかった作用を普通の程度に戻す防護措置を隣人は取ってくれるであろうと考えることが許されたからである⁽¹⁹⁾。」

このように、判決は、相隣間の権利の衝突については現時点の状態を基礎に決せられるべきであり、このことは BGB によっても以前の法によっても妥当するとするのである。そこでは、トゥルナウとフェルスタアによる不動産法の概説書(初版)⁽²⁰⁾と、ライヒ裁判所 1880 年 12 月 6 日判決⁽²¹⁾、ライヒ裁判所 1882 年 11 月 25 日判決⁽²²⁾ およびライヒ裁判所 1891 年 2 月 20 日判決⁽²³⁾ の 3 判決の参照を指示しているので、これらをも紹介しておこう。必ずしも先住優越性 (Priorität, Prävention) の語が用いられているわけではないが、いずれにおいても内容的にはイミッシオン事案における先住優越性の肯否が扱われている⁽²⁴⁾。

まず、ライヒ裁判所 1880 年 12 月 6 日判決は、被告の工場の煙突からの煙が、近隣の漂白場に広げてあったリンネルに激しく降りかかった事案で、漂白職人からの損害賠償請求を認容する⁽²⁵⁾。被告は、漂白場としての被害地の利用に権限が認められるのは、工場設置時においてすでにそのような利用がされていた場合だけであると主張していたが、判決はこの主張を正しくないとする。その理由付けは示されていない。これに対して、後二者の判決では、若干詳細な説明がみられるので、少し丁寧に紹介しておこう。

ライヒ裁判所 1882 年 11 月 25 日判決は、被告の工場の煙突から煙やすすが隣接の原告の土地に異常な程度に流れ込んだ事案についてのもので、原告がなにを求めたかは不明だが、請求は認容されたようである。この事案では、被告の工場施設は、原告の家屋施設よりも古くからあったが、建て替えられたらしく、煙やすすを隣接の土地に進入させる既得権 (eine wohlerworbene Berechtigung) が建替えにより消滅したかど

うかが争われた。判決は、工場施設が先に存在していたというだけで（durch die bloße Priorität）そのような役権（Servitut）が工場施設のために取得されることはない、として、この争いについては決しなかった。それに際して、判決は、その営業がそのようなイミッションなしでは不可能であろうかどうかも重要でないこと、すでに存在する工場施設の近隣に家を建てて住み着いたことから、原告は、自由意思で自己の行為を通じて自分の建物をすすや煙の有害な作用に服せしめたと帰結することはできないこと、原告は、有害なイミッションにさらされる場所に建物を建てたことで、イミッションに対する異議申立権を放棄したことはないことなどをいう。

また、ライヒ裁判所 1891 年 2 月 20 日判決は、被告の工場からの煙や悪臭が問題となった事案についてのもので、迷惑を被った原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、耐えられる普通の程度を超える原告の迷惑を防止する十分な防護措置を講じるよう被告に命じたようである。原告は 1864 年になって自分の土地に建物を建てたが、被告の工場は、すでに 1853 年に設けられていた。判決は、大要、以下のようについていう。

本件イミッションに耐えなければならない危険に、原告が、わかっていながら (bewußter Weise)、みずからの身をさらしたことで、物権的妨害排除・停止請求権が排除されるのではないかとの異論には理由がない。原告は、以前からその工場施設があることで、自分の土地に建物を建てる権利も、建物を建て住むようになってはじめて自分に迷惑を及ぼすこととなったイミッションを停止するよう被告に請求する権利も失わなかった。

最後に、トゥルナウとフェルスタアが、BGB 施行と同じ年、1900 年に公にした不動産法の概説書（初版）による説明をみておこう。

「本質的な侵害が存在するかどうかの問いにおいて、被害地の通例のまたは従来の利用がどうであるかは重要でない。所有者は、自分の土地の利用の方法を随意に変更することができ、新しい利用方法を本質的に侵害する作用を禁じることができる。」

もっとも、このことは、加害地の利用が場所的に慣行的である場合にまで差止めを認める趣旨ではないことには注意を要する⁽²⁶⁾。同書において、このあと、以下のように述べられる⁽²⁷⁾。

「工場地域がなお新しい工場の設置により拡がる場合は、所有者は、煙その他の増大およびこれにより招致されるより大きな迷惑を甘受しなければならない。なぜなら、侵害は、当該位置にある土地の場所的状況によれば普通である他の土地の利用によって招致されているからである。たとえば個々の工場が問題になっているときなど、この前提があたらない場合は、工場施設が、そこからの煙その他によって本質的に侵害される他の土地の利用の方法よりもより長く存在しているかどうかは、重要でない⁽²⁸⁾。」

このように、当時、加害者は、加害地の利用が場所的に慣行的でないかぎり、先住優越性を援用してその責任を免れることは、認められていなかった⁽²⁹⁾。前掲（注（18））ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決は、このことをはじめて定式化したのである。そして、そこでは、後住の被害地所有者にイミッシオンを受けることの見込みがあってもその保護が否定されるわけではないとまで明言されたのである。

2 先住優越性を肯定するかの一部の裁判例

もっとも、当時、読み方によっては、この先住優越性否定の法理と反対の趣旨を述べているかにもみえるいくつかの裁判例が、他方で存在した。その中心をなしたのが、一つには、被害地利用のいわば異常性をとらえて被害地所有者の保護を否定する一群の裁判例であり、もう一つには、土地所有者が、土地の一部を、ある特定の事業に供される目的で売却したときは、その事業から生じる不利益を甘受しなければならないことをいう一群の裁判例である。あまりこなれた表現ではないが、本稿では、前者の命題を被害地異常利用時保護否定法理、後者の命題を売買契約存在時保護請求権放棄法理と呼ぶこととし、以下に紹介しよう⁽³⁰⁾。

(1) 被害地異常利用時保護否定法理

この法理をいう代表例がライヒ裁判所 1890 年 1 月 15 日判決⁽³¹⁾である。これは、被告の営む樽屋からの騒音により、原告の土地上のシナゴーク（ユダヤ教教会）での礼拝が妨害されたため、原告が、騒音を教会のきちんとした利用が可能な我慢できる程度に戻す措置を講じるよう求めた事案についてのものである。被告の土地上では 50 年来、樽屋が営まれており、シナゴークは、1884 年に改築により被告の作業場の壁ぎりぎりに近づいたものであったため、被告は、礼拝の妨害については原告自身に責任があると主張した。判決は、被告のこの主張を認め、以下のように述べて請求を棄却する。

「普通よりもより大きな、また、他者との共同生活から生じる普通の妨害によってならば保障されるのよりもより大きな静寂を必要とする者は、この普通でない必要を満足させるようみずから取り計らわなければならない、また、所有物を普通に利用する権利の抑制を隣人に要求することはできない。」

この判決は、先住優越性の語を用いるものではないが、事案の内容にかんがみると、先住優越性を肯定する趣旨と読めなくもなく、実際、当時の学説のなかには、この判決を先住優越性を肯定する趣旨のものとして紹介するものもみられた⁽³²⁾。そのため、先住優越性を否定するのが主流の当時の学説の一部からは、BGB（この判決後、1900 年に施行された一筆者注）によれば反対の判決が下されたであろうなどと評される⁽³³⁾。

被害地利用のいわば異常性をとらえて、被害地所有者の保護を否定するこの判決の趣旨は、当時の他の裁判例にもみることができる。すなわち、ライヒ裁判所 1912 年 2 月 24 日判決⁽³⁴⁾は、家具工場の騒音や振動を理由とする隣接の土地家屋の所有者の所有権に基づく妨害排除請求を認容した原判決を破棄するに際し、大要、以下のように述べて、原告が家屋改築時に製作した隔壁が薄かったことが問題になりうるとするのである。

本件の騒音や振動の作用は BGB906 条により許される程度を超え

ているので、本件請求は要件を満たすようにも思える。しかし、もし原告への過度の迷惑が被告でなく原告自身にその責任があるのであれば、事情は異なるであろう。そのような場合は、原告がその所有物の利用を被告によって過度に侵害されたという要件を欠くからである。場合によっては、被告の土地からの作用は、非本質的で、BGB906条により原告が受忍しなければならないものとしかみられないのである。原告自身に侵害の著しきの責任が帰せしめられる場合とは、原告が被告の建物から自分の住居空間を離隔せしめるに際して規則違反の (regelwidrig) 振舞いをし、作用の著しさがまさしくこの事情に起因する場合、もしくは、原告が増築時に秩序適合的な (ordnungsmäßig) 隔壁を製作するよう配慮していれば、騒音や振動の過度の負担がなかったとみられる場合である。所有者が自分の所有物をどのようなやり方で利用するかはその自由である。しかし、特定の利用方法を選択し、その利用方法のもとでは、当初から隣地からの侵害を予期しなければならない場合に、選択された用途にかんがみれば一般に必要と解されている防護措置を怠り、侵害について苦情をいうことは許されない。被害を受ける所有者の禁止権には制約があって、所有物利用の際に規則違反の (regelwidrig) 振舞いをし、作用の程度をみずから強めているということがないことが必要である⁽³⁵⁾。

なお、この被害地異常利用時保護否定法理は、あくまで被害地利用の異常性をとらえてのものであるから、被害地所有者は、利用を、加害地からの作用が著しい侵害と感じられないようなものとどめることや、作用が著しいものとならないよう、普通に必要とされることを超えて防護措置を講じることが求められるものではない。このことは、前掲 (注(34))ライヒ裁判所 1912年2月24日判決によっても、(さきには紹介しなかったが) 明言されたところであった。

このこととの関連で当時、時として争われたのが、騒音の被害を受けている住民には、自分の住居の窓を閉めて被害の程度を軽減する義務があるかであった。ライヒ裁判所 1909年3月20日判決⁽³⁶⁾はこれを否定す

る。これは、家具職人の木工作業による騒音で家や付属のベランダにいられないと隣人が訴えた事案についてのもので、原告がなにを求めたかは不明だが、第一審は原告には窓を閉める義務があり、また、ベランダの使用は重要でないとしていた。控訴審はこの見解をしりぞけ、ベランダは住居の一部としてあわせ考慮されるべきで、また、原告には騒音防止のため住居の窓を常時閉めておく義務はないとし、判決もこれを支持する。前掲（注(34)）ライヒ裁判所 1912 年 2 月 24 日判決も、（さきには紹介しなかったが）窓をあけておくことは、住居の秩序適合的な（ordnungsmäßig）利用に反しないことを理由に、窓を閉めておくべき住民の義務を否定する。

ただし、夜間については、ライヒ裁判所のニュアンスは若干異なり、ライヒ裁判所 1904 年 4 月 30 日判決⁽³⁷⁾は、新聞印刷所の輪転機からの騒音の差止め等を近隣の住宅の所有者が求めた事案で、原審が、夜間、窓をあけて眠る習慣のある健康人は、隣人に対しこの生活習慣に留意すべきことを法的に請求できるとして、差止請求を認容していたのに対し、騒音の受忍限度は通常の人々の感覚が基準となるので、通常の人々にはなじみのない、夜間、窓をあけて眠るという利益を顧慮することは許されないとし、原審のこの見解をしりぞける。夜間、窓をあけて眠ることへのライヒ裁判所の否定的態度は、1931 年 11 月 19 日判決⁽³⁸⁾において若干は緩和される。これは、隣地の遊園地からの夜間の音楽による騒音が問題となった事案についてのもので、近隣の住民がなにを求めたかは不明だが、原審は、原告は夏季、寝室の窓を閉めておかなければならない⁽³⁹⁾などとして請求を棄却していた。判決は、この判断をしりぞけて⁽⁴⁰⁾、たしかに、夜、窓を開けて眠る一住民の生活習慣への留意を求める一般的な法的請求権は認められないが、BGB906 条の観点のもとでは場所的な状況が本質的に重要なので、原告の主張する生活習慣が、健康衛生上の考慮に影響された一定の状況のもとで一般的なならわしとなり、BGB906 条により顧慮されるに値し得る可能性は否定できないとする。このように、ライヒ裁判所の考えによれば、夜間については、窓を

あけたままにしておく自由が必ずしも常に認められるわけではないようで、この点は、学説の一部によって、所有者は自分の所有物を自分に都合のよいように使用することが許されるのであって、所有者が騒音を免れるために夜間、窓を閉めたままにする必要はなく、むしろ妨害者が騒音を停止すべきである⁽⁴¹⁾などと批判された。

ところで、この被害地異常利用時保護否定法理は、過失相殺の趣旨でいわれるもののようにも聞こえるが、そうではない。前掲（注(34)）ライヒ裁判所 1912 年 2 月 24 日判決は、被害地所有者が自己の規則違反の（regelwidrig）行為によって自己に対する侵害をみずから惹起したときは、その請求権が排除されうるが、所有権に基づく妨害排除請求では被害地所有者の過責ないし共働過責は問題にならず、したがって過失相殺を規定する BGB254 条⁽⁴²⁾は適用できないというのである。

過失相殺の趣旨によるものではないことは、さらに、ライヒ裁判所 1912 年 6 月 22 日判決⁽⁴³⁾の判示からも明らかである。これは、隔壁に問題があって原告の住居が騒音に悩まされた事案についてのもので、原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、被害地に不十分な設備が存するがゆえにのみ、隣地からの侵害が本質的な妨害を惹き起こしているときは、その侵害は受忍されなければならないとする。それに際して、判決は、住居としての利用がそれ自体として秩序違反（ordnungswidrig）であったかどうかは重要で⁽⁴⁴⁾、所有権に基づく妨害排除請求では過責ないし共働過責が問題になる余地はないので、原告が隔壁の問題性を知っていたかどうか、また、知っていたにもかかわらず住居として利用させたかどうかは問題にならないとするのである。

（2）売買契約存在時保護請求権放棄法理

次に、売買契約存在時保護請求権放棄法理の紹介に話しを進めよう。この法理は、ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決⁽⁴⁵⁾において打ち立てられ、ライヒ裁判所 1903 年 3 月 7 日判決⁽⁴⁶⁾での確認を経て、ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決⁽⁴⁷⁾においてもっとも詳細に説明が加えられてい

る。これら3判決を以下に紹介しよう。

まず、ライヒ裁判所1892年4月27日判決は、駅のそばにある市の森林が、被告の鉄道事業（とりわけ駅に設置されたガス設備）で生じる蒸気からの有害な影響により被害を受けたとして、原告市が森林の価値低下分の補償を求めた⁽⁴⁸⁾ 事案についてのものである。駅が占めている土地は、原告市がその森林の一部を被告（ないしその前主）に売却したものであった。判決は、以下のように述べて、請求を棄却する。

「自分の土地の一部をある特定の事業のために売却する者は、その事業の施設および経営から生じる不利益に服する。たとえば、自分の邸宅の土地（Villensgrundstück）の一部を、化学工場の施設のために売却する者は、この工場で製造されるガスが自分の残りの土地に進入することに対して、法的な保護を要求することはできない。」

このことを基礎づけるべく、判決は、売却が、明示的にあるいはそうでなくても両当事者の認識のもとに、ある特定の事業の目的のためになされる場合について、大要、以下のようにいう。

耐え難い不利益が懸念されるときは、所有者はまずは売却を拒むであろう。しかし、所有者は、売却を決心するときは、当該事業のために分割部分を利用することを妨げるような条件を買主に課することはできない。土地を取得する目的を明らかにし、この目的ゆえに取引成立の妨げとなる難点を、より高い売買代金額の認容であれ他の方法によってであれ克服した買主は、購入の唯一の目的である事業が売主によって妨害されることはないを期待することが許される。買主は、こうした効果をともなつてなされる引渡しによってのみ、購入した物を契約内容にしたがい自由にすることができる立場に置かれる⁽⁴⁹⁾。買主がもくろんだ事業のためになすその土地の利用を、所有権領域への許されない侵害として論難することができないのは、まさしくこの目的のために売却した売主だけであつて、他のあらゆる者はこれが可能である。

売買契約存在時保護請求権放棄法理は、こうして、ライヒ裁判所1892

年4月27日判決によって打ち立てられたが、この法理は、その後、ライヒ裁判所1903年3月7日判決でも確認される。これは、被告の鉱山施設とコークス施設からの亜硫酸を含んだ煙により損害を被ったと主張して、近隣の森林の所有者が損害賠償と将来に向けての補償義務の確認を求めた⁽⁵⁰⁾ 事案についてのものである。被告は、鉱山施設は原告から譲渡されたものであり、コークス施設も、原告がこの目的のために売却した土地のうえに建設されたものなので、原告は、これら工場の操業およびこれにより生じる煙のイミッションを受忍する義務を契約上負うと主張した。原審は、この法理を適用して⁽⁵¹⁾、被告は、これまでしてきたようにまた契約に適合するように、自分の土地を営業上利用する権利を、したがって、この種の工場の操業がもたらす影響を（普通の程度を超える加害をとまなうときでさえも）原告の森に及ぼす権利をも、譲渡契約を通じて、原告に対して取得したとの認定のもとに、請求を棄却していた。原告は上告するが、判決は原判決を支持し、やはり請求を棄却する⁽⁵²⁾。

ライヒ裁判所1907年5月11日判決は、被告の営むブリケット工場からの有害なガスや石炭の塵の進入を理由に、土地所有者が損害賠償を求めた事案についてのものである。原告自身も設立にかかわった鉱山会社が、原告の土地で、褐炭鉱山をこのブリケット工場とともにかつて営んでいて、この鉱山とブリケット工場は、原告が土地と一緒にこの鉱山会社に売却したという経過があった。被告はこの鉱山会社から土地と鉱山の所有権を買い受け、ブリケット工場の操業を継続している者である。原審は、売買契約存在時保護請求権放棄法理により⁽⁵³⁾ 請求を棄却し、原告は上告するが、判決は、原判決を支持し、やはり請求を棄却する。ここではこの法理について詳細な説明がみられるので、紹介しておこう。判決は以下のようにいう。

「土地所有者が、ある事業を設ける目的であることを知りながらその目的のために自分の地所の一部を売却し、その事業によって、迷惑をかける進入による自分の残りの土地への侵害が生じうべきことを予見

しまたは合理的にみて予見しなければならない場合は、それを理由に相応の支払いを受け、契約締結時になんら留保をしない場合は、その者が、売却の直接の相手方に対してであれその占有承継人に対してであれ、売却時に自分が承認した目的をあとになって、BGB1004条、906条、823条（不法行為を理由とする損害賠償についての規定である—筆者注）による所有権に基づく妨害排除訴訟ないし損害賠償訴訟により完全にまたは部分的に無に帰せしめることは、まさしく信義誠実に反するであろう。そのようなことが試みられるときは、被告は、害意（Arglist）の抗弁を正当に対抗することができる。……

売主が自分の土地の一部を、自分の残りの土地への不利益が予見可能な事業に譲渡し、生じうべき不利益について明示的に請求権を留保することをしない場合は、その者は、BGB906条により自分に発生する事業中止ないし変更および損害賠償請求権の将来における行使を、買主および同種の事業を将来、継続することになる者に対して、黙示的に放棄している。」

売買契約存在時保護請求権放棄法理は、これまでみてきた裁判例による説明からも明らかなように、売買契約当事者間の契約関係に基礎を置くものである⁽⁵⁴⁾。したがって、被害地所有者と加害者との間に契約関係がなければ、この法理は適用されない。このことからその適用を否定した裁判例として、少し時代を下るが、ライヒ裁判所1915年3月20日判決⁽⁵⁵⁾を紹介しておこう。これは、被告の経営する鉱山の巻き上げ機の排気管から出てくる水蒸気や水が家の屋根や壁に湿気の被害を及ぼし、また、ボイラー室の煙突や鉱山への引き込み線を走る機関車が煙やすず、灰を建物や庭にふりまいているなどとして、近隣の土地所有者が損害賠償を求めた事案についてのものである。被告が縦坑を掘り始めたのが1873年で、操業を開始したのが1878年であったのに対し、原告が住宅などを建てたのは1888年であるなどの経過があった。判決は、ライヒ裁判所の定着した判例⁽⁵⁶⁾によれば、被告は、原告が住み着いた時には鉱山は操業していたとのことを援用できないこと、被告の上告が援用する前掲

（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決および前掲（注(47)）ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決の事案では当事者間に契約関係が存在していたが、本件ではこれを欠くので、不利益を及ぼす作用を理由とする請求権の行使の放棄をみることはできないことをいう⁽⁵⁷⁾。

また、前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決が明言するように、売主でない第三者が被害を受ける場合には売買契約存在時保護請求権放棄法理は妥当しないし、前掲（注(47)）ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決が上掲引用部分の後に明言する⁽⁵⁸⁾ように、残部の土地を売主から譲り受けた第三者が被害を受ける場合に、その第三者が保護を求めることは排除されない⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾。そのような意味で、この法理が適用されてくる場面はいくぶん限定されることになる。

さらに、売買契約存在時保護請求権放棄法理は、被害地所有者と加害者との間に上記のような契約関係があれば、被害地所有者のあらゆる不利益を保護の外に置くものではない。前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決は、さきに紹介した部分のあとで、土地を売却した者が甘受しなければならない不利益は、売却時に予見され得た作用についてだけであり、発生することが想像外であったような有害な影響の甘受まで、明示の意思表示なしに認めることはできないとする⁽⁶¹⁾。したがって、この法理が適用されて被害地所有者の保護が否定されるには、被害地所有者にイミッシオーンの予見可能性があったことが必要となる。この趣旨は、前掲（注(47)）ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決によっても述べられていた⁽⁶²⁾。

ここで注意を要するのは、このことは逆に、被害地所有者にイミッシオーンの予見可能性があれば、それだけで被害地所有者の保護が否定されることを意味するものではないことである。あくまで売買契約存在時保護請求権放棄法理が適用されて被害地所有者の保護が否定されるには、被害地所有者と加害者との間に、前者の所有する土地の一部がある特定の事業に供される目的で後者に売却され、その事業からイミッシオーンが生じているという関係がなければならないのである。

とはいえ、このような契約関係が被害地所有者と加害者との間にみられる場面に限ってではあるにしても、被害地所有者に予見可能性があったイミッションによる被害については、被害地所有者が請求権を放棄したものとして扱おうというこの売買契約存在時保護請求権放棄法理は、後住の被害地所有者にイミッションを受けることの予見可能性があったときでさえ先住の加害者の責任を否定しない先住優越性否定法理に対抗しうべきものであり、実際、被害地所有者が後住であった前掲(注(55))ライヒ裁判所1915年3月20日判決ではいずれの法理を適用すべきかが論じられたし、次に紹介するライヒ裁判所1906年1月31日判決⁽⁶³⁾でもこのことが問題となった。

これは、被告の所有する草地で営業している娯楽施設（音楽付きのメリーゴーランドその他）からの騒音を理由に、近隣の住宅の土地所有者が騒音の停止を求めた事案についてのものである。この娯楽施設は1880年代末以来営業しており、原告は、1894年に、被告から土地の一部を住宅建築のために買い受けたという経過があった。したがって、これまでみてきた前掲(注(45))ライヒ裁判所1892年4月27日判決や前掲(注(46))ライヒ裁判所1903年3月7日判決、前掲(注(47))ライヒ裁判所1907年5月11日判決が、いずれも被害地所有者が加害者に売却した土地からイミッションが生じているという事案についてのものであったのに対し、ここでは、加害者が被害地所有者に土地の一部を売却し、加害者のもとでの残りの土地からイミッションが生じているという事実関係がちょうど逆の事案であった。加害者がその所有の土地の一部を被害地所有者に売却したというのだから、——被害地所有者が加害者に土地の一部を売却したというこれまでみてきた事案におけると異なり——加害者が先住であるのが普通であろう。実際、この事案でもそうであった。紹介してきた売買契約存在時保護請求権放棄法理が売買契約当事者間の契約関係に基礎を置くものである以上、ここでも同様にこの法理が適用され、被害地所有者の保護は否定される⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾のであろうか。もしここで売買契約存在時保護請求権放棄法理が適用され、原告の保護が否定

されるなら、加害者である被告に先住優越性が肯定されるのと同様の結果となる⁽⁶⁶⁾。しかし、判決は、先住優越性 (Prävention) の原則は妥当しないとする⁽⁶⁷⁾とともに、原告には娯楽施設の営業による不利益に服する意思是認められないとの原審の認定を支持して、前掲 (注(45)) ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決の事案との類似性を否定するのである。売買契約存在時保護請求権放棄法理の適用を積極的には拡大しようとはしないライヒ裁判所の態度をみることができようか。

3 先住優越性否定法理のライヒ裁判所での定着

被害地異常利用時保護否定法理にしても売買契約存在時保護請求権放棄法理にしても、これらをいう裁判例は、**2**にみたように、たしかに一定数存在した。しかし、そうした裁判例は比較的古い時代に限られ、時代を下るにつれてこれらの法理をいう裁判例は次第にみられなくなってくる⁽⁶⁸⁾。このことは、代表的なコンメンタールや概説書での記述からもみてとれるので、そのいくつかを紹介しておこう。シュタウディンガーの民法コンメンタールでは、BGB906 条の注釈のところでは 1956 年の第 11 版には売買契約存在時保護請求権放棄法理についての記述がみられる⁽⁶⁹⁾が、1989 年の第 12 版にはこの法理についての記述がもはやみられず⁽⁷⁰⁾、BGB1004 条の注釈のところでは最新の 2006 年版にもなおこの法理についての記述がみられる⁽⁷¹⁾が、そこで援用される裁判例は **2**にみた古い時代のもののみである。ミュンヘンの民法コンメンタールでも、BGB906 条の注釈のところ、最新の 2004 年の第 4 版にもなお、被害地異常利用時保護否定法理と売買契約存在時保護請求権放棄法理とのいずれについても記述がみられる⁽⁷²⁾が、そこで援用される裁判例はやはり **2**にみた古い時代のもののみである。マイスネアによるバイエルン相隣法の概説書 (第 7 版)⁽⁷³⁾でも、(売買契約存在時保護請求権放棄法理のみについてであるが) ヴェスタマンによる物権法の概説書 (第 7 版)⁽⁷⁴⁾でも事情は同様である。

これらの法理とは逆に、先住優越性否定法理については、前掲 (注(18))

ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決が先住優越性を明確に否定して以降、加害地の利用に場所的慣行性が認められないかぎり、加害者が先住優越性を援用してその責任を免れることはできないというのがライヒ裁判所における定着した判例となっていく。

すなわち、ライヒ裁判所は、その後、1904 年 3 月 30 日判決⁽⁷⁵⁾において、

「一般に、妨害を及ぼす施設が先に存在していた (Zuvorkommen) 場合に (いわゆる先住優越性 (Prävention))、あとになって土地を取得または建物を建てて妨害を受けた隣人は、訴権を奪われるわけではない」

と述べ、ここで訴権を奪われるとすることは BGB906 条に反すると指摘して、前掲 (注(18)) ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決による判示内容をそのまま引用する。

これは、被告の経営する市街電車の車両基地からの深夜は 0 時半頃までやまず、早朝は 4 時半頃には始まる騒音が問題となった事案についてのものである。近隣に居住する原告がなにを求めたかは不明だが、第一審は、侵害を本質的なものと認め、これを排除する措置を講ずるよう被告に命じていた。控訴審は、侵害を本質的なものと認めつつも、市街電車は必要不可欠な交通施設であり、その車両基地で生じる騒音その他の作用は、非本質的でなくても、近隣の土地所有者は、場所的に慣行的なものとして受忍しなければならないとして、請求を棄却していた。これに対して、判決は、市街電車の騒音には一般的な場所的慣行性があり、都市住民は一般的な受忍義務を負うとしても、車両の入出庫は一般的な運行を超えるものがあり、近隣の土地占有者がこれによる侵害を主張するときは、BGB906 条により個別に検討されるべきであって、都市住民の一般的な受忍義務をいうのではならず、騒音発生時間帯をも考慮すると、本件地区における本件騒音の個別の場所的慣行性の主張、立証が必要なところ、これがされていないとして請求を認容する。控訴審は、この個別の場所的慣行性を、原告が 1897 年に土地家屋を取得した当時、

市街電車事業全部の電化がすでに準備され、区間によっては実施されてもいたので、原告は家を購入する際、じきにモーター車が近隣の車庫に入庫されるであろうことを予見しなければならなかったなどとして認定し、そのかぎりでいわゆる「先住優越性 (Prävention)」は一定の効果を示すとしていた。これに対して、判決は、上記のように判示し、控訴審は、一般論としては先住優越性否定の原則を争わないのに、なにゆえこの原則を完全に適用しないのか不明で、BGBはこの点に関して例外を知らないとして、控訴審の見解をしりぞけるのである。

ライヒ裁判所 1904 年 7 月 6 日判決⁽⁷⁶⁾でも、先住優越性の語は用いられないが、同様の趣旨が述べられる。これは、被告の経営する骨粉製造所からの悪臭が問題となった事案についてのものである。原告は、隣り合った土地を購入し、工場を設置した者であるが、被告の主張によれば、悪臭については原告に注意喚起していたとのことである。原告がなにを求めたかは不明だが、原審は、悪臭イミッションを今日の科学技術水準により到達しうるかぎりの最小限度にまで小さくする措置を講ずるよう被告に命じていた。被告は、原告は、その土地が被告の骨粉製造所から進入するイミッションの被害を受けるに違いないことを認識していたにもかかわらず、その土地を購入したので、原告に対しては害意的な (arglistig) 行為の抗弁が成立するなど主張して上告したが、判決はこれをしりぞけて、以下のようにいう。

「原告がかりに悪臭のことを知っていたとしても、自分の土地への過度の有害なイミッションを差し止めるべき、所有者に法律上認められた権限を被告に対して行使することは決して妨げられない。」

イミッションについての被害地所有者の予見可能性を問題にすべきでないことは、前掲 (注(18)) ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決がすでに明言するところでもあった⁽⁷⁷⁾。

そして、1908 年 12 月 21 日判決⁽⁷⁸⁾にいたり、ライヒ裁判所は、

「加害施設がより早くから存在していたこと (いわゆる先住優越性 (Prävention)) から、境を接する隣人に法律上認められた権利に対す

る抗弁を引き出し得ないことはライヒ裁判所の定着した判例である」と明言する⁽⁷⁹⁾。これは、駅に隣接して土地や住宅などを所有し、居酒屋を営む者が、被告鉄道によるとくに煙やすすによる加害を主張して、損害賠償を求めた事案についてのものである。被告の鉄道経営は国の認可を得ていたため、BGB1004条、906条以下による差止請求権は認められていなかった⁽⁸⁰⁾。判決は、原審が、鉄道の運行開始後に原告（の亡き夫）が住宅などを設けたという事情に意味を認めなかったのを支持して、先住優越性は認められないとの上記の趣旨を述べ、また、原告（やその亡き夫）は、有害作用を許容範囲に戻す防護措置を期待することが許され、このことは交通の増加による有害作用の増大についても妥当し、そこでは、原告（やその亡き夫）がこの増大を予見できたとの主張は許されないとする⁽⁸¹⁾。

加害事業の設置時には場所的慣行性が認められ、したがって、その当時であれば加害者に責任は認められなかったが、その後の地域性の変化により場所的慣行性が失われ、あとから住み着いた者が加害者の責任を追及してきた場合はどうであろうか。ライヒ裁判所は、1906年11月24日判決⁽⁸²⁾において、こうした事案を扱う。この事案では、被告の営む醸造所からの煙やすすの進入を理由に、近隣の土地所有者が、その停止や防止措置、損害賠償を求めた。被告は、この地区は、以前は工場地域であり、この3年で邸宅地区（Villenviertel）となったもので、自社には醸造所の事業を妨げなく継続する権利があり、原告にはBGB1004条、906条により訴える権利はないと主張した。判決は、醸造所が設けられた時点ではその操業に場所的慣行性があった今回の事案は、いわゆる先住優越性（Prävention）理論により過度の進入をなすより古い権利が主張されたが、場所的慣行性に依拠することはできなかった従来（ein wohlerworbenes Recht）の事案とは異なるし、衡平上、古くからある事業の既得権（ein wohlerworbenes Recht）をいうこともできるとしつつも、やはり、BGB906条の文言および意義から、今回の事案でも、ある施設が先に存在していた（Zuvorkommen）という先住優越性（Prävention）の事案についてとまったく同じ

ことが妥当しなければならないとして、(1)BGB906 条が場所的慣行性をいうとき、過去形ではなくあえて現在形が用いられ、訴え提起時よりも前の時点は念頭に置かれていないこと、(2)同条が依拠するのは、特定の地区の住民および土地所有者の多数が有する見解および推定的意思であり、この意思は時の経過により変化しうることをいう。

ライヒ裁判所 1910 年 3 月 16 日判決⁽⁸³⁾も、詳細は不明だが、もともとは工場地帯であったという同様の事案であったようで、被告は、当該地区では以前、自分が行為を始めた当時、もっとたくさんの工場があったと主張したが、判決は、前掲(注(82))ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決を援用して、やはり過去の時点ではなく訴え提起の時点が重要であるとしてこれをしりぞける。判決は、それに際して、BGB906 条にいう「当該位置にある土地の場所的状况によれば普通である」というのは固定的なものではなく、場所的状况が進展することで、騒音をともなう事業体の数や、妨害作用の程度、これらへの慣れが、増大方向でなく、逆方向に変化することもまれではなく、このことはもちろん、前掲(注(82))ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決において扱われた事案のように工場地域が純粋な邸宅地区 (ein „reines Villenviertel“) になったという場合だけでなく、本件のように、市のある区域が、比較的大きな工場の移転と、工場跡地への邸宅 (Villen) ではない住宅の建築により工場地域としての性格を失った場合にもあてはまるとする。

先住優越性が認められないことは、その後、ライヒ裁判所 1913 年 1 月 18 日判決⁽⁸⁴⁾やライヒ裁判所 1935 年 2 月 22 日判決⁽⁸⁵⁾においても述べられる。ライヒ裁判所 1913 年 1 月 18 日判決の事案では、同じ土地を所有者との契約に基づき、被告は電気鉄道事業のため、原告はガス管敷設のため用いていて、被告の施設の方がより古くからあった。原告が、鉄道からの迷走電流によりガス管が損傷しガスが漏れたとして、損害賠償と、防止措置を講じることを求めたのに対し、判決は、被告には過責はなく、また、異常で過度な利用でもないなどとして請求そのものは棄却したが、そこでは、被告は、差止請求に対し、加害施設がより早くから存在して

いること、いわゆる先住優越性（Prävention）を援用することはできないとされた⁽⁸⁶⁾。また、ライヒ裁判所 1935 年 2 月 22 日判決も、事案の内容は不明だが、損害を加える事業がより早くから存在していたからといって、隣人は、より後で建てた家屋について、BGB1004、906 条の保護を奪われず、先住優越性（Prävention）は顧慮されないとする⁽⁸⁷⁾。そのほか、1913 年 2 月 5 日判決⁽⁸⁸⁾ や前掲（注(55)）1915 年 3 月 20 日判決、1917 年 3 月 24 日判決⁽⁸⁹⁾、1917 年 6 月 4 日判決⁽⁹⁰⁾、1919 年 1 月 15 日判決⁽⁹¹⁾、1926 年 10 月 4 日判決⁽⁹²⁾、1930 年 11 月 10 日判決⁽⁹³⁾、1937 年 12 月 15 日判決⁽⁹⁴⁾ のライヒ裁判所の各判決でも、先住優越性の語は用いられないものの、同様の趣旨が述べられる⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾。

なお、先住優越性は、加害者がこれを援用してその責任を否定することができるかというかたちで問題となるのが一般であったが、時として、被害地所有者がこれを援用してその請求を基礎づけられないし補強することができるかというかたちで問題とされることもあった。ライヒ裁判所 1905 年 6 月 28 日判決⁽⁹⁷⁾ はこのような事案を扱う。この事案では、肉屋が 1882 年以来有する貯水庫に部分的に隣接する位置に、被告の蒸気洗濯所（クリーニング屋）が 1902 年 11 月に蒸気ボイラーを建造したため、肉屋が、蒸気ボイラーによって熱が自分の土地に進入し、貯水庫の水が以前よりはやく溶けてしまうと主張して、蒸気ボイラーによる貯水庫への不利益を及ぼす作用を排除する措置を講ずるよう求めた。原審は、被告の土地から原告の土地への熱の進入は、主として工場地域である場所的状况に照らして普通であるとして、請求を棄却していた。判決は、場所的慣行性の認定に際し原審に法的な誤りはないとして、原告の上告を棄却するが、それに際して、「相隣所有者の権利が衝突する場合に、先住優越性（Prävention）の原則は妥当しない」という。

また、ライヒ裁判所 1937 年 3 月 10 日判決⁽⁹⁸⁾ も、被告グーテホフヌンク製錬所の高炉、製鋼圧延機などからの過度の煙やすす、塵の作用で農業収益が侵害されるなどしたと主張して、近隣の農民が損害賠償を求めた⁽⁹⁹⁾ 事案において、被告の工場施設のための土地利用に場所的慣行性を

認めつつも、隣人は相互に顧慮し合わなければならないという相隣共同体関係（ein nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis）の考えから、隣接する農業を機能不全に陥らせるほどに侵害することは違法であるとして、損害の一部につき被告に責任がある可能性を認める⁽¹⁰⁰⁾が、それに際して、判決は以下のようにいう。

被告の工場施設のための土地利用には場所的慣行性が認められるが、「他方で、オーバァハウゼン（この地の地名である一筆者注）でグーテホフヌンク製錬所のすぐ近隣に、重要でないわけではない農業が存在する事実は、本件の法的取扱いに影響を及ぼさざるを得ない。このことは、その地で農業が工業より古くから存在していたからではない。BGBによれば、重要なのは、歴史的な経過でなく、今現在の状況である。また、いわゆる先住優越性（Prävention）⁽¹⁰¹⁾を顧慮してしまうと、あらゆる進展が阻害されるであろう。」

判決はさらに、以下のようにもいう。

「工業と農業の共同生活において、工業には、隣人保護のための最大限可能な技術的措置を講じ、その問題なき作動を注意深く監視する義務がある。しかし、農業経営者にも、みずからの事業を場所的状況にあうように調整し、有害な進入に対し可能なかぎり耐性のある種類の農業経営を選ぶ義務がある。これを怠ると、農業経営者に対して BGB254 条の適用が認められる可能性がある。」

被害地所有者（農業経営者）が先住である事案であり、被害地所有者の先住優越性が認められなかったばかりか、被害地所有者には場所的状況に順応すべき義務があることまでいわれ、これを怠るときは BGB254 条により過失相殺される可能性が指摘されたのである⁽¹⁰²⁾。

4 学説による評価

先住優越性を認めないライヒ裁判所のこうした一般的な傾向を当時の学説はどう評価したか。1906年のプランクの民法コンメンタール（第3版）⁽¹⁰³⁾や、1912年のゴルトマンとリリエントールによる民法概説書の物

権編⁽¹⁰⁴⁾など、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決の判示におけるとほぼ同様の表現を用いて先住優越性を否定するものがみられ⁽¹⁰⁵⁾、また、さきに 1 において 1900 年のトゥルナウとフェルスタアによる不動産法の概説書（初版）を紹介したところであるが、これと同時代のたとえば 1901 年のマイスネアによるバイエルン相隣法の概説書（初版）⁽¹⁰⁶⁾も「先住優越性（Priorität）によって、イミッションを続ける権限は取得されない」とし⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾、1903 年のシュタウディングアの民法コンメンタル（第 2 版）⁽¹⁰⁹⁾がこれの参照を指示しつつ同様の趣旨を述べる⁽¹¹⁰⁾。1904 年のデルンブルクによる物権法の概説書（第 3 版）⁽¹¹¹⁾や 1924 年のコーザックとミッタイスによる民法概説書の物権編（第 7・8 版）⁽¹¹²⁾も「先住優越性は決め手にならない」とし⁽¹¹³⁾、1907 年のリールの一論文⁽¹¹⁴⁾も「先住優越性（Prävention）は特別の権利を付与しない」とする⁽¹¹⁵⁾。1910 年のライヒ裁判所判事らの民法コンメンタル（初版）⁽¹¹⁶⁾も「より早くから存在することの結果としてよりまさった権利を有する（先住優越性）との原則（Der Grundsatz des besseren Rechtes zufolge früheren Bestehens (der Prävention)）は適用されない」とする⁽¹¹⁷⁾し、さらに、1903 年のピアマンによる物権法の概説書（第 2 版）⁽¹¹⁸⁾も「不利益を及ぼす施設が、不利益を及ぼされる土地の利用よりも古いかどうかは問題でない」とし⁽¹¹⁹⁾、1910 年のヴォルフの物権法の概説書（第 1・2 版）⁽¹²⁰⁾も「妨害を及ぼす事業が隣地の用途が定められるのより古いかどうか」は決め手にならないとする⁽¹²¹⁾。

このように、先住優越性を認めない学説が多数みられる一方で、しかし、先住優越性を部分的にはあれ肯定する学説も一部にみられた。たとえば 1905 年のエンデマンによる民法概説書の物権編（第 8・9 版）⁽¹²²⁾は、イミッションを発する者には場所的慣行性を援用することが許され、多くの地においては、迷惑をかけ土地の利用可能性を侵害するイミッションでさえも通例で、その地に住み着く者はこれを覚悟しなければならないとして、工業都市に住み着いたり、製錬所に囲まれたところに庭を造る者は、そこに存在する場所的慣行的なイミッションを覚悟し

なければならず、保養地に住み着く者とはまったく異なるという例を挙げたうえで、

「なにが場所的慣行的であるかは、つねに、その時々状況によってのみ明らかとなる。時の経過により迷惑の程度がより大きいイミッシオンを我慢しなければならなくなるわけではないなどという保障が存しないのと同様に、これまで侵害が行われてきたことからその侵害を継続的に受忍する義務が生じるという意味での先住優越権（ein Recht der Prävention）を認めることはできない」

として⁽¹²³⁾、Aが何年も前に広々とした野原に化学工場を建てたが、次第に市街地が広がり、新しい街区が工場にまで近づいてきて、その住民が工場からのスモッグで損害を被ったという例を挙げ、この例でのAは場所的慣行性を援用することも、先住優越性（Prävention）を主張することもできないとする⁽¹²⁴⁾。しかし、その一方で、

「先住優越性（Prävention）にいかなる意義も認めないのは正しくない」

として、Aが30年来、家で鍛冶工場を営んでいて、近隣のBの家屋に桶屋の職場があったところ、国庫がBの家屋と庭を買いそこに病院を建てたという例を挙げ、Aはあらゆる騒音イミッシオンを停止し、つまり事実上その営業を制限しなければならないとしたら、それは行き過ぎで、

「鍛冶屋の隣に住み着く者は、すすと騒音を甘受しなければならない。望む者に不法はなされない（volenti non fit iniuria）」

というのである⁽¹²⁵⁾。

また、1902年のホアレの一論文⁽¹²⁶⁾は、BGB906条1文の場所的慣行性により、工場地区などの近隣に住み着きまたは土地を取得する者は、所与の状況を覚悟しなければならないが、状況は公の必要性から自然に生じたものでなければならず、個人が状況を無配慮に創り出すことはできないので、たとえば野原に化学工場を建てた個人は、市街地が広がって工場にまで達し、あるいは、近隣の草原の所有者がこれを漂白場として

利用しようとして、土地が建物を建てるにはあるいは漂白場として用いるのには適さないときに、場所的慣行性を援用することはできないとするが、その一方で、

「先んじたことの自然な結果 (die natürlichen Folgen des Zuvorkommens) をしりぞけることもできない。つまり、事情によっては、その地に最初に住み着いた者に優先権 (Vorzug) が与えられなければならない」

として、ある溪谷の長年存在する繊維工場や製革工場のそばに田舎風家屋を建てる者は、その場所をその種の事業施設に用いることが通例でないときでも、この種の事業施設にともなう過度の作用を耐えなければならず、こうした調整的な道筋がたどられないと、認可を要しないため営業法 26 条⁽¹²⁷⁾ による保護のない営業は、収用や権利濫用の要件が満たされないかぎり破滅の危機にさらされるとする。

さらに、1899 年のシェーレアの民法概説書の物権編⁽¹²⁸⁾ も、先住優越性 (Priorität) は物権的妨害排除・停止請求権に対する抗弁の理由にはならないとしつつも、以下の 2 例は別であるとして、一つには、一方当事者が 30 年来同じやり方で事業を営んできたときは、隣人が突然やってきて、物権的妨害排除・停止請求権により事業の中止を要求することはできず、30 年の一定した事業は BGB906 条の場所的慣行性を基礎づけること、もう一つには、事業の年数がこれより短くても場所的慣行性を基礎づけることがあり得て、工場地区では邸宅地区 (Villenviertel) におけるよりも騒音や煙、すすをより多く甘受しなければならず、ここでは先住優越性 (Priorität) が場所的慣行性を基礎づけること⁽¹²⁹⁾ をいう⁽¹³⁰⁾。

近隣に後住者が生じることを防ぐことができたかどうかで区別しようとするのが、1930 年のヘックの物権法の概説書⁽¹³¹⁾ である。すなわち、同書は、場所的慣行性の基準となるのは判決時の状況で、先住優越性 (Prävention) は保護を与えないとして、地域が田舎の静寂のなかにあった頃に郊外に住み着いた者が、近くに工場が設けられて、その後も次々と工場がやってきて工場地区と化したあとに、耐え切れなくなって訴え

出ても、それは遅過ぎで、工場施設が通例とならないように適時に抵抗しなければならなかったという例を挙げる一方で、逆の事例では異なり、郊外に工場を設けたところ、年金生活者が住み着いてきて邸宅地区 (Villenviertel) と化した場合は、工場にとってなお通例性は失われず、工場を拡張することさえ許されるとし、工場設置者は隣人が移住してくることを妨げるすべをもたなかったというのである。

5 先住優越性否定法理の揺らぎのきざし

このように学説の一部に先住優越性を部分的にはあれ肯定するものがみられることに呼応してか、ライヒ裁判所も、時代を下ると、事案によっては、先住優越性を肯定するがごとき物言いをするようになる。ライヒ裁判所 1940 年 1 月 4 日判決⁽¹³²⁾ は、被告の採石場業からの騒音や振動、塵、蒸気を理由に、近隣で土地家屋を所有し宿泊施設を営む者が、BGB823 条、906 条、1004 条に基づき、宿泊施設の逸失利益の賠償や、採石場の機械運転や爆破の一定の制限、慰謝料、将来生じうべき損害の賠償義務の確認を求めた事案についてのものである。原告が土地を購入したのは 1935 年で、採石場は 100 年以上前から操業していたが、1937 年 7 月までは小さな機械とわずかな人員による操業であったのに対し、同月以降、近代的な機械と大規模な人員が投入され、原告はこの操業拡大による被害を訴えていた。

原審は、この地域はまったくの田舎風家屋の集落で、このあたりでの採石は異物 (Fremdkörper) であって、採石場としての土地利用を普通ということはできず、場所的慣行性が認められるのは、少なくとも、1937 年 7 月までの状態に限られるとしていた。もっとも、原審は、それにもかかわらず、採石場が原告の家屋より前からそこにあったことから差止請求を認めなかった⁽¹³³⁾。

これに対して、判決は、大要、以下のよういう。

本件事情のもとでは、この地で、採石業をまったく許されないと解することはできない。この点で、先住優越性 (Prävention)、すなわち、

採石場が田舎風家屋より前からそこにあったという事実は、顧慮に値する。森林山岳地域で、建物が立つよりもずっと前から存在している採石場を異物（Fremdkörper）と称することはできない。むしろ、採石場はこの地域の状況やイメージにあっていている。

しかし、判決は、その一方で、原審による先住優越性の考慮には法的な誤りがあるという。すなわち、判決は、上記に続けて、原審が採石場の場所的慣行性を1937年7月までの状況に限ったのは正当で、採石場をどのように操業するかについては、この採石場が、ふだんは田舎の静寂さによって特徴づけられ、保養を必要とする人々が滞在するための田舎風家屋の集落に所在することに配慮しなければならず、そのように制限された操業のみが場所的慣行的であるといえるところ、1937年7月以降行われてきた大規模経営は、この地の場所的状況に照らし普通であるとは決していえず、この地では違法であるとするとともに、原審が採石場と原告の家屋の時間的な順番から衡平を理由にいかなる停止請求権をも原告に認めなかったのは妥当でないとするのである。したがって、この判決も、事案の解決として先住優越性を肯定したものとはいえない⁽¹³⁴⁾ものの、しかし、先住優越性が顧慮に値すると述べたことは注目される。

また、この判決は、上記のように採石場を営む被告に対し、田舎風家屋の住宅地であることへの配慮を求めたが、同時に、原告にも一定の配慮を求める。すなわち、1937年7月以降行われてきた大規模経営はこの地では違法であるといったが、だからといって適法違法の限界が厳密に1937年7月以前の操業方法を基準に定められるわけではなく、原告は隣人に配慮を示さなければならず、それは、場合によっては1937年まで通例だった利用のあり方を超えはするが、しかし自分の宿泊施設の経営や自分の家屋の利用のあり方を不当に侵害することはない採石場の操業を受忍することにあるというのである。前掲（注98）ライヒ裁判所1937年3月10日判決でも、場所的状況に順応すべき被害地所有者の義務がいわれていたが、本判決でも、被害地所有者である原告の配慮義務がいわれたのである。

かくして、判決は、両方の当事者にとって公正な利用のあり方を裁判官は定めなければならず、そのような考慮を行わなかった原判決は破棄を免れないとして、差止請求権が認められるべき範囲などの審理を求めた⁽¹³⁵⁾、事件を原審に差し戻す。

ライヒ裁判所 1938 年 12 月 15 日判決⁽¹³⁶⁾も、被告の製錬所の煙突からの砒素を含む排ガスで蜜蜂が死滅した事案で、養蜂業者がこのことによる損害の賠償を求めたのに対し、被告は不法行為に基づく損害賠償責任を負う可能性があるとする⁽¹³⁷⁾が、それに際して、この地域が養蜂業にはもはや適していないのであれば、そのことの認識にもかかわらずなお蜜蜂を飼うときは、過失相殺についての BGB254 条の適用により将来の加害については損害賠償請求権が否定され得るとし、養蜂業のために製錬所事業を犠牲にしたり、製錬所事業に一種の損害賠償定期金を課することは正当でないであろうという⁽¹³⁸⁾。この事案では製錬業と養蜂業との先住後住関係は明らかでなく、判決文中にも先住優越性の語は用いられていないが、被害を受ける危険性の認識を基礎に、過失相殺規定に基づき被害地所有者の損害賠償請求権が排除される可能性をいう点が注目される。

むすびに代えて

本稿では、生活妨害を理由とする損害賠償や差止めの請求において加害者の先住性がどう評価されるかの問題を検討する一作業として、この問題をめぐってのドイツの判例と学説の展開過程について、とりあえず、先住優越性否定法理が判例上、生成され、また、その定着をみた戦前のライヒ裁判所時代に限定して、跡付けを試みた。そこでは、時代を下ると先住優越性を肯定する口吻を示す裁判例も一部にみられたものの、イミッシオンからの私法上の保護において先住優越性が否定されるべきことは、ライヒ裁判所における定着した判例であったといえる。また、学説でも、基本的には、判例のこのような傾向を支持するのが主流であった。イミッシオン法で先住優越性が否定されるべきことは、本稿で扱

うことはできなかったが、戦後、連邦通常裁判所にも基本的には継承される⁽¹³⁹⁾。

わが国ではドイツなどと比べて土地利用の先後関係がかなり重視されているという指摘がかねてからあり⁽¹⁴⁰⁾、ドイツで、先住優越性否定法理が確立されていることは注目されてよい。それも、後住の被害地所有者にイミッションを受けることの見込みがあるときでさえも、先住の加害者は先住優越性を援用して責任を免れることはできないとされるのである⁽¹⁴¹⁾。

もっとも、単純に先住後住関係のみでイミッションの受忍義務の有無をいうべきではないにしても、現在の状態だけを基礎に受忍義務の有無を判定し、従前の経過を考慮の外に置くという、本稿にみてきたドイツ法での主流の考え方が、事案の解決の妥当性を確保するのに有効かどうか、疑問も感じないではない。学説の一部においてはであるが、先住優越性を部分的に肯定するものがみられたゆえんでもあろう。今後の課題としたい。

注

- (1) 逆に、被害者が自分が先住者であることを援用して加害者に対する請求を基礎づけないし補強することができるかという問題もある。本稿では、この問題についても、関連するかぎりを取り上げる。
- (2) 拙著「生活妨害における先住性の評価・序説——先住加害者の免責を中心として——」札幌学院法学 24 巻 2 号 (平成 20 年) 19~72 頁、同「生活妨害における先住性の評価——危険への接近」理論をめぐる近年の判例の展開を中心として——札幌学院法学 25 巻 1 号 (平成 20 年) 1~71 頁。
- (3) 本稿では、責任をすべて免れる全部免責の意味で「免責」という語を用いることとする。
- (4) 同条については、このあと注(12)で紹介する。
- (5) A. Wacke, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst - Prior tempore potius iure, JA 1981, 94-98; Horst Hagen, Zum Topos der Priorität im privaten Immissionsschutzrecht, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S.161-162; Jörg Neuner, Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP Bd.203 (2003), S.46-69; Volker Bischofs, Die Nutzungspriorität im

privaten Immissionsschutzrecht, 2006, S.44-55; Anne Röthel, Der Gedanke der Priorität im privaten Nachbarrecht: Prior tempore, potior usu?, Reinhard Hendler, Peter Marburger, Michael Reinhardt und Meinhard Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006 (UTR Bd. 90), S.219-220 を参照。

(6) Neuner, aaO (注 (5)), AcP Bd.203, S.48.

(7) Bischofs, aaO (注 (5)), S.41.

(8) ドイツで定評のある百科事典の一つ Brockhaus (Brockhaus) では、1896年に刊行された第14版(この版では書名を Brockhaus' Konversations-Lexion と称した。)の第13巻には、Prävention についての説明として、その冒頭に「先に存在していたこと (Zuvorkommen)、法においてとくに、他の権利者よりもより早くに法的な行為を行い、これにより物事を継続する排他的な権利を獲得するという意味で用いられる」とあり、1933年に刊行された第15版(この版では書名を Der Große Brockhaus と称した。)の第15巻や1956年に刊行された第16版(この版でも書名を Der Große Brockhaus と称した。)の第9巻にも、この第14版におけるのを若干簡略化した説明が載っている。しかし、1972年に刊行された第17版(この版では書名を Brockhaus Enzyklopädie と称した。)の第15巻には、こうした趣旨の説明はもはや見られない。ちなみに、Priorität については、Brockhausの百科事典の上記第14版でも上記第15版でも、冒頭、「他者よりもさきに特定の利益に達することができる権利」と説明され、上記第16版では「優先 (Vorrang)。法においては、より古い権利がより新しい権利よりも優先すること (Vorrang) (たとえばある物について複数の担保権が存在する場合)、または、他の理由からある権利 (たとえば破産において特定の債権) が優遇されること」と、上記第17版では優先権 (Vorrecht)、優先 (Vorrang、Vorzug)、(時的な) 先行 (Vorhergehen) とそれぞれ説明される。なお、Bischofs, aaO (注 (5)), S.41 によれば、Prävention と Priorität は、同義に用いられることもあり、また、Priorität は年数に基づくより強い法的地位の基礎づけを意味するのに対し、狭義の Prävention は権利の主張ないし貫徹で先んじることをいうというかたちで、異義に用いられることもあるとされる。

(9) すでに、ドイツ法、日本法のみならず、英米法における議論をも扱った包括的な研究として、澤井裕『『危険への接近』素描』山嶋正男・五十嵐清・葺重夫古稀記念 民法学と比較法学の諸相Ⅲ』(平成10年) 245~277頁がある。その示唆するところには、本稿も多くを負っている。

(10) イミシオン法の展開をもっとも詳細に明らかにした邦語文献として、中山充「ドイツ民法におけるイミシオン規定の成立 (一) (二・完) — ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能 その一 —」民商法雑誌 71 卷 1

号（昭和49年）25～59頁、2号（昭和49年）78～92頁、同「今世紀におけるドイツ・イミッション法の発展（一）（二）（三・完）——ドイツ・イミッション法の形成・発展および機能 その二——」民商法雑誌74巻2号（昭和51年）40～85頁、4号（昭和51年）55～81頁、6号（昭和51年）36～75頁がある。そのほかにも、入江雅昭「騒音被害に対する私法上の救済」警察研究29巻9号（昭和33年）66～88頁のうち77～80頁、植林弘「ヨーロッパに於ける騒音の防止——ニューサンスとインミッションについて——」都市問題研究10巻8号（通号92号）（昭和33年）95～104頁のうち101～103頁、同「ドイツ・スイスにおけるインミッションの法理（特集 生活妨害の法理）」法律時報32巻3号（昭和35年）31～36頁、沢井裕「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——」関西大学法学論集9巻5・6合併号（木村健助教授在職三十年記念特集）（昭和35年）104～138頁、磯村哲「シカネ禁止より客観的利益衡量への発展——ドイツにおける『二二六条・八二六条から二四二条への展開』の意義——」『末川先生古稀記念 権利の濫用・上』（昭和37年）60～101頁のうち89～93頁、東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察（その三）——相隣法の基本原則を中心として——」神戸法学雑誌15巻2号（昭和40年）347～411頁、3号（昭和40年）476～532頁のうち2号351～411頁、沢井裕「イミッションの法理と判例（特集 外国の公害法（三）」ジュリスト328号（昭和40年）95～103頁、同『公害の私法的研究』（昭和44年）33～134頁、東孝行「インミッションの法理——相隣共同体関係の理論——」（評釈・連邦通常裁判所1958年7月9日判決）ドイツ判例百選（別冊ジュリスト23号）（昭和44年）124～125頁、同『公害訴訟の理論と実務』（昭和46年）48～51、59～77、288～338頁、同「ドイツ連邦共和国（シンポジウム 公害の差止請求訴訟）」比較法研究34号（昭和48年）17～31頁、同「公害の差止請求訴訟——西ドイツとの法比較——」司法研修所論集1973年II号（昭和48年）80～124頁、中山充「ドイツ・イミッション法の形成・発展および機能」私法39号（昭和52年）185～186頁、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミッション法の展開（一）（二・完）」東京都立大学法学会雑誌26巻2号（石村善助教授退職記念号）（昭和60年）573～622頁、27巻1号（昭和61年）345～394頁、植木哲「公害の民事責任をめぐって——日独法比較の一視点——」民商法雑誌93巻臨時増刊号（2）（創刊五十周年記念論集II 特別法からみた民法）（昭和61年）336～360頁のうち344～357頁、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（一）（二）（三）（四）（五）（六）（七）（八・完）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——」法学協会雑誌103巻4号（昭和61年）1～86頁、6号（昭和61年）116～213頁、8号（昭和61年）60～156頁、11号（昭和61年）86～180頁、104巻2号（昭和62年）75～172頁、9号（昭和62年）1～109頁、107巻3号（平成2年）86～173頁、4号（平成2年）

1～104頁のうち104巻9号14～109頁、中村哲也「イミッショーンとドイツ不法行為法——社会生活上の義務論との関連で——」法学53巻6号(広中俊雄教授退官記念号)(平成2年)115～144頁、東孝行『判例による法の形成』(平成8年)111～134頁、川嶋四郎「一九世紀ドイツのイミッション(Immission)訴訟・執行手続における救済過程について——主としてライヒ最高裁判所(Reichsgericht)の判例を素材として——」熊本法学89号(植村啓治郎教授退官記念号)(平成9年)147～187頁、鈴木美弥子「ドイツ環境法における公法と私法の交錯」早稲田法学72巻3号(平成9年)173～289頁、円谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第一巻 総論』(平成9年)157～190頁所収のうち188～190頁、澤井・前掲(注(9))『『危険への接近』素描』のうち259～268頁、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画の関係(一)(二)(三)(四)(五・完)——ドイツ相隣法の考察——」早稲田法学74巻4号(平成11年)259～447頁、75巻1号(平成11年)121～247頁、2号(平成12年)233～297頁、4号(平成12年)33～77頁、76巻1号(平成12年)1～43頁、川角由和「ヨホウ物権法草案以降におけるネガトリア請求権規定(一〇〇四条)形成史の探究——イミッショーン規定(九〇六条)との関連性を顧慮した覚え書き——」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(平成11年)419～456頁、川嶋四郎「二〇世紀初頭のドイツにおけるイミッション訴訟・執行手続過程の一断面——Rassow, Riehl および Kreß の各見解の検討を中心として」法政研究68巻1号(安藤教授・河野教授還暦祝賀論文集)(平成13年)151～178頁、東孝行「ドイツにおける相隣共同体関係の理論の帰趨」『西原道雄先生古稀記念 現代民事法学の理論・上』(平成13年)3～28頁、同「民法理論とナチズムとの一断面」久留米大学法学45号(石松亮二教授・中川原徳仁教授古希記念論文集)(平成14年)3～24頁、金炳学「ドイツにおける Immission 訴訟および環境訴訟に関する民事保全手続について——申立ての特定と仮処分の方法を中心に——」早稲田法学79巻1号(平成15年)107～148頁、中井美雄「ドイツ民法906条の系譜の一断面」立命館法学292号(2003年6号)(平成15年)209～225頁、宮澤俊昭「環境法における私法の役割(前篇)(1)(2)(3・完)——ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完——」一橋法学2巻1号(平成15年)219～243頁、2号(平成15年)255～293頁、3号(平成15年)131～184頁のうち2巻2号255～293頁がある。

- (11) 沢井・前掲(注(10))『公害の私法的研究』26～27、66～67頁、中山・前掲(注(10))民商法雑誌74巻2号66頁、76頁注8、神戸・前掲(注(10))東京都立大学法学会雑誌26巻2号589頁、大塚・前掲(注(10))法学協会雑誌104巻9号51頁、澤井・前掲(注(9))『『危険への接近』素描』259～260、266～267頁。

なお、Priorität ないし Prävention の訳語については、それぞれ以下のとおりである。Prioritätsprinzip（原文ママ）に優先権、Prävention に先在権という訳語を与えるとともに、Prävention を、加害者が被害者よりも先に住んでいたことと説明する（沢井『公害の私法的研究』）、Prävention に先在優越という訳語を与える（中山、神戸）、原語は不明だが先住性という語を用いる（大塚）、Prioritätsprinzip に先住性優先主義、Priorität に先住性、Prävention に予防性という訳語を与える（澤井『「危険への接近」素描』）というものである。

(12) BGB906 条は、1896 年の成立当時(RGBl. S.195ff.)、以下のとおり規定していた。

土地の所有者は、ガス、蒸気、臭気、煙、すす、熱、騒音、振動の進入および他の土地から生じる類似の作用が、彼の土地の利用を侵害しないか、もしくは、非本質的にしか侵害しない、または、当該位置にある土地の場地的状況によれば普通である当該他の土地の利用によって招致される場合は、これを禁じることはできない。特別の誘導による進入は許されない。(Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.)

同条は、1959 年 12 月 22 日の「営業法の変更および BGB の補充のための法律」(Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, BGBI. I, S.781ff.) により、以下のように改正された。

(1)土地の所有者は、ガス、蒸気、臭気、煙、すす、熱、騒音、振動の進入および他の土地から生じる類似の作用が、彼の土地の利用を侵害しないか、もしくは、非本質的にしか侵害しない場合は、これを禁じることはできない。(Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.)

(2)本質的な侵害が当該他の土地の場地的に慣行的な利用によって招致され、かつ、この種の利用者に経済的に期待可能な措置によっては回避できない場合は、前項と同様とする。所有者は、これにより作用を受忍しなければ

ならない場合において、その作用が彼の土地の場所的に慣行的な利用または当該土地の収益を期待可能な程度を超えて侵害するときは、当該他の土地の利用者に対して、金銭による相当な補償を請求することができる。（Das gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortstübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortstübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.）

(3)特別の誘導による進入は許されない。（Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.）

旧規定はライヒ裁判所以来、判例法により事実上修正されてきており、この改正はそれを成文化したものと見える。改正の要点は、(1)本質的な侵害の受忍の要件として、新たにその不可避性が付加されたこと（同条2項1文）、(2)本質的な侵害を受忍しなければならないときに、一定の要件のもとに金銭による補償請求権を認めたこと（同項2文）にある。この改正についての邦語文献として、さしあたり、沢井・前掲（注(10)）『公害の私法的研究』52～56頁、東・前掲（注(10)）司法研修所論集1973年II号100～101頁、中山・前掲（注(10)）民商法雑誌74巻4号65～73頁、神戸・前掲（注(10)）東京都立大学法学会雑誌27巻1号346～355頁、大塚・前掲（注(10)）法学協会雑誌104巻9号39～44頁を参照。

そして、さらに、1994年9月21日の「物権法規定改正法」（Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen（Sachenrechtsänderungsgesetz - SachenRÄndG）, BGBl. I, S.2457ff.）により1項に以下の2文が追加され、また、2001年11月26日の「債務法現代化法」（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BGBl. I, S.3138ff.）により「不可量な物質の進入（Zuführung unwägbarer Stoffe）」という見出しが付され、現在にいたっている。

法律または法規命令にしたがい調査され査定される作用がこれらの規定において定められる限界または指標値を超えない場合は、通常は、非本質的な侵害が存する。連邦イミッシオン保護法48条にしたがい発布され、かつ、技術水準を描出する一般的な行政規則中の値について、前文と同様とする。（Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für

Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben.)

この改正の目的は、公法上の環境基準が遵守されれば、侵害の非本質性を通例、認定することとすることで、イミッションからの保護を規定する公法と私法との調和を図ることにある。この改正については、さしあたり、Volker Kregel, Änderung von § 906 I BGB im Rahmen des Sachenrechtsänderungsgesetzes, NJW 1994, 2599-2600; Klaus Fritz, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von § 906 I BGB, NJW 1996, 573-575; Peter Bitzer, Grenz- und Richtwerte im Anwendungsbereich des § 906 BGB. Die Novellierung des § 906 BGB durch das Sachenrechtsänderungsgesetz, 2001、鈴木・前掲（注(10)）早稲田法学 72 卷 3 号 230 頁、円谷・前掲（注(10)）『新・現代損害賠償法講座 第一巻 総論』188～190 頁、秋山・前掲（注(10)）早稲田法学 74 卷 4 号 301 頁注 4、宮澤・前掲（注(10)）一橋法学 2 卷 2 号 280～288 頁を参照。

なお、条文に挙げられた連邦イミッション保護法とは、1974 年 3 月 15 日の「大気汚染、騒音、振動および類似の事象による環境への有害な作用からの保護のための法律（Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG), BGBl. I, S. 721ff.）」のことである。同法は、環境への有害な作用から人間、動植物、土壌、水、大気および文化財その他の物的な財（Sachgüter）を保護し、環境への有害な作用（schädliche Umwelteinwirkungen）の発生を防止することなどを目的とする（同法 1 条）行政法規であり、環境への有害な作用とは、種類、規模または持続期間により、公衆または近隣にとっての危険、著しい不利益または著しい迷惑（Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen）を招致するに足りる（geeignet）イミッションをいう（同法 3 条 1 号）。そして、同法の 48 条は、連邦政府が、超えてはならないイミッション値、技術水準によれば超えることが回避可能な排出値（Emissionswerte）などについて一般的な行政規則を發布することを規定する。

(13) なお、BGB906 条の文言上は所有者であるが、所有権を有する者に限らず、賃借人など占有権限を有する者もこれに含まれると解されている。さしあたり、Erman, Handkommentar zum BGB, 12.Aufl. 2008, § 906 Rn.5 (bearbeitet von Arndt Lorenz); Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, § 906 Rn.107 (bearbeitet von Herbert Roth); Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 906 Rn.6 (bearbeitet von Jürgen F. Baur) を参照。

(14) BGB1004 条は、以下のとおり規定する。

除去および停止請求権 (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch)

(1)所有権が占有の侵奪または留置によるのとは別の方法で侵害されるときは、所有者は、妨害者に対して、侵害の除去を請求することができる。更なる侵害のおそれがあるときは、所有者は停止を訴求することができる。

(Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.)

(2)この請求権は、所有者が受忍義務を負うときは、認められない。(Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.)

(15) さしあたり、Staudinger/Roth, aaO (注(13)), § 906 Rn.3; Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 1004 Rn.25 (bearbeitet von Karl-Heinz Gursky)を参照。

(16) さしあたり、Staudinger/Roth, aaO (注(13)), § 906 Rn.3; Münchener Kommentar zum BGB, 4.Aufl. 2004, § 1004 Rn.62 (bearbeitet von Dieter Medicus)を参照。

(17) さしあたり、Staudinger, Kommentar zum BGB, 13.Bearbeitung 1999, § 823 Rn. B 88 und B 189 (bearbeitet von Johannes Hager); Staudinger/Roth, aaO (注(13)), § 906 Rn.57 und 105; Erman/Lorenz, aaO (注(13)), § 906 Rn.6; Herbert Roth, Zur Bedeutung des § 906 BGB für deliktische Schadensersatzansprüche - BGH, NJW-RR 2001, 1208, JuS 2001, 1161-1162、沢井・前掲 (注(10))『公害の私法的研究』5～7頁、大塚・前掲 (注(10))法学協会雑誌 104巻9号84頁注290、中村・前掲 (注(10))法学 53巻6号116頁、118頁注3を参照。

(18) Gruchot Bd.45 (1901) Nr.91, S.1013-1016=JW 1901, 19 (Nr.30)=Seuff-Arch Bd.56 (1901) Nr.104, S.181-183=Brassert, Zeitschrift für Bergrecht, Bd.42 (1901), S.332-335.

(19) 判決は、これに続けて、採掘の場合は事情が異なり、採掘者は土地所有者に対する関係で特権が認められており、危険が認識可能なのに採掘地の近くに住み着く者は、採掘者が、建物保護のために防護措置を取ってくれるであろうと期待することはできないとする。これは、1865年6月24日の「プロイセン一般鉱業法」(Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten Nr.30, S. 705ff.)の150条の規定するところであり、同条は以下のとおり規定していた。

(1)鉱山占有者は、鉱山の操業から発生する建物その他の施設に対する損害

について、採掘によって生じる当該施設に対する危険が普通の注意を用いれば土地占有者において認識されないままではあり得なかった時点において当該施設が設けられていたときは、賠償の義務を負わない。(Der Bergwerksbesitzer ist nicht zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher an Gebäuden oder anderen Anlagen durch den Betrieb des Bergwerkes entsteht, wenn solche Anlagen zu einer Zeit errichtet worden sind, wo die denselben durch den Bergbau drohende Gefahr dem Grundbesitzer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht unbekannt bleiben konnte.)

(2)その種の危険が理由でそのような施設を設けることをしないでおかなければならない場合に、土地占有者は、このことによってみずからの土地が被る価値低下の賠償について、そのような施設を設ける意図がこの賠償を得るためだけに表明されることが状況から明らかになるときは、請求権を有しない。(Muß wegen einer derartigen Gefahr die Errichtung solcher Anlagen unterbleiben, so hat der Grundbesitzer auf die Vergütung der Werthverminderung, welche sein Grundstück dadurch etwa erleidet, keinen Anspruch, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Absicht, solche Anlagen zu errichten, nur kund gegeben wird, um jene Vergütung zu erzielen.)

同条からは先住優越性を肯認する趣旨がうかがわれるが、同条は、同法148条が規定する、鉱物の獲得そのものを直接の対象とする行為としての鉱山の操業による土地その他に対する損害についての鉱山占有者の賠償義務を排除するもので、本件のように同法148条が請求の基礎とされないときは同法150条は適用されてこなかった。したがって、判決もいうのであるが、本件のように土地所有者間の相隣法上の関係が問題となる場合（本判決を掲載する *Seuff-Arch Bd.56, S.183 Fn.1* を参照。）と、採掘と土地所有権との間の法律関係が問題となる場合とは扱いがまったく異なるのである。その意味では、同法150条の立法趣旨や同条の解釈をめぐる当時の判例や学説の動向を跡づけることが興味深く感じられるが、本稿ではその余裕がない。ここではさしあたり、Wilhelm Westhof, *Bergbau und Grundbesitz nach preußischem Recht unter Berücksichtigung der übrigen deutschen Berggesetze, Bd.1: Der Bergschaden, 1904, S.337-373*; Heinrich Uth, *Zur Auslegung des § 150 des Allgemeinen Berggesetzes, 1907*; R. Klostermann, Max Fürst und Hans Thielmann, *Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten nebst Kommentar, 6.Aufl. 1911, § 150, S.425-430* の参照を指示するとどめ、他日を期したい。なお、同法148条の規定する損害賠償義務についての邦語文献として、中山・前掲（注(10)）*民商法雑誌* 74巻2号61～62頁を参照。

- (20) W. Turnau und K. Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preußischen Ausführungsbestimmungen, Bd.1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, § 906 3 Abs.2, S.285.
- (21) Gruchot Bd.25 (1881) Nr.73, S.960-963.
- (22) Gruchot Bd.27 (1883) Nr.40, S.905-907.
- (23) SeuffArch Bd.46 (1891) Nr.248, S.390.
- (24) なお、これらライヒ裁判所の3判決のうち前二者は1794年の「プロイセン一般ラント法」(Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (ALR))の適用下のものであるが、三つ目のものの適用法は不明である。
- (25) 判決によれば、当時、土地所有者には、水または空気の媒体を通じて有害な物質を近隣の土地に排出する権限はなく、もしこのことを行えば、その者の側に特別に過責があるとの証明がなくても、このことにより生じた損害についてその者は責任を負うという原則が認められていた。
- (26) 同書は、本文にすでに紹介した部分で、BGB草案第二読会議事録(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.3: Sachenrecht, 1899, S.125)を援用するが、その記述からも、加害地の利用の場所的慣行性の有無が問われることが明らかである。議事録の記述を以下に紹介しておこう。「……そもそも、所有者は、自分の土地を随意に利用する権利を有する……。イミッシオンを惹起する行為が、当該位置にある土地の場所的状況によれば通例に合致するところの当該他の土地の利用に属する場合にのみ、所有者は、自分の土地の利用の著しい侵害をも甘受しなければならない。そうであるということは、被告が証明しなければならない。たとえば、工場地域の近隣の庭の所有者は、煙その他による著しい侵害をも受忍しなければならないのに対し、広々とした野原にある個々の工場の所有者に対しては、近隣の牧草地の所有者は、この牧草地を漂白地として利用するつもりで、それゆえ工場の煙やすすによって著しく侵害されるときでも、物権的妨害排除・停止請求権は拒絶され得ない。」
- (27) 本文に以下に紹介する部分は、作用が、当該位置にある土地の場所的状況によれば普通である当該他の土地の利用によって招致される場合は、これを差し止めることはできないとの草案規定を削除する動議をライヒ議会委員会がしりぞけた際に、政府代理人が、従来普通であったことが基準であり、有害な影響の増大はだれも甘受しなくてもよく、BGBは、土地所有者は、隣人が今までどおりにしたことについて苦情を言うことは許されないことだけをいう趣旨であると論じたことについて、この論にはいかなる疑問もないということではできないとして、述べられたものである。
- (28) 同書はここで、前掲(注(21))ライヒ裁判所1880年12月6日判決、前掲

(注(22)) ライヒ裁判所 1882 年 11 月 25 日判決、ライヒ裁判所 1888 年 3 月 3 日判決 (Gruchot Bd.32 (1888) Nr.55, S.931-935) (もっとも、この判決には本文掲記の趣旨の判示は見当たらない。) および前掲(注(23)) ライヒ裁判所 1891 年 2 月 20 日判決の参照を指示する。

(29) これまで紹介してきたほか、ライヒ裁判所 1884 年 12 月 19 日判決 (Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, bearbeitet von A. Bolze, Bd.1 (1886) Nr.155, S.34) やライヒ裁判所 1886 年 3 月 5 日判決 (Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Königl. Preuß. Rheinprovinz, Bd.77 (1887) Abth.3, S.3-17=Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, bearbeitet von A. Bolze, Bd.2 (1886) Nr.156, S.38) も、先住優越性の語を用いないが、内容的に先住優越性を否定する判断を下し、また、下級審の裁判例であるが、シュトゥットガルト上級ラント裁判所 1900 年 1 月 11 日判決 (Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege, Bd.13 (1902), S.167-174) は先住優越性の語を用いてこれが認められないことを明言する。なお、ライヒ裁判所の両裁判例は、掲載誌に判決 (Urteil) と記されているわけではないが、内容的にそうであろうとの推測のもとに判決と表記した。

ライヒ裁判所 1884 年 12 月 19 日判決は、パン工場の煙突が低すぎて、すすや煙が隣接地、そして窓開放時には上階の居室に進入し、居室や屋根を損傷させ、賃料額を低下させた事案についてのもので、原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、原告自身が工場設置後になってはじめて上階を設けたにもかかわらず、工場所有者に対し、弊害を除去する措置を講じるよう命じる。

ライヒ裁判所 1886 年 3 月 5 日判決は、被告の経営する石灰工場からの煙や有害ガスの進入を理由に、近隣の住民が進入を防止する措置を石灰炉に施すことなどを求めた事案についてのものである。被告は、自分の石灰炉は現在の設備で 40 年以上平原で認可を受けて目的適的なやり方で稼働しているのに対し、原告はこの 4、5 年前になってはじめて隣地を取得し建物を建てたなどと主張した。被告のこの主張について、原審は、この先後関係に争いはないが、だからといって訴えをすべての範囲で棄却する根拠にはならないとし、その理由として、所有権には自分の土地をこれまでの利用とは違った時に、また違った目的で利用する権利が含まれること、このような事例で訴えを妨げる法律規定を欠くことなどを述べていた。判決は、原審のこの判断を支持して、原告の土地に建物が建てられたのが石灰工場の設置よりもだいぶあとであったことは、重要でないとする(判決はこのことをいうに際し、前掲ライヒ裁判所 1884 年 12 月 19 日判決の参照を指示する。)

シュトゥットガルト上級ラント裁判所 1900 年 1 月 11 日判決は、被告所有の鍛冶工場の近隣で庭のある飲食店を所有する者が、被告工場からの煙やすすの流入が通例受忍されるべき迷惑の限度をもはや超えることがないように取り

計らうことを求めた事案についてのものである。判決は、庭にふりかかるすずで来客が危ぶまれるとして侵害の本質性を肯定し、また、被告の土地利用の場所的慣行性を否定して請求を認容するが、それに際して、被告は、原告が飲食店の庭を造ったのが鍛冶場が設けられたあとであったことを援用して、原告の土地家屋の利用を侵害した結果から逃れることはできないとする。すなわち、本件で、被告自身、自分の施設の先住優越性 (Priorität) により、過度の迷惑をも受忍すべきことを原告に対して請求できる権利を自分は取得したと主張したわけではなかったが、判決は、これまで適用されていた法で、原告が飲食店の庭のある場所を鍛冶工場設置時にすでに飲食店の庭として用いていたのではなかった場合だけは、飲食店の庭としての利用について通常の保護が与えられないとすべき理由は見出しがたいし、同様に BGB もこの問題について明確な規定を持ち合わせておらず、むしろ、BGB906 条によれば、所有者は、自分の土地を自分の好むように利用することが、したがって、近隣の施設の存続中に自分の土地の利用を変更することも保護されるので、迷惑施設の先住優越性 (Priorität) によって原則的な優遇を基礎づけることは BGB の考え方に反するとするとともに、被害を被っている土地の所有者が自分の行為を通じて信義誠実違反を有責に犯した場合に例外が生じることは排除されないが、原告の側の所有物の取扱いは権利濫用的でなく事物適合的で、また、原告は被告に対し配慮義務を負わないので、本件では信義誠実違反はみられないとするのである。

(30) 本文にこれから紹介する以外にも、ライヒ裁判所 1886 年 10 月 15 日判決 (Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Königl. Preuß. Rhein-provinz, Bd.77 (1887) Abth.3, S.84-87=Puchelt-Heinsheimer, Zeitschrift für französisches Civilrecht Bd.17 (1887), S.609-610 (Nr.49)) が、先住優越性の語を用いるわけではないが、これを肯定するかの判示をする。判決は、近隣の住民が製鋼所に対し蒸気ハンマーの振動を理由に差止めと損害賠償を求めたのを棄却するが、それに際し、工業地区の土地であること、また、振動源の工場が長らく存在したあとになってはじめて被害家屋が建てられたことの考慮が許されるとする。

(31) Gruchot Bd.34 (1890) Nr.11, S.476-477=JW 1890, 51 (Nr.17)=Seuff-Arch Bd.45 (1890) Nr.240, S.396-398=Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, bearbeitet von A. Bolze, Bd.9 (1890) Nr.38-39, S.15-16.

(32) M. Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (BGB 3.Buch), 1899, Nr.310, S.165.

(33) Christian Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, 1901, § 11 4 b), S.74 Fn.47; Christian Meisner und Heinrich Stern, Das in Preußen geltende Nachbarrecht, 1927, § 16 V 2,

S.197-198 Fn.10.

- (34) JW 1912, 589-590 (Nr.9)=Recht 1912 Nr.1309-1312.
- (35) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(31)）ライヒ裁判所 1890 年 1 月 15 日判決の参照を指示する。
- (36) Recht 1909 Nr.1500-1501=WarnRspr 1909 Nr.359, S.330-331.
- (37) Gruchot Bd.48 (1904) Nr.99, S.941-943.
- (38) JW 1932, 400-403 (Nr.7) m. Anm. v. Bernhöft.
- (39) 原審はこのことをいうに際し、前掲（注(37)）ライヒ裁判所 1904 年 4 月 30 日判決を援用する。
- (40) なお、夜間、窓を閉めておくべきかどうか以外にも、寝室を騒音にさらされない部屋に移すべきかどうかでも争われ、原審はこれを肯定していたのに対し、判決は、相手方が、自分の土地利用の許容性を BGB906 条により示していないときに、土地所有者が自分の土地を利用するのに制約があると一般的にいうことはできないとして、原審のこの判断をしりぞける。
- (41) Bernhöft, Anm. zu RG, Urteil vom 19.11.1931, JW 1932, 401. 前掲（注(37)）ライヒ裁判所 1904 年 4 月 30 日判決の見解を特異（auffällig）と評する Viktor Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4: Sachenrecht, 1925, § 906, S.89 も参照。
- (42) BGB254 条は、以下のとおり規定する。
- 共働過責（Mitverschulden）
- (1) 損害の発生に際して被害者の過責が共働したときは、賠償義務ならびに賠償すべき範囲は、当該事情、とくにその損害が主としてどちらの側によって惹起されたかその程度による。（Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.）
- (2) 被害者の過責が、債務者が認識せず認識しなければならなかったのではない異常に大きな損害の危険について債務者に注意を促すことをせず、または、損害を回避しまたは軽減することをしなかったことに限られるときも同様とする。278 条の規定を準用する。（Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.）
- (43) Recht 1912 Nr.2841-2843.

- (44) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(34)）ライヒ裁判所 1912 年 2 月 24 日判決を援用する。
- (45) RGZ 29, 268-273=JW 1892, 343 (Nr.35).
- (46) SeuffArch Bd.58 (1903) Nr.142, S.271-273.
- (47) RGZ 66, 126-128=JW 1907, 387-388 (Nr.4)=Recht 1907 Nr.3519, Sp. 1405=SeuffArch Bd.63 (1908) Nr.185, S.321-323.
- (48) 公法上の理由から、鉄道事業者に対しては物権的妨害排除・停止請求が許されず、それに代えて、損害賠償請求権が認められていた。鉄道事業者にかかわってのこのことについては、のちに後注(78)でみるライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決や、後注(90)でみるライヒ裁判所 1917 年 6 月 4 日判決でも前提とされた。このことについての邦語文献として、中山・前掲（注(10)）民商法雑誌 71 卷 1 号 54 頁、58 頁注 62、同・前掲（注(10)）民商法雑誌 74 卷 2 号 62 頁、大塚・前掲（注(10)）法学協会雑誌 104 卷 9 号 33~34 頁、37 頁注 75 を参照。なお、差止請求が許されないことの趣旨について、ライヒ裁判所 1904 年 5 月 11 日判決（RGZ 58, 130-136）は、国による認可とこれと通常、対置される認可された鉄道事業の継続義務とが、その種の訴えを禁じると説明している。
- (49) 判決は、ここで 1794 年の「プロイセン一般ラント法」（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (ALR)）第 1 部第 11 章第 124 条を援用する。同条は、以下のとおり規定していた。
- 売主は、買主が、購入した物を契約内容にしたがい自由にすることができる立場に置かれるように、引渡しをなさなければならない。(Der Verkäufer muß die Uebergabe so leisten, daß der Käufer dadurch in den Stand gesetzt werde, über die gekaufte Sache nach dem Inhalte des Contrakts zu verfügen.)
- (50) 原告は、防護措置を講じるよう求めることはしなかった。
- (51) 原審はここで、前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決を援用する。
- (52) 原告は、契約締結時には煙の森への有害作用を知らなかったなどと主張して上告したが、判決は、あとになってはじめて有害性を知ったとしても、原告の契約上の義務が加重されるわけでも、原告の法的状況がより悪くなるわけでもないこと、煙の有害性に関して契約締結時に錯誤があったとしても、せいぜい契約の取消しの問題となるに過ぎず、このことは本件では問題とされていないこと、前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決は、売却した分割部分からの加害に売主が服するのは、売却時に予見され得た事業による作用についてだけであることを述べるが、本件で問題となっているのは、あとになってはじめて生じた影響ではなく、すでに当時から森が鉱山施設の操業によってさらされていた影響なので、前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判

決の述べるところは原告の有利には働かないことをいう。

- (53) 原審はここで、前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決および前掲（注(46)）ライヒ裁判所 1903 年 3 月 7 日判決を援用する。
- (54) 前掲（注(45)）ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決が条文上の根拠として挙げるプロイセン一般ラント法第 1 部第 11 章第 124 条は、売主が売買契約に基づき買主に対して負う義務をいうものである。前注(49)を参照。
- (55) WarnRspr 1915 Nr.193, S.286-290.
- (56) 判決はここで、のちに後注(78)でみるライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決の参照を指示する。
- (57) 判決は、原審が営業法 26 条の類推適用により被告の無過失責任を認めて請求を一部認容していたのを、BGB の不法行為によるべきで過責の証明が必要であるなどとして破棄し事件を原審に差し戻す。

なお、1869 年 6 月 21 日の「営業法」(Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, BGBI. des Norddeutschen Bundes, S.245ff.) 26 条は、以下のとおり規定していた。営業法は北ドイツ連邦の時代に成立し、1871 年のドイツ帝国成立とともにドイツ帝国の法律となり、改正は当然されているが、いまなお効力をもつ。もっとも、同法 26 条は、1974 年に連邦イミッション保護法 14 条に引き継がれて、廃止されている。

現行法が、ある土地から近接の土地に及ぼされる不利益な作用の差止めのために、当該近接の土地の所有者または占有者に対して私訴を許与する場合には、この私訴は、公の認可により設置された営業上の施設に対しては、営業の中止を対象とすることは決してできず、不利益な作用を排除する設備の作出、または、そのような設備が不可能であるまたは然るべき営業と相容れないときは損害賠償のみを対象とすることができる。(Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstücke aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigethümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden.)

同条についての邦語文献として、さしあたり、沢井・前掲（注(10)）関西大学法学論集 9 巻 5・6 合併号 112 頁、同・前掲（注(10)）『公害の私法的研究』35～36、59、68、71～72 頁、東・前掲（注(10)）司法研修所論集 1973 年 II 号 89 頁、中山・前掲（注(10)）民商法雑誌 71 巻 1 号 47～48 頁、神戸・前掲（注

(10) 東京都立大学法学会雑誌 26 卷 2 号 579~580 頁を参照。

(58) 判決は、この種の契約締結は役権(Dienstbarkeit)の設定に代わるものではなく、「たとえば、売主が残りの土地をも譲渡する場合は、売主の承継人に、隣地からの回避不可能な進入を受忍すべき義務を難なく認めることはできない」とする。

(59) この趣旨は、ライヒ裁判所 1909 年 10 月 16 日判決(JW 1909, 725 (Nr.20))によっても述べられる。事案の内容は不明だが、判決は、ライヒ裁判所がすでに繰り返しているように(なお、判決文には、裁判例の援用ないし参照指示はみられない。)、土地の一部をそうと知って、残りの土地への侵害が予見される事業に譲渡する者は、あとになってその土地の一部の取得者またはその承継人に対しこの事業を禁じることはできないが、前掲(注(47))ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決が明言するように、この種の法律関係は、地役権(Grunddienstbarkeit)のような物権的効力をもたず、とりわけ、特別の事情のないかぎり、残りの土地の承継人に義務を負わせるものではないとする。

(60) 保護請求権の否定を第三者にも及ぼすには、前注および前々注でもみたように、地役権(Grunddienstbarkeit)の設定が必要となるが、イミッションからの私法上の保護において先住の加害者に先住優越性を認めることができるかという本稿が扱う問題は、古くには、先住の加害地のために地役権が黙示的に設定されたと認定できるかというかたちでも議論されていた。前掲(注(22))ライヒ裁判所 1882 年 11 月 25 日判決にこのことが見受けられるし、そのほかライヒ裁判所 1895 年 2 月 14 日判決(JW 1895, 172-173 (Nr.35 und 37)=Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, bearbeitet von A. Bolze, Bd.20 (1896) Nr.70, S.27-28 und Nr.591, S.298)や、ライヒ裁判所 1896 年 2 月 24 日判決(JW 1896, 214-215 (Nr.59))などもそうである。もっとも、BGB 施行後、土地登記簿が整備されたのちは、登記を要する地役権の黙示的な設定という構成によることは困難となる。本稿でこの地役権の黙示的な設定をめぐり議論をつぶさに紹介する余裕がない。さしあたり、土地所有者が土地の一部をある特定の事業に供される目的で売却した場面での地役権の黙示的な設定について論ずる Christian Meisner (fortgeführt von Joseph Ring und Wolfgang Ring), Nachbarrecht in Bayern, 6.Aufl. 1972, § 32 A II, S.565-566; Christian Meisner und Heinrich Stern (fortgeführt von Fritz Hodes und Walter Dehner), Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern), 6.Aufl. 1982, Besonderer Teil § 35 II, S.700-701, und § 38 III 2, S.758 und 760 の参照を指示するにとどめ、他日を期したい。なお、上に挙げた裁判例の後二者(いずれも掲載誌に判決(Urteil)と記されているわけではないが、内容的にそうであろうとの推測のもとに判決と表記した。)を以下で紹介しておく。

ライヒ裁判所 1895 年 2 月 14 日判決は、鉄道施設に隣接する森林を国庫から

購入した者が駅の施設や機関車からの煙で森林に不利益が及んでいるとして鉄道を経営する国庫に対し損害賠償を求めた事案についてのものである。原審は、鉄道施設はすでに売買契約時から有害な効果をともなっている存在していたし、その状態は原告も認識しており、契約当事者の意思として、原告が煙イミッシオンを受忍しなければならないものと認められるとして、相隣法の諸原則の本案への適用を否定し、売買契約自身から、鉄道敷地に由来する煙イミッシオンを受忍する義務を内容とする地役権（Grundgerechtigkeit）が成立したとしていた。判決は、原審のこの判断を支持して、請求を棄却する。

ライヒ裁判所 1896 年 2 月 24 日判決は、同様に鉄道からのイミッシオン（機関車からの火の粉）の事案についてのもので、事案の詳細は不明で、被害地所有者と加害者との間に土地の売買契約の関係があったのかどうかも不明だが、同様に地役権（Gerechtigkeit, Servitut）の設定を認定して被害地所有者の保護を否定する。

(61) 判決は、その例として、機関車の火花で森林火災が発生した場合を挙げ、売主はこの種の危険まで引き受けることは念頭にないであろうとして、鉄道事業者の補償義務を認める。

(62) さらに、前掲（注(46)）ライヒ裁判所 1903 年 3 月 7 日判決の事案では、前注(52)にみたように、被害地所有者は、売却時にイミッシオンの認識がなかったとしてこの法理の適用を争っていたし、また、ライヒ裁判所 1907 年 11 月 13 日判決（SeuffBl Bd.73 (1908), S.697-700）は、本文掲記のこの趣旨からこの法理の適用を否定する。

ライヒ裁判所 1907 年 11 月 13 日判決は、被告の圧延工場とれんが工場からの煙が原因で、植えたトウヒの苗木の生長がとまったとして、植林者（の相続人であるその息子）が損害賠償と苗木への加害を防止する措置を講じることなどを求めた事案についてのものである。植林者は 1850 年代に山林の一筆を被告の前主に工場拡張のため売却し、工場拡張後トウヒの苗木が植えられたという経過があった。第一審は、植林者はこの売却時、損害が及ぼされることを予見することができ予見しなければならなかったとして請求を棄却し、控訴審も中間判決で過去分の損害賠償を認めなかったが、判決は控訴審判決を破棄し事件を控訴審に差し戻す。それに際して、判決は、売買契約存在時保護請求権放棄法理が適用されるには、売却時に予見された作用であることが必要であるところ、本件での有害な作用は、れんが工場の環状がまが 1880 年代に設けられ、また、圧延工場の約 40 メートルの煙突が 1890 年に建てられて 1898 年に利用が強化されたのちにはじめて生じたもので、売買契約締結から何年後に、後発的な事象の結果として生じたこうした有害な作用を受忍することを契約意思とみることはできないとする。

また、売買契約存在時保護請求権放棄法理は意思解釈によるものであるか

ら、被害の程度が著しいと、この法理の適用が否定されることもある。ライヒ裁判所 1890 年 4 月 22 日判決 (JW 1890, 182 (Nr.18). 掲載誌に判決 (Urteil) と記されているわけではないが、内容的にそうであろうとの推測のもとに判決と表記した。) は、事案の内容は不明だが、自分の住宅に接する土地を、蒸気ハンマーの設置を通例ともなう施設のために売却した者は、そうした事業が隣接の住宅地に不可避的にもたらす不快を受忍する義務を負うにしても、買主が自分から土地を買った目的を知っていたからとあって、決して、自分の住宅のすぐ近くに蒸気ハンマーが設けられ、その稼働で自分の住宅の実体が害され、激しい振動の結果、適切な賃貸可能性が排除されることの同意まで導かれるわけではないとする。

(63) DJZ 1906, Sp.485-486.

(64) 被害地所有者が買主であるこうした場合にも、通常、同様の原則が適用されるべきであるとする学説として、Christian Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Berg- und Wasserrechts, 2. Aufl. 1910, § 32 A II, S.299 (なお、1901 年の初版 (Meisner, aaO (注 (33))) にはこの記述はみられない。1910 年の第 2 版で該当部分が挿入されている。); Meisner und Stern, aaO (注 (33)), § 35 II, S.449, auch § 38 III 2, S.509; Staudinger, Kommentar zum BGB, 12.Aufl. 1982, § 1004 Rn.137 (bearbeitet von Karl-Heinz Gursky).

(65) もっとも、前掲 (注(45)) ライヒ裁判所 1892 年 4 月 27 日判決が条文上の根拠として挙げるプロイセン一般ラント法第 1 部第 11 章第 124 条は売主の義務をいうものなので (前注(49)を参照。)、このように解することには無理があるかもしれない。

(66) 加害者が被害地所有者に土地の一部を売却し、加害者のもとの残りの土地からイミッションが生じているという事案で、売買契約存在時保護請求権放棄法理によってではないが、そのような結果を認めた裁判例として、前掲 (注(60)) ライヒ裁判所 1895 年 2 月 14 日判決がある。そこでは、地役権の成立を認定することで被害地所有者の保護が否定されている。

(67) 判決はこのことをいうに際し、前掲 (注(18)) ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決およびのちに後注(75)でみるライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決を援用する。

(68) なお、売買契約存在時保護請求権放棄法理については、これまでにみてきた裁判例のほか、イミッションが問題となった事案についてのものではないが、この法理と同様の趣旨から、鉄道施設による土地分断で経済的に困難が生じたことを理由とする不法行為 (BGB823 条) に基づく損害賠償請求を棄却したライヒ裁判所 1905 年 6 月 2 日判決 (JW 1905, 493 (Nr.18)) があるほか、のちに後注(93)でみるライヒ裁判所 1930 年 11 月 10 日判決がこの法理に言及

する。

- (69) Staudinger, Kommentar zum BGB, 11.Aufl. 1956, § 906 Rn.14 (bearbeitet von Günther Seuffert).
- (70) Staudinger, Kommentar zum BGB, 12.Aufl. 1989, § 906 (bearbeitet von Herbert Roth).
- (71) Staudinger/Gursky, aaO (注 (15)), § 1004 Rn.194.
- (72) Münchener Kommentar zum BGB, 4.Aufl. 2004, § 906 Rn.96 (bearbeitet von Franz Jürgen Säcker).
- (73) Christian Meisner (fortgeführt von Joseph Ring, Wolfgang Ring und Peter Götz), Nachbarrecht in Bayern, 7.Aufl. 1986, § 13 Rn.25, S.203, § 32 Rn.2, S.498 und § 34 Rn.50, S.555.
- (74) Harry Westermann (fortgeführt von Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky und Dieter Eickmann), Sachenrecht, 7.Aufl. 1998, § 62 VII, S. 519.
- (75) RGZ 57, 224-231 = JW 1904, 259-260 (Nr.5) = Recht 1904 Nr.1278, 1280-1282, S.282.
- (76) JW 1904, 487-488 (Nr.12).
- (77) 同じ趣旨は、コルマール上級ラント裁判所 1906 年 2 月 23 日判決 (DJZ 1907, Sp.1328 = Recht 1906 Nr.1288, Sp.562) によっても述べられる。機械を用いる工芸職人の工場からの騒音や振動が問題となった事案のようであるが、詳細は不明である。判決年も DJZ では 1906 年とあるが、Recht では 1905 年とある。判決は、他の土地からの作用を差し止める権利は、自分の家屋を当該他の土地の近隣に建て、その際すでに当該他の土地からの作用を認識することができたことによって、これを失うものではないとする。

なお、このように被害地所有者の主観が問われるべきでないことは、必ずしも先住後住関係が問題とされたわけではない裁判例でも指摘されている。ライヒ裁判所 1910 年 7 月 6 日判決 (DJZ 1910, Sp.1409-1410 = Gruchot Bd.55 (1911) Nr.6, S.105-110 = JW 1910, 941-942 (Nr.18)) とライヒ裁判所 1915 年 4 月 17 日判決 (JW 1915, 656-657 (Nr.9) = Recht 1915 Nr.2032 = Soergels-Rspr 1915, § 906 BGB Nr.11-13, S.294) をここで紹介しておこう。

ライヒ裁判所 1910 年 7 月 6 日判決は、製鉄工場からの騒音などが問題となった事案についてのものである。原告は近隣のホテルを競売により取得した者であり、被告工場はすでに 18 世紀に設けられていたが、原告のホテル取得と相前後して拡張され、圧延機や樽工場が新設されたという経過があった。原告は圧延機や樽工場からの騒音の停止などを求めたが、原審はこれを棄却する。原告は工場拡張で騒音などが増大したと主張したが、原審は、被告工場のような規模や意義を有する企業体については、誰もがそのような増大を予期し

なければならずまた予期しているとしてこの主張をしりぞけたようで、判決は、この理由付けは正しくなく、重要なのは、被告工場からの作用が地域の同種の事業からの作用と比較して普通といえるかどうかであるとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

ライヒ裁判所 1915 年 4 月 17 日判決は、麦芽工場に隣接して 2 階建ての家屋（1 階が店で他が住居）を有する者が、工場からの騒音や振動を受忍限度内におさめる措置を講じるよう求めた事案についてのものである。被告は、原告およびその前主は長年、騒音を受忍してきており、これにより作用の除去を求める法的請求権を放棄したなどと主張する。判決はこの主張をしりぞけ請求を認容するが、それに際して、物権的妨害排除・停止請求権の放棄を基礎づけるにはこの請求権の単なる不行使では十分でなく、なぜなら、所有者が建物を設けた時点で隣接地からの侵害の危険を認識していたあるいは予見できたことだけで放棄をみてとることはできないからであるとする（判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決を援用し、前掲ライヒ裁判所 1910 年 7 月 6 日判決の参照を指示する。).

(78) RGZ 70, 150-157=JW 1909, 110-112 (Nr.7).

(79) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決、前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決およびのちに後注(82)でみるライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決の参照を指示する。

(80) 前注(48)を参照。

(81) もっとも、判決は、場所的慣行性や消滅時効についての原審の判断に疑問を呈し、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す。

(82) RGZ 64, 363-366.

(83) JW 1910, 472-473 (Nr.11).

(84) RGZ 81, 216-225.

(85) JW 1935, 1775 (Nr.9).

(86) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(78)）ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決を援用する。

(87) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(78)）ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決を援用する。

(88) Gruchot Bd.57 (1913) Nr.75, S.1001-1005=JW 1913, 491-492 (Nr.13)=WarnRspr 1913 Nr.227, S.287-289.

(89) SoergelsRspr 1917, § 906 BGB Nr.6, S.218=WarnRspr 1917 Nr.244, S.385-386.

(90) LZ 1917, Sp.1344-1345 (Nr.12).

(91) Recht 1919 Nr.1460-1466, 1668-1670.なお、掲載誌に判決（Urteil）と記されているわけではないが、内容的にそうであろうとの推測のもとに判決と表

記した。

(92) JW 1927, 45-46 (Nr.9) m. Anm. v. Meisner.

(93) JW 1931, 1244-1245 (Nr.1) m. Anm. v. Fritz Stier-Somlo=WarnRspr 1931 Nr.8, S.19-21.

(94) RGZ 156, 314-320.

(95) ライヒ裁判所 1913 年 2 月 5 日判決は、隣の劇場とレストランからの騒音を理由に住民が配慮を求めた事案についてのものである。原告は被告から土地を買い受けたもので、後住関係にあった。判決は、事業が隣の壁に直接接し、隣地への妨害の防止のため、容易に設備でき通例である防護措置をとることをしない場合は、加害地の利用は場所的慣行的でないとして請求を認容し、過度の騒音の進入を防止する措置を講じるよう被告に命じるが、それに際して、原告は警察規定に従い防火壁をさらにはコルクの隔壁を設けていること、措置を講じる義務は被告にあり、レストランの建物の壁が原告の壁よりも以前から存在していたことはこの義務を排除しないこと（判決はここで、前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決、前掲（注(82)）ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決、前掲（注(78)）ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決およびのちに後注(97)でみるライヒ裁判所 1905 年 6 月 28 日判決を援用する。）をいう。

ライヒ裁判所 1917 年 3 月 24 日判決は、ガチョウのガガガ鳴く声による騒音が問題となった事案についてのものである。原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、被告の施設が原告の家屋よりも長く存在することは、原告に対し作用を受忍するよう求める権利を被告に与えるものではない点で重要でないとする（判決はこのことをいうに際し、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決、前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決、のちに後注(97)でみるライヒ裁判所 1905 年 6 月 28 日判決、前掲（注(82)）ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決および前掲（注(78)）ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決を援用する。）。

ライヒ裁判所 1917 年 6 月 4 日判決は、甜菜鉄道の機関車の火の粉が飛散して建物に火災が生じ、損害賠償が請求された事案についてのものである。判決は、甜菜鉄道が設けられた当時、被害者の農場はまだ存在せず、鉄道は広々とした野原に走っていて、のちに農場が設けられたことで状況が変化したものであるが、この新しい土地利用方法も BGB906 条の保護の対象となり、そのかぎり、甜菜鉄道か建物かいずれが先に存在していたかは重要でないとする。もっとも、原審が被告の有責性を認め、被害者（から請求権の譲渡を受けた原告）による損害賠償請求を認容していたのに対し、判決は、どちらが先に存在していたかは重要でないとはいえ、だからといって過責の問題はまだ片付いておらず、被告が建物への危険性を認識しなければならなかったかどうかは自明でないとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。なお、判決は、国の認

可を受けた鉄道に対しては差止請求権は認められず、かわりに所有者には過失の証明を要しない損害賠償請求権が認められるが、本件甜菜鉄道にこの扱いがされるかは事実関係が不明なため明らかでないとして、損害賠償請求には被告の過責が必要であることを前提に判断した。鉄道事業者に対して差止請求が認められないことについては、前注(48)を参照。

ライヒ裁判所 1919 年 1 月 15 日判決は、炭塵のまざったすすの塊が降り、原告の家屋等を汚した事案についてのものである。原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、被告は、原告による土地取得ないし利用前から、土地を今のようなり方ですでに利用していたと援用することはできないとする(判決はこのことをいうに際し、前掲(注(82))ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決および前掲(注(78))ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決の参照を指示する。)

ライヒ裁判所 1926 年 10 月 4 日判決は、遊園地の花火の残りかすなどが原告の土地に降ってくることや、閉園後、音楽がうるさく鳴らされることが問題となった事案についてのものである。原告がなにを求めたかは不明だが、判決は、被告は、原告が土地を取得したのは自分が事業を営み始めたのよりも後であったと指摘することはできず、なぜなら、被侵害者は、取得が後であったというだけで作用を受忍ししなければならないわけではなく、彼の請求権にとって基準となるのは訴え提起の時点だからであるとする。

ライヒ裁判所 1930 年 11 月 10 日判決は、採石事業により、隣接の土地所有者が、土地の陥落などで建築用地としての適性が失われたなどとして、損害賠償を求めた事案についてのものである。判決は、原告の土地取得前からすでに採石が行われていたからといって、原告の損害賠償請求権は排除されないとする(判決はこのことをいうに際し、前掲(注(75))ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決および前掲(注(78))ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決を援用する。)。もっとも、判決は、金銭賠償の方法および額の算定についての原審の判断や、採石事業が官庁の認可を受けていたとの原審の認定(原審はこのことから原告が損害賠償を請求するのに被告の過責は要件とならないとしていた。)には再検討を要するとして、請求を一部認容していた原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す。なお、判決はさらに、土地所有者が土地の一部を、予見され得る不利益な作用と結びついた事業のために他人に売却したときは、その作用に基づいて請求権を行使することができるかどうかの問題があるとして、そのような事例では、請求権行使には信義誠実の原則により黙示的な放棄または悪意(Arglist)の抗弁が対抗され、作用を将来的に受忍しなければならないことがあり(判決はこのことをいうに際し、前掲(注(47))ライヒ裁判所 1907 年 5 月 11 日判決を援用する。)、この売買契約存在時保護請求権放棄法理の本件への適用可能性についてもさらに検討すべきであるともいう。もっとも、本件にどのような事実経過があつて、この法理の適用可能性があると判決がみてい

るのかは不明である。

ライヒ裁判所 1937 年 12 月 15 日判決は、被告が経営する醸造所の燃焼施設からコークスが飛散すると主張して、近隣の土地所有者が、損害賠償や、コークスが飛散して進入する程度を軽減する措置を講ずることなどを求めた事案についてのものである。被告は 1872 年以来醸造所を経営していたが、原告が土地を取得したのは 1925 年であった。判決は、場所的慣行性を否定して請求を認容するが、それに際して、被告の指摘する歴史的な経緯は意味をもち、より早くから存在するのでよりよい権利を有するとの原則（der Grundsatz des besseren Rechts zufolge früheren Bestehens）はここでは妥当しないとする（判決はこのことをいうに際し、前掲（注（78））ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決およびのちに後注（98）でみるライヒ裁判所 1937 年 3 月 10 日判決を援用する。）。

(96) そのほか、下級審の裁判例であるが、カールスルーエ上級ラント裁判所 1901 年 2 月 16 日判決（Recht 1901 Nr.2470, S.590=Badische Rechtspraxis, 1901, 270. なお、掲載誌に判決（Urteil）と記されているわけではないが、内容的にそうであろうとの推測のもとに判決と表記した。）およびドレーズデン上級ラント裁判所 1902 年 11 月 4 日判決（OLG Bd.6 (1903) Nr.19, S.111-114）をも紹介しておこう。

カールスルーエ上級ラント裁判所 1901 年 2 月 16 日判決は、パン工場からのすすが問題となった事案についてのもので、詳細は不明だが、差止めが求められたようである。被告は、原告の建物が設けられるよりもずっと前から問題の建物でパン製造業を営んできたという事実を援用したが、判決は、この事実は BGB906 条に規定される抗弁事由にあたらぬとする。

ドレーズデン上級ラント裁判所 1902 年 11 月 4 日判決は、被告が、旅館の家畜小屋に接し、部分的に旅館の土地に属する被告の水車用導水路を掘り下げ、拡幅し、水が通るようにしたため、家畜小屋への水の進入を招いたとして、旅館の占有者が、水の進入を排除する措置を講ずることを求めた事案についてのものである。被告は、自分の施設がさきであり、また、原告の前主が現在の所有権侵害の原因を作ったので、請求は認められないと主張した。判決は、原告およびその前主は、法律規定または第三者の権利に反しないかぎり、旅館の土地にいかなる種類の建築をも行う権限があり、家畜小屋の設置およびその際になされた果樹の除去は、それが自分の土地への隣地からの事実上の作用がなされる事実上の前提を創出したことによっても、権限なきものとはならず、所有者は、依然として、そのような作用を禁じる権限があり、その防止が、従来

(97) JW 1905, 495 (Nr.21).

(98) RGZ 154, 161-167=JW 1937, 1237-1239 (Nr.8) m. Anm. v Wolfgang

Büttner.

- (99) 差止請求権は認められていなかった。後注(102)を参照。
- (100) 原審が請求を棄却していたのを判決は破棄し、被告による作用が適法な程度を越えるかどうかまたその割合の審理を求めて事件を原審に差し戻す。
- (101) 判決はここで、前掲(注(78))ライヒ裁判所 1908年12月21日判決および前掲(注(85))ライヒ裁判所 1935年2月22日判決の参照を指示する。
- (102) 判決は、原告には差止請求権が認められず、その代わりに営業法 26 条やプロイセン一般鉱業法 148 条により無過失の損害賠償請求権が認められるとするので、過失相殺を規定する BGB254 条が、差止請求権の性質を有する請求権に対してそもそも適用できるかという問題があり、判決はこれを肯定するのである。そこでは、ライヒ裁判所 1929年12月19日判決 (RGZ 127, 29-35) およびライヒ裁判所 1932年11月17日判決 (RGZ 138, 327-331 = JW 1933, 690-692 m. Anm. v. Ernst Langenbach) の参照が指示される。営業法 26 条については前注(57)を、プロイセン一般鉱業法については前注(19)を参照。
- 上記のライヒ裁判所両判決は、被告が自分の土地に積み上げた自分の工場からの廃棄物などからなるぼた山が発火し、消火作業は結局、奏功せず、火がそばを通る鉄道会社の線路の築堤に燃え広がったという事案についてのものである。鉄道会社が、被告には火災の結果を除去する義務があるとして、みずからが築堤を復元して出費を余儀なくされた金額の支払いを求めたのに対し、被告は、原告との間で以前に締結された契約により、原告はぼた山が積み上がって線路の築堤にまで達することを了解していたし、築堤は同じ可燃性の物質からなっていてこのことがその発火を共働惹起したなどと抗弁した。原審は、築堤復元ないしその費用の賠償は BGB1004 条によっては請求できないなどとして請求を棄却したが、ライヒ裁判所 1929年12月19日判決は、営業法 26 条や BGB1004 条に基づき請求が認容される可能性を指摘して (BGB823 条による不法行為責任は否定した。)、原判決を破棄し事件を原審に差し戻し、それに際して、原告の請求権放棄や共働過責ないし共働惹起の可能性を指摘する(判決は、営業法 26 条による請求権に関しては共働過責の可能性をいい、条文として BGB254 条を明示的に挙げるが、BGB1004 条による請求権に関しては共働惹起の可能性をいい、条文として BGB254 条を挙げることをしていない。)。事件を差し戻されたハム上級ラント裁判所は原告の共働惹起を肯定し、BGB1004 条による請求権に BGB254 条を適用して、半額についてのみ原告の請求原因を正当と認める。原告はこれを不服として上告するが、ライヒ裁判所 1932年11月17日判決は、原判決を支持して上告を棄却し、それに際して、BGB1004 条による費用支払請求権への BGB254 条の適用を明示的に肯定する。
- (103) Planck, Kommentar zum BGB, 3.Aufl. 1906, § 906 5 f), S.174 (bear-

beitet von A. Achilles oder O. Strecker). 当該箇所の執筆担当者は1902年の第1・2版ではA. Achillesで、1920年の第4版ではO. Streckerであるが、1906年の第3版には執筆担当範囲を記した頁が見当たらない。両名のいずれかと思われる。

(104) E. Goldmann und L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd.2: Sachenrecht, 1912, § 10 II 3 d), S.38 Fn.39.

(105) なお、ブランクの民法コンメンタールの1902年の第1・2版にはこの部分の記述はみられない。1906年の第3版でこの部分が挿入されている。また、ゴルトマンとリリエントールの1912年の同書の基礎となった、1900年の民法概説書 (E. Goldmann und L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des Allgemeinen Landrechts, Teil 1, 1900) にはこの部分の記述はみられない。1912年の同書でこの部分が挿入されている。

(106) Meisner, aaO (注(33)), § 11 4 b), S.75.

(107) 同書はここで、前掲(注(18))ライヒ裁判所1900年12月12日判決および前掲(注(22))ライヒ裁判所1882年11月25日判決を援用する。また、同書はさらに、それゆえ、工場主は自分の工場が住宅よりも前からあることを援用できないとし、そこでは前掲(注(23))ライヒ裁判所1891年2月20日判決を援用する。

(108) マイスネアとシュテルンによるプロイセン相隣法の概説書 (Meisner und Stern, aaO (注(33)), § 16 V 2, S.197-198) にも同様の記述がみられ、そこでは前掲(注(18))ライヒ裁判所1900年12月12日判決、前掲(注(22))ライヒ裁判所1882年11月25日判決、前掲(注(78))ライヒ裁判所1908年12月21日判決、前掲(注(84))ライヒ裁判所1913年1月18日判決、前掲(注(96))カールスルーエ上級ラント裁判所1901年2月16日判決および前掲(注(97))ライヒ裁判所1905年6月28日判決が援用される。また、Christian Meisner, Rechtsschutz gegen Störungen des Rundfunkverkehrs, JW 1927, 84 にも、先住優越性 (Priorität) が重要でないことをいう記述がみられる。

(109) Staudinger, Kommentar zum BGB, 2.Aufl. 1903, § 906 2 c), S.127 (bearbeitet von Karl Kober).

(110) 同書はさらに、前掲(注(18))ライヒ裁判所1900年12月12日判決、前掲(注(22))ライヒ裁判所1882年11月25日判決および前掲(注(23))ライヒ裁判所1891年2月20日判決の参照をも指示する。なお、同書の1898年の初版には紹介の部分の記述はみられない。1903年の第2版でこの部分が挿入されている。

(111) Heinrich Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd.

3), 3.Aufl. 1904, § 80 II 7, S.243.

(112) Konrad Cosack und Heinrich Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.2 Abt.1: Sachenrecht, Recht der Wertpapiere, 7. und 8. Aufl. 1924, § 50 II 2 b, S.190.

(113) デルンブルクは、隣人がなにを受忍しなければならないかは、場所的状況によって決せられなければならないことを述べたのち、しかしとして本文掲記のことをいい、したがって、新築された家屋の所有者に対して、イミッションは建築前からすでに存在し、建築はされるべきではなかったと抗弁することはできないとする。そこでは前掲(注(18))ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決、前掲(注(96))カールスルーエ上級ラント裁判所 1901 年 2 月 16 日判決および前掲(注(29))シュトゥットガルト上級ラント裁判所 1900 年 1 月 11 日判決が援用される。なお、デルンブルクによる同書の 1901 年の第 2 版には、先住優越性が決め手にならないことをいう部分の記述はみられない。1904 年の第 3 版でこの部分が挿入されている。

また、コーザックとミッタイスは、場所的慣行性は地域の支配的性格によって規定されるので、たとえば工場地区で臭気のすることは場所的慣行的であり、そこに邸宅(Villa)を建てる者は、これを甘受しなければならないことを述べたのち、「しかし、ずっと以前からそこにいた者であっても、地域の性格が次第に変わったときは、異議を唱えることはできない」とし、これに続けて本文掲記のことをいう。そこでは、前掲(注(75))ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決および前掲(注(78))ライヒ裁判所 1908 年 12 月 21 日判決の参照が指示される。したがって、ここでも、先住優越性は認められないこととともに、加害地の利用に場所的慣行性が認められるときは、やはり被害地所有者は保護の外に置かれることがいわれるのである。なお、コーザックによる同書(1924 年の第 7・8 版以降ミッタイスが共著者となり、それ以前はコーザックによる単著であった。)の 1913 年の第 6 版までには紹介の部分の記述はみられない。もっとも、それ以前の版でも(1900 年の初版からすでに)、邸宅地区(Villenquartier)で、変わり者が 20 年来、汚物溜から自分の庭に肥やしをやっていたところ、この地区に新たに土地を買って住み着いた隣人が抗議するのは正当であるという説明(その理由として、地域の一般的な場所的慣行が重要で、個人の無配慮な習慣は基準にならないことがいわれる。)がみられ、先住優越性の語は用いられないものの、加害者は先住であることで当然にその責任を免れるわけではないことが述べられていた(Konrad Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd.2: Das Sachenrecht usw., 1900, § 211 II 1, S. 152)。

(114) Riehl, Über Immissionsprozesse, Gruchot Bd.51 (1907), S.143-144.

- (115) 同論文は、イミッションを発する者の施設が迷惑を受ける者の被害施設よりも早くから存在していたからといって、イミッションの違法性はなくなること、以前からその施設があることで、所有者は、自分の土地に建物を建てる権利も、建物を建て住むようになってはじめて自分に迷惑を及ぼすこととなったイミッションを停止するよう隣人に請求する権利も失わないこと、イミッションにより被害を受けることを難なく想定できる工場の近くに家を建てたことは過責にあたらないことなどという。そこでは、前掲（注(23)）ライヒ裁判所 1891年2月20日判決、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900年12月12日判決および前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904年3月30日判決が援用される。
- (116) RGR-Kommentar zum BGB, 1910, § 906 11, S.853 (bearbeitet von Busch).
- (117) 同書は、したがって、侵害を受ける者は、自分が土地を取得したりそこに建物を建てたりその他の変更を加えたのが作用を及ぼす者よりもあとであったからといって、また、変更を加えたことで作用が侵害的なものとなったからといって作用を受忍する必要はないことなどもいい、これらにおいては、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900年12月12日判決、前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904年3月30日判決、前掲（注(97)）ライヒ裁判所 1905年6月28日判決および前掲（注(78)）ライヒ裁判所 1908年12月21日判決が援用される。
- (118) Johannes Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche), 2. Aufl. 1903, § 906 2 b, S.104.
- (119) 同書は例として、個別の工場の近隣に庭が造られ、その利用が工場の煙によって本質的に侵害されるときは、庭の所有者は作用を禁じることができることを挙げるが、他方で、庭が工場地区にあり、作用がその工場地区の拡張と煙の激化によってはじめて許されないものとなるにすぎないときは、庭の所有者はこの作用からの保護は受けられないとし、その理由として、この作用は当該位置にある土地の場所的状況によれば普通である他の土地の利用によって招致されていることをいい、そこでは、前掲（注(20)）のトゥルナウトとフェルスタによる不動産法の概説書（初版）、前掲（注(18)）ライヒ裁判所 1900年12月12日判決および前掲（注(96)）カールスルーエ上級ラント裁判所 1901年2月16日判決の参照が指示される。同書においてもやはり場所的慣行性が指向されるのである。なお、同書の1898年の初版には紹介の部分の記述はみられない。1903年の第2版でこの部分が挿入されている。
- (120) Martin Wolff, Das Sachenrecht, 1. und 2. Aufl. 1910 (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.2 Abt.1: Das Sachenrecht, 4. und 5. Aufl. 1910), § 53 II 1, S.137.
- (121) 同書はここで、前掲（注(75)）ライヒ裁判所 1904年3月30日判決の参照

を指示する。また、同書は例として、建物が病院に変わったとき、所有者は、隣地から何十年来及ぼされてきたこれまでは無害の作用をも、その作用が場所的慣行性の観点から擁護されないかぎり、今後は禁じることができるとする。

(122) F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Bd.2 Abt.1: Sachenrecht, 8.und 9. Aufl. 1905, § 72 3 b), S.472-473.

(123) 同書はここで、前掲(注(18))ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決および前掲(注(75))ライヒ裁判所 1904 年 3 月 30 日判決を援用する。

(124) 同書は、Aが場所的慣行性を援用できない理由として、場所的慣行性が認められるにはその地区でこれまで一般にイミッションが我慢されていたことが必要であるところ、本件ではこれまで受け手を欠いていたので、この要件を満たさない(工場が長年、市街地で操業されていて、今になってはじめて文句がいわれる場合とは異なる。この場合の文句は遅すぎる。)ことを、Aが先住優越性(Prävention)を主張できない理由として、作用は今になってはじめて始まり、Aのこれまでの操業方法は周辺地区全体に対して拘束を課することができる立場にはなかったことをいう。

(125) なお、1900年の第7版までには、望む者には不法はなされないことなどをいう本文で紹介した鍛冶工場云々の部分の記述はみられず、1905年の第8・9版でこの部分が挿入されている。それ以前の版には(1898年の第3・4版からすでに)、場所的慣行性から作用を受忍しなければならないことがあるという例外からとりわけ先住優越性(Prävention)の原則が適用可能であるという記述がみられ、その説明として、いずれも1905年の第8・9版にも引き継がれている、住み着く先が工業都市か保養地かでは異なることをいう例と、化学工場云々の事例では場所的慣行性も先住優越性(Prävention)も援用できないという例とが挙げられる(F. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.2 Theil 1: Sachenrecht, 3. und 4. Aufl. 1898, § 72 3 b) 1, S.284 Fn.29)。

(126) Hörle, Die Beeinträchtigungen des Eigenthums durch gewerbliche Anlagen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Gewerbeordnung (§§ 906, 907 Abs.1 B.G.B; §§ 26, 51 Gew.O.), VerwArch Bd.10 (1902), S.369-370.

(127) 営業法 26 条については、前注(57)を参照。

(128) Scherer, aaO (注(32)), Nr.310, S.165.

(129) 同書はここで、前掲(注(30))ライヒ裁判所 1886 年 10 月 15 日判決の参照を指示する。

(130) シェーレアのこの見解は、先住優越性を否定するのが主流の当時の学説からは、不適切と指摘される(Meisner, aaO (注(33)), § 11 4 b), S.74 Fn.47; Meisner und Stern, aaO (注(33)), § 16 V 2, S.197-198 Fn.10)。

- (131) Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 50 4 c), S.217.
- (132) RGZ 162, 349-360.
- (133) 原審は、本件で停止請求を認めると採石場が時間的に原告の家屋よりも前からあったにもかかわらず、被告は自分の所有物の利用を禁ぜられるという不均衡な結果となるので、BGB1004条に反するが、原告にはいかなる停止請求権も認められないとしていた。原審はこのことについて詳論していて、大要、いわく、侵害を受ける土地に配慮すべき義務が BGB906条以下によりあるからといって、ある特定の利用の手はずを整えた当時は、その利用が近隣に妨害的な作用を及ぼしていなかったのに、そのあとで自分の土地の利用が不可能とされることはなく、また、採石場の所有者に対して、利用の程度の制限や、場合によっては昔風の手作業での操業を期待することはできないという。原審は、そして、差止請求権が例外的に認められない代わりに損害賠償請求権が認められるとし、これを、犠牲を理由とする過責証明の不要な補償請求権であるとしていた。
- (134) Hagen, aaO (注(5)), S.165 は、この判決は、先住優越性の常套文句 (der Topos der Priorität) に積極的な意味で言及するが、技術の進歩を支援すべき要請に対してはこの常套文句を劣後せしめたと評する。
- (135) 損害賠償請求権についても、判決は、原審が犠牲を理由とする過責証明の不要な補償請求権を認めた (前注(133)を参照。) ことには、現行法上根拠がなく、差止請求権が少なくとも部分的には認められる以上、損害賠償の法的基礎は不法行為でしかなく、この点も原審による審理が必要であるとする。
- (136) RGZ 159, 68-76.
- (137) 原審も被告の損害賠償責任を認めていたが、それは、営業法 26条により差止請求権が認められない代わりに、犠牲を理由とする過責証明の不要な補償請求権として損害賠償請求権が原告に認められるとするもので、判決は、これを不服とする被告の上告を容れ、原告には土地に対する侵害を差し止める権限がなく原審の見解は維持できないとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。それに際して、判決は、本文掲記のことを述べ、不法行為責任の要件の充足の有無の検討を原審に求める。営業法については、前注(57)を参照。
- (138) 判決は、これに続けて、将来ではなくこれまでの損害については、今になってはじめて排ガスと蜜蜂死亡との関連性が認識され得たので、養蜂家側の有責な共同惹起を否定することができるであろうとする。原審も、原告の共働過責を否定していた。
- (139) もっとも、近年は、いくつかの裁判例がイミッション法で先住優越性を一定程度考慮する結果となる判断を下すにいたっている。戦後の動向を跡づけることは次稿の課題としたい。
- (140) 沢井・前掲 (注(10)) 『公害の私法的研究』428頁。もっとも、わが国の裁

判例にも近年、これと異なる傾向がみられる。このことについては、拙稿・前掲（注（2））札幌学院法学 25 卷 1 号 37～44 頁を参照。

(14) なお、(先住優越性の肯否の文脈でいわれたものではないが)、騒音被害を受けている住民は、自分の住居の窓を閉めて被害の程度を軽減する義務があるかについても、むしろ騒音を発生させている側が騒音の発生を停止すべきで、被害者側に窓を閉める義務はないと解されていた。2（1）を参照。

以上

（平成 21 年 1 月 21 日脱稿）