

〈研究ノート〉

ドイツでのイミッションからの 私法上の保護における 「先住優越性」否定法理の現代的展開

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、大ざっぱに言えば、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。

ドイツ法でも、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意識さ

れていて、イミッション (Immission)⁽⁴⁾ からの私法上の保護において、先住優越性 (Priorität) は認められないとする、いわば法理とでもいうべき原則が存在する。Priorität は、時間的に一番の者が法的によりよく扱われること⁽⁵⁾ 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⁽⁶⁾ などと説明される概念で、とりあえず本稿では、あまり適切な訳語ではないが、先住優越性と訳出することとしたい⁽⁷⁾ が、イミッション法におけるこの先住優越性否定の法理が、ドイツの判例上、どのように生成され、また、確立されたかについては、学説からの評価も含めて、筆者はすでに概観したことがある⁽⁸⁾。近年は、しかし、これからみるように、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た。本稿は、この近年の判例・学説の動向を跡づけることを目的とする。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よう⁽⁹⁾。

ドイツにおいて、イミッションからの私法的保護の枠組みのなかで中心的役割を果たす法規定は、BGB 906 条である。同条は以下のとおり規定する⁽¹⁰⁾。

不可量な物質の進入

(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。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。連邦イミッション保護法 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。

(2)本質的な侵害が当該他の土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、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。

(3)特別の誘導による進入は許されない。

所有権は物に対する包括的な支配権であるから、BGB 903 条 1 文に規定されるように、物の所有者は、法律または第三者の権利に反しないかぎり、その物を自由に扱い、かつ、あらゆる作用から他人を排除することができ、このことを具体化する法規定の一つとして、BGB 1004 条⁽¹¹⁾ 1 項は、所有権に基づく侵害除去・停止請求権を規定する。BGB 906 条は、この請求権の制限により、相隣関係にある土地所有者間の利害衝突を調整しようとする。

BGB 906 条にいう土地の所有者には、所有権者に限らず、賃借人など占有権限を有する者も含まれると解されている⁽¹²⁾が、本稿では、条文の(所有者という)文言どおり、被害地所有者ということとしよう。同条によれば、被害地所有者は、《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。したがって、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しまうが、BGB 906 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⁽¹³⁾。

先住優越性の肯否は、BGB 906 条に規定されるこれらの要件のなかで、主として、加害地利用の場所的慣行性の有無が検討される際に、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てきた。

関連する重要な法規定として、1974 年 3 月 15 日の連邦イミッション保護法⁽¹⁴⁾の 14 条をも紹介しておこう。なぜなら、同条は、BGB 906 条に規定される上記の《1》と《2》よりもより広いイミッション受忍義務を規定し、その意味で、連邦イミッション保護法 14 条が適用される場面では、BGB 906 条によるイミッションからの私法上の保護の枠組みが大きく修正されているからである。すなわち、連邦イミッション保護法 14 条⁽¹⁵⁾によれば、BGB 906 条によれば差止請求が可能ならばの場合でも、《4》認可を受けた施設に対しては、防護措置を講じることを求めることができるだけで、操業の停止を求めることはできず、また、この防護措置もそれが技術水準によりとり得ないかそうでなくても経済的には認できないときは、これを求めることもできず、（施設経営者の故意・過失の有無を問わずに）損害賠償を求めることができる⁽¹⁶⁾だけである。

少々複雑なので、以上の枠組みを表に整理しておこう。以下のとおりである⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。

<p>《a》 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</p>
<p>差止請求不可(上記《1》) 損害賠償請求不可</p>
<p>《b》 イミッションが被害地の利用を本質的に侵害し、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</p>
<p>差止請求不可(上記《2》) 補償請求可^(*)(BGB 906 条 2 項 2 文、故意・過失は不要)(上記《3》) ^(*)場所的に慣行的な土地利用または土地の収益が(被害地所有者に受忍を)期待可能な程度を超えて侵害されるときに限る。</p>
<p>《c-1》 イミッションが被害地の利用を本質的に侵害し、その侵害が加害地の場所的に慣行的でない利用によって招致される場合 または 《c-2》 イミッションが被害地の利用を本質的に侵害し、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るが、この種の利用者に経済的に期待可能な措置によって回避できる場合</p>
<p>差止請求可 損害賠償請求可(不法行為、故意・過失が必要)</p>
<p>《c'》 ただし、認可施設として連邦イミッション保護法 14 条が適用される施設に対しては、</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・操業の停止を求めることはできない。 ・防護措置を求めることができる。 ただし、防護措置が経済的には是認できないなどのとき⁽¹⁹⁾は、これを求めることもできない。 ・防護措置を求めることができないときは、損害賠償請求可(同法 14 条、故意・過失は不要)(上記《4》)

なお、連邦イミッション保護法 14 条は、1869 年 6 月 21 日の営業法 26 条に淵源を有し、同条が連邦イミッション保護法 14 条と同様のことをすでに規定していた⁽²⁰⁾ので、連邦イミッション保護法が 1974 年に施行される以前にも以上の枠組みは妥当していた。以上の枠組みに對

しては判例によりさらに修正が加えられているが、このことについては当該箇所で紹介することとして、さっそく本論に入っていこう。

ドイツでは、すでに BGB 施行と同じ 1900 年に、ライヒ裁判所が、イミッションからの私法上の保護において先住優越性が認められないことを定式化していた⁽²¹⁾。その後、先住優越性を肯定する趣旨にも読める判示をする裁判例群が一時期みられたものの、それらは比較的古い時代に限られ、むしろ、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となっていく。学説も多くはこれを支持していた⁽²²⁾。戦後、連邦通常裁判所の時代となって、判例・学説の動向はどうか、以下にみていこう。

1 先住優越性否定法理の継承

イミッショ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、戦後、連邦通常裁判所においても、引き継がれた。連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決⁽²³⁾は、被告工場の溶解炉の煙突からの排ガスで、栽培している花や植物に被害が生じたとして、園芸農場の賃借人が損害賠償を求めたのに対し、請求原因を正当と認める⁽²⁴⁾が、それに際して、大要、以下のようにいう。

土地利用が普通かどうかについては、たとえばいずれの利用方法がより古いかなど以前の状況ではなく、唯一、現在の状況が重要である。いわゆる先住優越性（Prävention）の思想は、特別の例外を除き、拒絶されるべきである⁽²⁵⁾。したがって、被告工場やその施設がすでに古くから存在していたとの被告の主張は的外れである。

連邦通常裁判所 1969 年 6 月 6 日判決⁽²⁶⁾も、被告市が毎年、開催する夏季音楽祭（とくに、その一環として夜間に野外舞台で上演されるオペレッタ）による騒音を理由に、一定音量を超える騒音の停止などを近隣住民が求めた事案で停止請求を認容するが、それに際して、大要、以下のよう

原告らが入居したのが、被告の夏季音楽祭がすでに恒例行事となっ

たあとであったことで、請求が認められない、ということにはならない。時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は、BGB 906 条の適用に際して、場所的慣行性の問題についても他の法的観点にかかわっても、問題にならない⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

さらに、連邦通常裁判所 1973 年 2 月 23 日判決⁽²⁹⁾も、葉や尾状花序の落下、日陰ができること、鳩の羽休めで多大な被害が生じているとして、被告が所有する土地上のシラカバの除去、予備的に隣地にはみ出た枝の除去費用の賠償義務の確認を隣地の所有者が求めた事案で予備的申立てを認容するに際し、

枝がずっと以前から存在し、原告がもともとあった週末用別荘を現代的なバンガローに改築したことではじめて妨害が生じたとのことは意味をもたず、時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は、原告の所有権を侵害する法的な根拠を被告に提供しない⁽³⁰⁾、

とし、また、下級審裁判例であるが、アウクスブルク裁判所 1971 年 11 月 26 日判決⁽³¹⁾も、農業を営む被告が牧草地への糞尿の施肥を繰り返したため、近隣の自分の土地家屋で療法所を営む者が悪臭を理由に天然肥料の施肥の停止と損害賠償を求めたのを、停止請求につき一部認容するが、それに際して、被告が、原告は純粋に農業的な利用がされる地区に家を建てた、自分は以前いつも糞尿を施肥していたなどと主張したことについて、大要、以下のように述べて、被告のこの主張をしりぞける。

場所的慣行性の問題にとっては先住優越性（Prävention）の観点は重要でない⁽³²⁾ので、以前この地区が純粋に農業的な利用がされていたことは重要でない。住宅地化の進行により、当事者らの土地は周りも含めて、天然肥料の施肥をなお場所的慣行的であると解させるような、紛れもなき農業的な特徴をもはや示してはいない。

そのほか、連邦通常裁判所 1976 年 10 月 22 日判決⁽³³⁾や、のちに後注(85)でみる連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決も、先住優越性の語は用いないものの、場所的慣行性の判定において先住優越性が否定される

べき趣旨を述べる⁽³⁴⁾。

イミッショ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、このように、戦後においても引き継がれた⁽³⁵⁾が、しかし、時代を下ると、先住優越性を肯定するがごときの物言いをする裁判例があらわれてくる。前掲（注(23)）連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決にしても、先住優越性の否定をいうとき、特別の例外を除きと留保を付して、先住優越性否定法理が必ずしも無条件に貫徹されるわけではないかの口吻を示していた⁽³⁶⁾し、また、ライヒ裁判所時代、先住優越性の否定がいわれるとき、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てもその保護が否定されるわけではないことまで、時として併せ判示されていた⁽³⁷⁾が、連邦通常裁判所の裁判例にはこのことまで明言するものは見当たらなくなっていた⁽³⁸⁾。そうしたなか、連邦行政裁判所 1989 年 1 月 19 日判決⁽³⁹⁾は、被告市が開設した地区スポーツ施設に隣接して自己所有家屋に住む者が、スポーツによる騒音の軽減を求めた事案において、先住後住関係を考慮に入れた判断を下す。すなわち、原告は公法上の差止請求権を行使し、判決は、騒音の受忍を期待できるかどうかを判定する基準は、連邦イミッション保護法 22 条 1 項に求められ、これによれば、種類、規模または持続期間により、近隣にとっての著しい迷惑を招致するに足る環境への有害な作用（同法 3 条 1 項）は、技術水準に照らし回避可能であれば防止しなければならないが、そうでなければ最小限度にとどめおかなければならないが、この基準は私法上の相隣関係での BGB 906 条、1004 条による基準と同じ結果になるとしたうえで、日曜日および法定の祝日ならびに月曜日から土曜日までの 19 時以降のサッカーを禁じるなどする⁽⁴⁰⁾。判決は、それに際して、これらの時間帯は、とくに静寂が必要な時間帯と一般に解され、また、作業騒音も免れているのが通例であることのほか、本件スポーツ施設の特事情として一つには居住とスポーツとがじかに隣り合っていること、もう一つには、本件スポーツ施設が設置されたのは居住地区ができて長らくたってからであったことを指摘する。判決は、そして、この

後者の時的経過について、侵害が著しいかどうかの境界を定めるに際してこれを併せ考慮することは許されるとし、また、もし居住利用とスポーツへの利用とがたとえば同時に始まったとか、逆に、スポーツ施設がすでに設けられたあとに居住地区が押し寄せてきた場合は、侵害が著しいかどうかの境界はより高くに存する可能性があるというのである。

判決文中には先住優越性の語は登場しないし、先住優越性否定法理がこれまでいわれてきたことを意識しての判示であるかどうかともわからないが、BGB 906 条によりイミッシオーンの差止めが認められるかどうかを判断するに際して重要な意味をもつ侵害の本質性要件のところでは先住後住関係が考慮されることが明言されたのである。

2 事前負担法理 — 先住優越性否定法理への対抗・その1

さらに、先住優越性否定法理に対抗しうべき論理となる考え方が、裁判例上、いくつか登場してくる。その一つが、被害地の事前負担という考え方である。この考え方は、通常の民事事件を扱う連邦通常裁判所ではなく、行政事件を扱う連邦行政裁判所の裁判例において、先行してあらわれた。

連邦行政裁判所 1975 年 12 月 12 日判決⁽⁴¹⁾は、れんが製造業者が前世紀来、創業当初から使ってきた環状釜をトンネル釜に置き換えようと許可を求めたが、郡の委員会にしりぞけられたので、義務づけ訴訟を提起した事案についてのものである。原審は請求を棄却していたが、判決も結論的にはこれを支持して、釜の運転により生じる騒音は連邦イミッシオン保護法により許可を拒否せざるを得ない程度に達するというのであるが、それに際して、原審が騒音からの保護のための技術指針に定められた基準値を考慮に入れるに際し、周囲に保護されなければならない地区が一つだけあるのか、それとも、周りがすべて、保護されなければならない複数の地区に囲まれているのかを区別しなかったのは正しくなく、性格や保護適性が相異なる地区がぶつかる領域では、土地利用にはある特殊な相互的配慮義務がともなっていて、このことは、迷惑を及ぼ

す者に義務を負わせるだけでなく、一種の平均値が形成されるという意味で⁽⁴²⁾、それ自体は適法な迷惑源の近隣に住み着いた者に、現実を尊重しての受忍義務を課するというのである（もっとも、この点についての原審の判断の不十分さは結論を左右しないとされた。）。

この、性格や保護適性が相異なる地区がぶつかる領域では、土地利用にある特殊な相互的配慮義務がともなっていて、そこに住み着いた者にはより高度の受忍義務が課せられるという考え方は、やがて、通常の民事事件を扱う連邦通常裁判所でも採用される。

連邦通常裁判所 1993 年 2 月 5 日判決⁽⁴³⁾は、被告市町村の設けた青少年キャンプ場からの騒音や悪臭を理由に、近隣に居住する土地家屋の所有者がキャンプ場の営業と賃貸の停止と、予備的に、適切な措置を講じて、騒音や悪臭で自分の土地利用や健康が侵害されないようにすることを求めた事案についてのものである。原審は、純居住地区向けの騒音基準値を拠り所として騒音による侵害の本質性を認め、一定の適切な措置をとるよう被告に命じていたが、判決は、これを不服とする被告の上告を容れ、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。原告の土地が存するのは、実際の建物の建ち方という、建物が点在する居住地区であるが、建築が制限される外部地域（Außenbereich）の端のところであり、原審はこのことを十分に考慮に入れなかったので、騒音による迷惑の本質性の再検討が必要とされたのである。判決は、以下のようである。

「被告の営む青少年施設は、様々な理由から、とりわけ近隣への迷惑から、優先して外部地域（Außenbereich）に設けられざるを得ない。他方で、外部地域（Außenbereich）の端に位置する土地の所有者は、自分の近隣でイミッションを生ぜしめる利用がされないとか、純粋な居住利用がされるとは期待することはできなくて、むしろ、自分の近隣で、居住利用とはもはや相容れない利用はされないと信頼することが許されるだけである⁽⁴⁴⁾。性格や保護適性が相異なる地区がぶつかる領域では、土地利用にはある特殊な相互的配慮義務がともなっていて、その結果、迷惑を受ける者は、その種の境界領域でなければ甘受

する必要がないような不利益を甘受しなければならない⁽⁴⁵⁾。」

そして、判決は、公法上認められてきたこの原則は、判定基準を民法と公法とで単一化していく流れのなかで⁽⁴⁶⁾、私法上の相隣法でも妥当するとし、実はこの事案では、原告が居住を始めたのは1962年でキャンプ場が設けられたのは1981年であったので、被害地所有者がむしろ先住であったのであるが、判決は、この原則は、迷惑を受けている土地所有者が迷惑源の近隣にあとから住み着いたという場合だけでなく、本件でも妥当するという。そのように解さないと、性格や保護適性が異なる地区間の境の領域の土地所有者に、すべてが現在あるがままであり続けることを求める請求権を認める結果となるが、そのような請求権は認められないし、むしろ、境界領域に土地を所有する原告としては、境を接する外部地域（Außenbereich）で迷惑源ができることを、したがって、自分の土地の保護適性が、一種の平均値が形成されるという意味で事前負担を負い減ぜられる⁽⁴⁷⁾ことを覚悟しなければならないというのである。

被害地の事前負担をいうこの考え方は他の裁判例にもみることができ。連邦通常裁判所1994年10月14日判決⁽⁴⁸⁾は、被告製紙工場からの夜間の騒音を理由に近隣に土地を賃借して住む者が夜22時から翌朝6時まで45 db (A) を超える騒音を自分の賃借地に及ぼすことの差止めと予備的にそのような騒音作用を防止する保護措置を講じることを求めた事案についてのものである。原告は1950年代に建てられた住宅に1970年代はじめから居住し、被告製紙工場は1867年以来同地で操業していた。原審は、騒音についての技術指針（TA-Lärm）にいう、営業施設と住宅とのいずれもが優勢ではない営業施設・住宅地区であることを前提に、夜間の限界値45 dB (A) に依拠し、これを本質的に超えるとして、騒音の本質性を認め、主位的請求を認容していた。判決は、原審による地区の分類には不十分な点があるなどとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻すが、それに際して、再審理の結果、外部地域（Außenbereich）内に工業的利用地区と居住利用との混在状況が存するというのであれ

ば、イミッシオンの許容基準値を、一種の平均値を見出すことにより新たに定めなければならない、ここでは、妨害をとくに及ぼす土地利用を受け入れるという外部地域（Außenbereich）の特別な機能を顧慮しなければならない、その結果、影響を受ける土地は事前負担を負っていて、このことにより居住利用者の保護適性は減ぜられ、外部地域（Außenbereich）の端に位置する土地の所有者は、自分の近隣で迷惑を及ぼす利用がされないと期待することはできなくて、むしろ、自分の近隣で、居住利用とはもはや相容れない利用はされないと信頼することが許されるだけであるという⁽⁴⁹⁾。

連邦通常裁判所 1998 年 10 月 30 日判決⁽⁵⁰⁾ も、被告が自分の土地上で官庁の許可を得て牛と豚を肥育していたが、牛小屋を豚小屋に改築し、豚の収容数を増やした（被告はこのことについて官庁の許可を得ていなかった。）ため、近隣の土地所有者が豚小屋からの悪臭を理由に、養豚業の禁止、予備的に補償の支払いなどを求めた事案において、原審が、悪臭による侵害の本質性を認め、また、被告の養豚業は場所的慣行的でないなどとして、被告に対し、悪臭により原告の土地を本質的に侵害することを禁じていたのを支持するが、それに際して、悪臭が、田舎の農村地区という事前負担の考慮のもとで著しく迷惑を及ぼしているかどうかを問う。

さらに、連邦通常裁判所 2001 年 6 月 21 日判決⁽⁵¹⁾ も、村落地区で牛肥育場のすぐ隣に住宅を建て団地を設けようとした施工者が、被告市から建築許可を得て工事にかかったが、牛肥育場に土地を賃貸している郡が建築許可に異議を申し立て、建築許可が取り消されたため、被告に対し、公務上の義務違反を理由に損害賠償を求めた事案において、大要、以下のようである。

村落地区では、居住の保護は、居住地区でよりもより小さい。そうでないと、村落地区は、もはや、農業経営の立地ではあり得なくなってしまうだろう。本件の牛肥育事業は存立が保護されていて、この事業に近寄って来る住宅建築の計画は、この事業に対し配慮を示さなけ

ればならない。原告の土地は、状況による負担を負っている。不利益や迷惑の受忍を期待できるかどうかの基準は、その場所的慣行性である。負担の予見可能な増加も含めて、既存の事前負担は、新たにやって来る者は既存の負担を甘受しなければならないというふうに、著しきの限界に影響を及ぼし得る。原告は、また、事前負担のある状況のなかにわかっていて (bewusst) 住宅建築を行おうとしたので、それゆえに、牛肥育事業からのイミッションに対して、より小さな差止請求権しかもたない⁽⁵²⁾。

この連邦通常裁判所 2001 年 6 月 21 日判決では、被害地所有者のわかっていて (bewusst) という主観的事情も併せて明示的に指摘されたことにも注目しておきたい。

3 過失相殺規定の援用 — 先住優越性否定法理への対抗・その 2

2 にみた、被害地の事前負担をいう考え方は、内容的には先住優越性否定法理に対抗しうべき論理であったが、この考え方をいう裁判例は、先住優越性否定法理の存在を意識してかしてなくてかはわからないが、先住優越性否定法理に言及することはなかった。これに対して、次に紹介する過失相殺規定を援用しての考え方は、先住優越性否定法理に明示的に言及したうえで、その適用可能性に制約を課していく。

連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決⁽⁵³⁾ は、原告が、取得した耕地にテニスコートを設けたが、隣接の被告の土地にポプラの木が当時すでに相当数あって、その根っこが成長して入り込んできたため、コートに反りや湾曲が生じたという事案についてのものである。その後、被告は木を切り倒し、原告は、根っこによって惹起された侵害の除去（具体的には根っこの除去とテニスコートの原状回復）を求めた。判決は、原告には本件侵害につき、損害防止措置を怠り侵害を共働惹起したことによる共同責任があるとして、損害賠償での過失相殺を規定する BGB 254 条の適用可能性を肯定する。過失相殺ということは、免責的処理ではなく、責任軽減的処理がされることになろうが、責任軽減的処理の可能性につ

いては項を改めてこのあと7でみることにし、ここでは先住優越性否定法理の適用に制約を課したくだけのみておく。判決は、大要、以下のようにいう。

本件には、原告自身の利益のため保護措置を講じることを必要ならしめるいくつかの特殊性がある。原告は、当時すでに存在した被告の相当数のポプラの木のすぐ近隣にテニスコートを設けた。テニスコートを設けることではじめて、ポプラの根っこが土地の境界を超えて本件土地の地面に悪影響を及ぼし、重大な所有権侵害を生ぜしめることの決定的な前提が創り出された。当部（この判決を下した第5民事部を指す一筆者注）は、BGB 1004 条1項による除去請求権に対して先住優越性（Priorität）の思想に原則的に意味をもたせなかったが、これは、時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は、妨害者に対して所有権侵害の正当化理由を提供しないという意味でしかない⁽⁵⁴⁾。本件で問題となっているのは、侵害を受けた所有者の共同責任である。そのかぎり、取得した耕地をテニスコートに変えたのは原告であるということを見逃すことができない。根っこは近隣の畑地の利用をまったくあるいはせいぜい些少にしか侵害しなかったのに対し、用途の変更が所有権侵害の可能性を著しく高め、根っこによる侵害で、テニスコートの原状回復費用を考慮すると、結局、約37万マルクもの多額な損失が生じた。ポプラの根っこの成長が強力で地表に影響を及ぼすことはよく知られているし、根っこの長さはポプラの木の高さに相当するといわれる。このような状況のもとでは、分別ある人間ならば、根っこによる侵害からの保護措置を取り、そのような高額の損害を回避するであろう。この種の木の存する近隣で、その根っこによる侵害の危険性があるもとの、高価な施設を造り、のちに生じる侵害をそのようにして、わかっていながらあえて（sehenden Auges）いわば誘発しておいて、そして除去費用を全部、木の所有者に転嫁することは、信義誠実に反しもしよう。

本件は木の根っこが隣地を侵害したというもので、イミッション事

案ではない⁽⁵⁵⁾が、判決は、先住優越性が否定されるべきことを一応は前提としつつも⁽⁵⁶⁾、先住優越性否定法理の意義を制限的に解し、むしろ、後住の被害地所有者が侵害を、わかっていながらあえて（sehenden Auges）誘発したという事情からその請求権が制限されるべきことを行うのである。また、従来は、被害地所有者による用途変更が侵害を招いたという事情には意味がもたされていなかった⁽⁵⁷⁾。しかし、この判決は、用途変更が侵害の危険性を高めたと指摘し、このことから被害地所有者の共同責任を導くのである。

4 連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決 — 判例法理の集大成

先住優越性否定法理に対抗しうべき、これら、被害地の事前負担をいう考え方と、みずからの土地への侵害をわかっていながらあえて（sehenden Auges）誘発したという被害地所有者の主観的事情からその請求権の制限を導く考え方を集大成したともいえるのが、連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決⁽⁵⁸⁾である。これは、鍛冶工場が近隣に騒音を及ぼした事案についてのものである。原告は 1990 年に土地を取得し戸建て住宅を建てて住んでいるのに対し、被告は 30 年以上前から（現在の規模では 1986 年から）官庁の認可を得て鍛冶工場を営んでいたという経過があり、また、原告の土地は一般居住地区の東端に位置し、その約 160 m 東の工業地区に被告の工場があった。被告の工場は操業時間中、年間を通してすべての窓が開けられていたため、原告は、ハンマー等の使用中は窓や扉などをあけたままにすることの停止を求めるとともに、予備的に自分の住宅地の利用を本質的に侵害する騒音が生じないよう適切な防護措置を講じることを求めた。

原審は、騒音軽減のための適切な措置を講じるよう被告に命じるが、それに際して、原審は、鑑定人は騒音についての技術指針（TA-Lärm）などの規定によるイミッションの基準値の超過を認定しなかったが、実地検証によれば、騒音は連邦イミッション保護法 3 条 1 項にいう環境への有害な作用であるといえるとして、本質的な侵害を認定し、

「被告が30年来操業してきたのに対し原告がその土地を取得したのは約10年前であるという事情は、このことの妨げとならない。なぜなら、BGB 906条の適用に際して時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は問題にならないからである」

という。また、状況に規定された事前負担を原告の土地が負っていることについては、基準となるイミッシオン基準値を一般居住地域向けの55 dB (A)ではなく混合地区向けの60 dB (A)をもってしたことで十分に考慮したと原審はいう。なお、被告の土地利用が場所的慣行的であるかどうかについては、証明責任を負う被告が、原告の土地利用に対する本質的な侵害は、経済的に期待可能な措置によっては回避できないと主張しなかったので、決する必要はないとされた。

これに対して、判決は、原審は原告と被告の先住後住関係を十分に考慮に入れていないとして、原審（請求を一部認容していた。）の判断をしりぞけ、請求をすべて棄却した⁽⁵⁹⁾。それに際して、判決はまず、これまでの判例の展開を整理して以下のようにいう。

「コンメンタールでも支持されている当部（この判決を下した第5民事部を指す一筆者注）の判例によれば、時的先住優越性（die zeitliche Priorität）の思想には、BGB 906条2項2文による二次的な法的保護の枠組みのなかでと異なり⁽⁶⁰⁾、BGB 906条1項、2項1文、1004条1項による一次的な法的保護では、原則的に意義が認められず⁽⁶¹⁾、このことは正当である。イミッシオンが隣地の利用を本質的に侵害しているかどうかを判断するに際して重要なのは、事実審の最後の口頭弁論時における事実状況である。もちろん、このことは、時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は、妨害者に対して、隣人の所有権を侵害する正当化根拠を与えないという意味でしかなく、そのことは当部も繰り返し明言してきたところである⁽⁶²⁾。

他方で、当部は、青少年キャンプ場事件（2にみた、事前負担法理をいう前掲（注(43)）連邦通常裁判所1993年2月5日判決一筆者注）で、性格や保護適性が相異なる地区の境界領域に初めての者として住

み着く土地所有者は、隣接領域でイミッションを発する利用が将来なされないことを求める請求権をもたないことを強調した。ここには、侵害を受ける所有者は、予見可能なちの衝突状況について共同責任を負うべきであるとする思想がみられるが、当部は、テニスコートポプラ根っこ事件（3）にみた、過失相殺規定を援用する前掲（注（53））連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決一筆者注）でこの思想を取り上げ、強調した。この思想は、相隣法でも妥当する信義誠実原則（BGB 242 条）を適用した結果である。ライヒ裁判所は、信義誠実原則から、いわゆる相隣法上の共同体関係を展開し、連邦通常裁判所は、このライヒ裁判所判例を引き継ぎ、さらに発展させた。…相隣法上の共同体関係から、高められた相互的配慮義務が生じ、例外的事例では、所有権から流出する一定の権利の行使がまったくまたは部分的に許されなくなる⁽⁶³⁾。」

そして、判決は、この高められた双方向的配慮義務を本件でもいうことができるとして、本件における事情として、①被告は、工業地区にある自分の土地で 30 年以上も鍛冶工場を営み、1986 年以来その製造工程は変わっておらず、したがって、周辺に影響を及ぼす騒音イミッションにも変化はないこと、②被告の事業は官庁の認可を受けていること、③原告の土地に騒音イミッションが及ぼされるのは平日の 2～5 時間であること、④原告の土地で基準となる騒音イミッションの基準値は超えられていないことを指摘し、

「原告は、このかぎりで状況による負担を負った土地を 1990 年に取得し、そこに住宅を建てた。原告は、いま差し止めようとする騒音作用のことを認識していた、あるいは、少なくとも認識可能であったはずである。…原告は、この状況を心づもりして、住み着くことを断念するか騒音イミッションへの防護措置をみずからとることが可能であった。このいずれをも原告はせず、予見可能な侵害をあたかもわかっていながらあえて（sehenden Auges）受け入れた。したがって、被告が、許されるイミッション基準値が生産過程で超過されないように

自分の操業を調整して、自分の負う配慮義務を果たした以上は、双
方的配慮義務の枠組みのなかで、高められた受忍義務が認められる」
という。判決は、この高められた受忍義務の本件での具体化として、窓
などを閉めるだけでも換気装置が必要となるので少なくとも8万DM
の出費が必要で、被告がこれを負担すべき必要はなく、原告は被告に対
し、騒音イミッションの更なる軽減措置を求めることはできないとし、
「既存のイミッション源を認識しながら、または、重過失によりこれ
を認識せずに、その近隣に住み着いた者は、このことから生じる予
見可能な利益衝突について共働過責がある。したがって、その者は、
あらゆるイミッションを無制限に受忍しなければならないわけでは
ないが、本件でのように許される基準値内にとどまるイミッション
は受忍しなければならない。このことは、相隣法上の共同体関係にお
いて存在する高められた双方的配慮義務から導かれる」
というのである。

原告の土地が事前負担をともなっていることは、原審も、基準となる
イミッション基準値の算出に際して考慮していたが、判決によれば、
原審は、性格が相異なる地区がぶつかり合っていて、互いに競合する利
用利益を抽象的普遍的に衡量すべき必要があることを考慮したに過ぎ
ず、相隣法上の衝突が生じたことについての自己過責という個別具体的
な観点の考慮をしていないとして、自己過責の観点をさらに別個に考慮
すべきことをいい（なお、このことは、同一の観点を二重に考慮するこ
とにはならないと判決はいう。）、この自己過責の思想は、学説でも一
部には先住優越性（Priorität）の文句のもとに——近時、意義を認めら
れているという。

5 金銭による補償請求の場面での先住優越性

本稿はじめにのみたように、《2》イミッションにより本質的な侵害
が生じても、それ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、被害地所有者は、イミッシオンを差し止めることができず、《3》その場合、被害地所有者は、場所的に慣行的な土地利用または土地の収益が、（被害地所有者に受忍を）期待可能な程度を超えて侵害されるのであれば、金銭による相当な補償を請求できる。つまり、この場合の補償請求の可否については、被害地の場所的に慣行的な利用または収益の侵害が、（被害地所有者に受忍を）期待可能な程度を超えるかどうかが重要な意味をもつのであるが、この（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性の判定に際して先住優越性が考慮されるかの問題がある。鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決によれば、ここでは先住優越性の考慮が許されるとのことだったが、実際どうであったか、以下にみてみよう。

このことについて、たとえば、マイスネアによるバイエルン相隣法の概説書（第 7 版）⁽⁶⁴⁾は、

被害地所有者が場所的に慣行的な利用をした時点でイミッシオンのことをすでに知っていた場合は、（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性の限界は高められ、それゆえ、この枠内で、先住優越性（Priorität）の観点（他では意味をもたないが。）が意味をもち得、（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性限界を定めるに際しては、侵害を受ける者の行為とその因果関係とが意味をもち得るとし、連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決⁽⁶⁵⁾を援用するとともに、連邦通常裁判所 1976 年 2 月 12 日判決⁽⁶⁶⁾および連邦通常裁判所 1977 年 1 月 13 日判決⁽⁶⁷⁾の参照を指示する。

エアマンの民法コンメンタール（第 12 版）の BGB 906 条についての注釈⁽⁶⁸⁾も、

（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性の限界を定めるについて先住優越性（Priorität）の観点もまた意味をもち得るとし、連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決⁽⁶⁹⁾を援用し、また、シュタウディンガーの民法コンメンタール（2002 年版）の BGB 906 条についての注釈⁽⁷⁰⁾も、

金銭による補償請求にかかわっては、(被害地所有者にとっての受忍の) 期待可能性の判定につき、先住優越性 (Priorität) をも考慮するのが一般的な見解であるとして、学説としてこの両者を援用する。

援用ないし参照指示があったこれら 4 判決がどのようなものであったか、以下にみておこう。いずれの判決でも、直接には、BGB 906 条 2 項 2 文による金銭による補償請求権 (私法上の請求権である。) ではなく、収用侵害を理由とする補償請求権 (公法上の請求権であるとされる。) が問題となった。公共の任務を遂行する高権的な施設に対しては、受忍限度を超えるときでも防護措置を求めることができるだけで、操業の停止を求めることはできないと解されていて、そうした施設には、本来、連邦イミッション保護法 14 条によれば認可を受けた施設にしか与えられない特権 (本稿はじめにの表の《c'》) の場合) が特に認められている。所有者には、このことにより特別犠牲が課せられるかぎり、補償請求権が認められ、これが収用侵害 (ないし収用類似侵害) を理由とする補償請求権である。この補償請求権が認められるかどうかは、侵害が、BGB 906 条 2 項 2 文によれば所有者が補償なく受忍しなければならない限界を超えているかどうか基本的にはよると解されている⁽⁷¹⁾ ので、以下にみるこれらの判決が収用侵害を理由とする補償請求権の成否について述べるところは、BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求権の成否の判断についても基本的にはそのまま妥当することになる。

連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決は、軍用空港の騒音で住めなくなった農民が国に対し住宅を新たに建てた費用の補償を求めた事案についてのもので、(原告にとっての受忍の) 期待不可能性にかかわって、原告が 1962 年末から翌年始めにかけて作業棟や住宅を設けていたことが問題となった。1964 年末以降導入された機種の高離着陸レーンが、それまでの機種におけると異なり、原告の農場の真上にかかり、離着陸機が原告の農場の上の低高度を日々幾度も飛んだのであるが、原審は、従来の機種が真上を飛ぶものではなかったにしても、そう遠くないうちに

ジェット機がさらに進化することは予想されるべきで、また、分別よく熟考すれば予見されるべきであったとして、(原告にとっての受忍の)期待不可能性を否定し、補償請求権を認めなかった。判決は、補償請求権の成立またはその額については、利益衝突が一方または他方の所有者による行為によって生じたりまたは激化したという事情を度外視することはできないし、原告が農場に選んだ地点の上を飛ぶ飛行機が、そう遠くないうちにこの空港に投入されるかもしれないことは、分別よく熟考すれば、すでに1962年において予見できたが、そうであるにしても、原告は、耕地整理官庁に相談し新しい農場の場所について承認を得、建築許可官庁から建築計画の許可を得ていたので、自分の農場の計画が官庁によってきちんと吟味されているということを前提にしていたし、軍当局も、原告の農場の計画を管轄する官庁に対し、想定される運航拡大について知らせないままにしておかなければよかったとして、補償請求権を否定するのは正しくないとし、原審の判断をしりぞける。

連邦通常裁判所1976年2月12日判決は、国のアウトバーンの道路騒音で沿道の土地を別荘用敷地として用いることが実際できなくなったとしてその所有者である市が国に対して価値が低下した分の補償を求めた事案で、(被害地所有者にとっての受忍の)期待不可能性については、基礎にある特殊事情が妨害者の領域に属するか影響を受ける者の領域に属するかもまた意味をもち得、原告市が、問題の土地を別荘用の敷地に指定した時点ですでに国のアウトバーンの建設を考慮に入れておかなければならなかったことを斟酌することに問題はないとする⁽⁷²⁾。

連邦通常裁判所1977年1月13日判決も、同様に国のアウトバーンの騒音が問題となり、沿道の土地の所有者が騒音で土地の価値が下がったとして国に補償を求めた事案で、(被害地所有者にとっての受忍の)期待不可能性については、基礎にある特殊事情が、妨害者の領域に属するか影響を受ける者の領域に属するかも意味をもち得⁽⁷³⁾、このこととの関連で、原告がもともとそこで営んでいた皮剥業をやめて、もとの工場の住宅を賃貸に出そうとしたのがアウトバーン建設のための計画確定手続の

実施後であったこと⁽⁷⁴⁾は、(被害地所有者に対して受忍を)期待可能な騒音レベルを高めるという意味で意味をもち得るとする⁽⁷⁵⁾。

連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決は、軍用空港の騒音で土地家屋の価値がかなり低下したとしてその所有者が国に対し補償を求めた事案で、原告は、土地を取得し建物を建てた 1977～78 年に自由意思で⁽⁷⁶⁾騒音保護地区 1⁽⁷⁷⁾に住み着いたので、原告の補償請求は認められないとする⁽⁷⁸⁾。判決は、補償請求は認められないとするこの判断を導くのに詳細な説明をするので、その大要を以下に紹介しておこう。判決は、大要、以下のようにいう。

外から住宅地に及ぼされる騒音イミッションが、取用法上（その受忍が）期待可能か期待不可能か、また（その受忍が）期待可能な範囲いかんについては、判例上、不利益を受ける者が自由意思で危険に赴き、その危険が、一般的には彼自身が原則的に負担すべきで、彼が招致したものである場合は、特別犠牲が求められたとはいえないという原則がある⁽⁷⁹⁾。それらの事例では、高権的行為が被害者自身の秩序違反 (ordnungswidrig) 行為によってはじめて惹き起こされたのではないにしても、少なくとも、利益衝突が、不利益的な作用に関して法的に保護されない行為の結果として生じたという事態が基礎にある。このことは、所有者は、以前にはなかった利益衝突を自己の行為によって活性化させてはならないという BGB 906 条 2 項 2 文についての原則⁽⁸⁰⁾に符合する。一般的にいえば、(被害地所有者にとっての受忍の)期待不可能性については、基礎にある特殊事情が妨害者の領域に属するか影響を受ける者の領域に属するかが意味をもち得る⁽⁸¹⁾。

これらの基準によれば、取用法上の（受忍の）期待可能性判断において、原告がわかっていながらあえて (sehenden Auges)、軍用空港から直接騒音作用を受ける騒音保護地区 1 内に住宅を建て移り住んだことを原告のみの責めに帰せしめるのは正当である。

判決は、そこでは、前掲 (注 (65)) 連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決との事案の違いを指摘する⁽⁸²⁾。すなわち、いずれも軍用空港からの

騒音事例ではあるが、客観的には利益衝突を回避できたとしても、原告が運航拡大を見渡すことができなかつたさきの事案とは決定的に異なり、本件では、空港が完全稼働しすべての作用を認識していたにもかかわらず、原告は住宅を建てたというのである。

連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決でみてみれば、先住優越性の語は用いられてはいないが、イミッションを受けるについての後住の被害地所有者の認識ないし認識可能性が、(被害地所有者にとっての受忍の) 期待可能性の判定に際し考慮されていて、補償請求の可否の判断にかかわり先住後住関係に一定の意味がもたされている。この点、たしかに、差止請求において伝統的には先住優越性が認められてこなかったのは明らかに異なるし、連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決以外の 3 判決、すなわち、連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決、連邦通常裁判所 1976 年 2 月 12 日判決および連邦通常裁判所 1977 年 1 月 13 日判決でも、いずれも、イミッションを生ぜしめる加害地利用がすでにされているところに被害地所有者があとから住み着いてきたという、厳密な意味で被害地所有者が後住であった事案ではなかつた (いずれも、イミッションを生ぜしめる加害地利用が、まだされてはいないが、これからされることになるところへ被害地所有者が住み着いてきたという事案である。) が、やはり、先住優越性の語は用いられないものの、イミッションを受けるについての被害地所有者の認識ないし認識可能性が、(被害地所有者にとっての受忍の) 期待可能性の判定に際し考慮されている⁽⁸³⁾。

ところで、これら 4 判決の事案では、上では紹介しなかつたが、いずれも加害地利用の場所的慣行性が認定されていて⁽⁸⁴⁾、そうすると加害地が場所的慣行的に利用されているところに被害地所有者があとから住み着いてきた (あるいは、イミッションを生ぜしめる加害地の場所的慣行的な利用が、まだされてはいないがこれからされることになるところへ被害地所有者が住み着いてきた) わけだから、被害地所有者への受忍の期待可能性が大きくみられるのは、自然なことともいえよう。

逆に、加害地の利用に場所的慣行性が認められないところへ、被害地

所有者があとから住み着いてきたという事実経過であったときに、被害地所有者からの補償請求の成否の判断にかかわって、先住後住関係に意味がもたらされるかどうか。もちろん、加害地利用に場所的慣行性がなければ、差止請求が可能なはずで、したがって、金銭による補償請求の問題にはならないのが本来である（本稿はじめにの表の《c-1》の場合）。したがって、ここでは、加害地の利用が場所的に慣行的でなくて、本来は差止請求が可能なはずだが、それが特に許されなくて代わりに補償請求が認められるという事案をみなしなければならない。そのような事案を扱った裁判例として、連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決⁽⁸⁵⁾がある。

これは、市町村の汚水処理施設からの悪臭を理由に隣接の土地所有者が、土地上の戸建て住宅の賃借人による賃料減額請求から自分を免れさせるようこの市町村に対し求めたという事案についてのもので、土地を汚水処理施設に利用することの場所的慣行性は否定された⁽⁸⁶⁾が、汚水処理施設からの悪臭イミッションは原告の土地への高権による直接侵害で、原告はこれを禁じることはできない（もし禁じられると、公益に資し生活上重要な浄水場事業が停止されるという是認できない結果になる。）とされた。原審が、原告には公法上の取用補償請求が認められるとした（原告の請求はその請求原因につき正当であると認めた）のを判決は支持して、被告の上告を棄却する。被告は、上告のなかで、原告の両親および原告は、土地が汚水処理施設のすぐ近隣に位置し、それゆえ悪臭を覚悟しなければならないことを土地取得時に認識していたので、取用補償請求権の要件である特別犠牲をいうことができないと主張していたが、判決は、前掲（注(79)）連邦通常裁判所 1962 年 3 月 15 日判決および前掲（注(69)）連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決でもいわれる、不利益を受ける者が自由意思で危険に赴き云々の場合は特別犠牲が求められたとはいえないとの判例法理⁽⁸⁷⁾と、この判例法理がいわれる事例の基礎にはどのような事態があるか⁽⁸⁸⁾を指摘したあと、官庁の認可を得て住宅が建てられ、その住宅付きの土地を取得したという本件は、この判例法理がいわれる事例とは対比できない⁽⁸⁹⁾として、被告のこの主張をし

りぞける。

この判決でも先住優越性の語は用いられていないものの、そこでは、被害地所有者が後住であることは補償請求の妨げとはされなかった。

このようにみえてくると、やはり加害地利用に場所的慣行性がみられる事案なのか、場所的慣行性がみられない事案なのかは、補償請求の場面で先住優越性を考慮することの可否に一定程度、影響しているようである。軍用空港の騒音を理由とする補償請求を棄却した前掲（注(69)）連邦通常裁判所1995年3月16日判決も、本件では空港の運営は場所的慣行的といえたとし今でもそういえる⁽⁹⁰⁾が、連邦通常裁判所1976年2月19日判決の事案での汚水処理施設の操業は場所的慣行的でなかったと事案の違いを指摘する。

BGB 906条2項2文に基づく金銭による補償請求の場面では、このように、判例・学説一致して、先住優越性の考慮が是認されているのである⁽⁹¹⁾。もっとも、近年、クレーンは、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性（zeitliche Priorität）」と題する論説のなかで⁽⁹²⁾、金銭による補償請求の場面での（被害地所有者にとっての受忍の）期待不可能性（BGB 906条2項2文）の判定について、この補償請求権は利用の場所的慣行性を要件とするので、後住者の利用が時の経過により場所的慣行的となったのであれば、この利用はより大きな利益を生ぜしめるより良い使用であると推定され、そうした利用を不利益に扱うべき理由はなく、むしろ、妨害者に完全な補償義務を負わせることで、活動を継続するか停止するか妨害者を正しく誘うことになるとして、判例・通説を批判する。

6 学説による評価

これまでみてきたように、ドイツの判例は、伝統的には、イミッシオーンからの私法上の保護において先住優越性を基本的に認めず、ただし、BGB 906条2項2文による金銭による補償請求の場面でだけはこれを考慮するという立場であった。そして、この伝統的な立場に距離を置いて

て、(金銭による補償請求ではない、まさしく)差止請求というイミッションからの一次的保護の場面において、先住優越性を考慮する結果となる判断を明確に示したのが、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決であった。

対して、学説はどのような動向を示していたか、以下にみてみよう。

BGB 906条2項2文による金銭による補償請求の場面では、5にみたように、基本的に学説でも、先住優越性の考慮が認められていた。これに対して、差止請求というイミッションからの一次的保護の場面では、判例同様、学説でも、伝統的には、先住優越性の否定がほぼ一致していられていて⁽⁹³⁾、もっとも、先住優越性を部分的にではあれ考慮する学説も、裁判例での新たな傾向に若干先行して一部にみられるようになっていた⁽⁹⁴⁾。

すなわち、すでに1966年のヴェスタマンによる物権法の概説書(第5版)⁽⁹⁵⁾は、場所的慣行性について裁判時のみが基準となり、既存の事実または法律状態を保護するという意味での先住優越性原則(Prioritätsprinzip)は存在しないとし⁽⁹⁶⁾、このことから、住み着いた時の状態の採用を不可能とする通説が導かれるとする一方で、大要、以下のようにもいう。

このことは、とりわけ、イミッションを発する事業にとって酷である。不幸な展開から現実に救ってくれるのは、所与の場所的状况を考慮したプランニングだけだが、所有者が自己の利益のためにこれに影響力を及ぼすことはできない。少なくとも極端な事例では、当該地区に住み着く者には、既存の状態に可能なかぎり適応し、継続する作用を賠償なしに受忍する義務を負わせることが自然である。すなわち、その者は、自分がそこに暮らすことを決心したのがどのような空間であるのかを知っているのだから、この空間におけるなにかしらの不利益は甘受しなければならない⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾。

これを受けて、1989年のシュタウディンガーの民法コンメンタール(第12版)のBGB 906条についての注釈⁽⁹⁹⁾は、加害地利用の場所的慣行

性要件の「先住優越性なし（Keine Prävention）；判定の時点」と題する項目のなかで、判例の見解によれば、侵害を受ける土地利用がイミッシオンを発する土地の利用よりも遅くに始まったことは重要でなく、これによれば、場所的慣行性の判定に際し時的先住優越性（die zeitliche Priorität）は問題にならない⁽¹⁰⁰⁾としつつも、とくに極端な事例では例外が許容されなければならず、ヴェスタマンの見解を支持するとして、新しく住み着く者は、自分がどのような地区に暮らすのかを知っていて、一定の範囲で適応しなければならないとする⁽¹⁰¹⁾。

また、1961年のマイスネアによるパイエルン相隣法の概説書（第5版）⁽¹⁰²⁾は、特定の利用方法がより古いことは場所的慣行性問題において、通例、意味をもたず、基準となるのは現在の事実状態だけで、先住優越性（Prävention）の思想は、通説によって拒絶されているが、しかし、公共の福祉というより高次な利益が存するときは、例外が正当化され得る⁽¹⁰³⁾とし⁽¹⁰⁴⁾、1982年のデーナアによる相隣法の概説書（第6版）⁽¹⁰⁵⁾も、先住優越性（Priorität（Prävention））の否定をいう⁽¹⁰⁶⁾一方で、イミッシオン公法等で妨害者の潜在性をいう先住優越性否定法理と類似の思考⁽¹⁰⁷⁾が旧来、展開されていたが、近年、連邦行政裁判所がこれによらなくなっていることを受けて、民事法でも、従来、正当と考えられていた先住優越性否定法理を再考すべきであるとする⁽¹⁰⁸⁾。

こうした学説状況のなかで、さきにみた判例の近年の転回が生じたのである。それでは、学説は判例のこうした転回をどう評価したか、以下にみてみよう。

前掲（注53）連邦通常裁判所1997年4月18日判決は、テニスコートポプラ根っこ事件で、後住の被害地所有者が侵害を、わかっているがらあえて（sehenden Auges）誘発したという事情から、その請求権が制限されるべきことをいっていたが、ミュンヒは、鍛冶ハンマー事件での前掲（注58）連邦通常裁判所2001年7月6日判決に対する評釈のなかで⁽¹⁰⁹⁾、「わかっているがらあえて（sehenden Auges）」というこの共同責任の観点で、本判決でふたたび決定的な重みを与えられたと評し、連

邦通常裁判所が、柔軟性のある BGB 242 条（信義誠実原則を規定する一筆者注）にかんがみ、迂回路をたどって、結局のところ、より古い権利の先住優越性（Priorität älterer Rechte）を承認したのは正当であるとする。ミュンヒはまた、この「わかっていながらあえて（sehenden Auges）」という基準について、連邦通常裁判所は、既存のイミッション源の認識または重過失による不認識と具体化し、かくして、イミッション源や衝突状況が、公平な平均的観察者にとって、具体的な状況のもとで一義的に認識ないし演繹可能でなければならないとされたとみる⁽¹¹⁰⁾とともに、一次的な法的保護（イミッションの差止請求一筆者注）と、時間的な順番がすでに併せ考慮されていた⁽¹¹¹⁾二次的な法的保護（金銭による補償請求一筆者注）とで美しくない相違が生じていたのを連邦通常裁判所は相対化したとする。

ビツァも、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決に対する評釈のなかで⁽¹¹²⁾、連邦通常裁判所が従来からの判例から部分的に転向したことについて、歓迎に値するとともに遅きに失したとする。すなわち、連邦通常裁判所は、先住優越性思想（Prioritätsgedanken）をこれまでつねに否定してきた⁽¹¹³⁾ものの、間接的には、先住優越性の観点（Prioritätsgesichtspunkte）をすでに従来も考慮してきた（たとえば、性格や保護必要性が異なる地区が衝突する問題で、一種の平均値を形成することを通じて、地区類型が異なることの調整をしてきた⁽¹¹⁴⁾。）ので、連邦通常裁判所が本件で、原告が既存のイミッション負担を心積もりし、住み着くことを断念するか騒音イミッションへの防護措置をみずからとることが可能であったことを考慮に入れたことはまさしく首尾一貫しているとする。

さらに、フォーゲルも、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決に対する評釈のなかで⁽¹¹⁵⁾、騒音の負担がすでに存在する地区に住み着く者を、その者の土地が「手つかずの」地区であるかの地位に置くことはできず、本判決は結論的に納得できるとし⁽¹¹⁶⁾、ニースによる評釈⁽¹¹⁷⁾も、理由は示さないものの⁽¹¹⁸⁾、時的先住優

越性（die zeitliche Priorität）の思想にこれまでよりもより大きな意義が事実上、与えられたことは歓迎されるとする。

先住優越性を承認する本判決の結論には賛成しつつも、その理由づけに異論を唱えるのはロートである。

ロートは、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決に対する評釈のなかで⁽¹¹⁹⁾、まず、判例が、従来、BGB 1004 条 1 項による差止請求権を時的先住優越性（die zeitliche Priorität）の思想により制限することを拒んできたことを紹介し、このことを、場所的慣行性要件の不存在を騒音を及ぼす利用の先住優越性（Priorität）で代替したり、場所的慣行性を先住優越性（Priorität）を通じて基礎づけることは是認されなかったと説明する⁽¹²⁰⁾。ロートは、そして、本判決で判例は転回を始めたと評し、本判決について、場所的慣行性のところで先住優越性（Priorität）を考慮することはしなかったが、一つには、BGB 242 条に基礎を有する相隣法上の共同体関係とそこから導かれる隣人の高められた相互的配慮義務、もう一つには、妨害を受けている者の共働過責という、まったく相異なる二つの論拠を引き合いに出して、妨害を受けている者の本来は存在する差止請求権の制限を正当化したと整理する。

これら二つの理由づけのうち、ロートは、前者の理由づけについては、妨害を受けている者の差止請求権を相隣上の共同体関係により否定すると、その者に補償請求権を認めることになるが、それは意図されるところではないので、疑問があり、理由づけの重点はむしろ後者にあるとみる（ロートは、判決要旨にもこちらの理由づけが挙がっていると指摘する。）。しかし、ロートは、後者の理由づけについても、そもそも、差止請求権を BGB 254 条の類推適用により制限することには根本的に疑問がある⁽¹²¹⁾し、BGB 906 条にはただでさえ不確定な概念が集積しているのにそこへ共働過責という条文には記されていない更なる要件を付け加えるべきではない⁽¹²²⁾とする。

結局、ロートは、先住優越性（Priorität）は、BGB 906 条の加害地利

用の場所的慣行性要件のなかに位置づけるのが正しいとするようである。すなわち、ロートは、場所的慣行性が先住優越性（Priorität）により基礎づけられ得ると解することは、場所的慣行性の認定に際し少なくとも併せ考慮することが許される「住民の見解」にもかなうであろうし、一般に、場所的慣行性の判定において、時間のファクターの考慮は異物（Fremdkörper）ではない（たとえば、逆の方向だが、ひとたび存在した場所的慣行性が状況の変化により脱落することがあり得る。）というのである。もっとも、ロートにしても、先住優越性（Priorität）により場所的慣行性が無限定に基礎づけられるとするものではない。判決もいうように、新参者はあらゆるイミッションを受忍しなければならないのではなく、許される基準値が遵守されているかどうかが重要で⁽¹²³⁾、このように解することで連邦イミッション保護法による価値判断が現実のものとなるし、また、法的安定性にも資するというのである。この先住優越性の位置づけ問題は、のちほど改めて取り上げることとして先へ進もう。

ビショフスも、『イミッション私法における利用先住優越性（Nutzungspriorität）』と題する著書のなかで⁽¹²⁴⁾、連邦通常裁判所は、鍛冶ハンマー事件で、少なくとも衡平の観点からは適切な判決を下したとしても、判決が鍛冶工場の時的先住優越性（zeitliche Priorität）を考慮したことは、理論的に満足いくものではないとする。すなわち、判決が原告の受忍義務を BGB 242 条から導き、暗黙に従来の判例から距離を置いたことは一見もっともらしいが、理論的には納得することはできず、BGB 906 条は相隣上の共同体関係を法律上具体化したものなので、同条の適用により得られた結論を BGB 242 条により安易に訂正することはできず、BGB 242 条の適用が許されるのは特異的な例外事例に限られ、特定の土地利用が時間的に優位にあることだけではこれに該当しないとするのである⁽¹²⁵⁾。

ところで、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決によれば、土地を取得しようとする者には、周囲の状況

についての調査義務が課せられたことになる⁽¹²⁶⁾ ところ、ローレンツは、同判決に対する評釈のなかで⁽¹²⁷⁾、判決の結論そのものに疑問を呈する。ローレンツは、本件で原告に相隣上の衝突を回避すべき義務がどこから生じるのか明らかでなく(判決が指摘する、30年来の鍛冶工場の経営、1986年来変化のない騒音イミッシオン、官庁の認可、騒音イミッシオン軽減措置の費用といった事情では十分でない。)、にもかかわらず、連邦通常裁判所が原告の行動を許されない権利行使と評価したのは、先住優越性(Priorität)(より早くから存在することによる、よりまさった権利(besseres Recht kraft früheren Bestehens))の観点に一定の役割を与えようとしたからであるとし、このことは出発点としては不衡平でないように思われるものの、連邦通常裁判所は、相隣法上の衝突が生じたことについての原告の自己過責をいうのであれば、被告にも共働過責が、すなわち、利用衝突が生じる前段階で予防策を講じるため、原告の建築許可(建築許可があったものとみられる。)に対して行政裁判所に差止訴訟を提起することをしなかったという相隣法上の衝突についての共働過責がなかったのかどうかを検討しなければならなかったであろうとする⁽¹²⁸⁾。

また、ノイナアは、「私法における先住優越性原則(Prioritätsgrundsatz)」と題する論説のなかで⁽¹²⁹⁾、先住優越性原則は、先住の所有者に特権が認められるというかたちで、相隣法において意味をもちうるが、そのような保護は、正当にも現行法上、規定されておらず、私法では、第三者の所有権を過度に侵害することができるという信頼も、最初に住み着くことを目指しての競争も、原則的に保護に値せず、土地所有者は同権のものとして相対立し、自己決定により土地を先利用したことで優位が生じることも、自己決定により隣地を利用変更したことで従属が生じることもないところ、近時、連邦通常裁判所は、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))2001年7月6日判決で、BGB 242条の信義誠実の観点のもとにこのことを制限するが、判決が相隣法上の衝突が生じたことについての自己過責を指示するのは理論的に誤りで、なぜなら、隣人は第三

者を侵害することなくみずからの所有権の自由を用いただけであるとする。

さらに、クレーンは、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで⁽¹³⁰⁾、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決について、後住を理由として後住者に対し、相隣上の共同体関係とそこから導かれる隣人の相互的配慮義務を理論的基礎として、BGB 906 条には明示されていない特別の受忍義務を課し、先住優越性思想 (Prioritätsgedanken) を認めたと評したうえで、しかし、先住性それ自体は先住者を優遇する理由にならず、むしろ、利用衝突につき後住者に共同責任があるかぎり、後住者に費用の一部負担を求めたテニスコートポプラ根っこ事件での前掲（注(53)）連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決に回帰するべきであるとする。クレーンによれば、共同責任思想と先住優越性思想とは関連するものの、両者は区別しなければならず（テニスコートポプラ根っこ事件での前掲（注(53)）連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決も後住であることのみで後住原告の共同責任を基礎づけたものではなく、また、近いうちに隣地で衝突的な利用が始まることを先住者が自分の活動開始時に予見可能であったなら、先住者についても共同責任をいうことができる。）、先住優越性思想でなく共同責任思想による場合は、妨害を知ってまたは重過失で知らずに住み着いたことのみで受忍義務の高度化を決する鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決の定式によるよりも、より柔軟で事態適合的な解決を図ることができるとされる⁽¹³¹⁾。

このように一部に、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決に疑問を呈する学説がみられるものの、少なくとも結論としては、本判決が差止請求の場面において先住優越性を考慮したことを支持するのが学説の大勢であった⁽¹³²⁾。しかし、差止請求において先住優越性を考慮するその理論的な位置づけをめぐることは、なおはっきりしないところがあり、学説の関心の重点は今や、この位置づけ

問題にあるともいわれる⁽¹³³⁾。

鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決が、本来は存在する差止請求権を制限した論拠の一つとして、BGB 242条による相隣法上の共同体関係からの高められた相互的配慮義務があることは、たとえば、さきにみたロートによる同判決に対する評釈も指摘するところであり、しかし、ロートは、同判決の論拠としてこれを重視していなかった⁽¹³⁴⁾。これに対して、同判決が先住優越性論拠(Prioritätsargument)を、BGB 242条の信義誠実の現れとしての相隣上の配慮命令に体系上位置づけることにむしろ賛意を示すのが、レーテルである。レーテルは、「相隣私法における先住優越性(Priorität)の思想」と題する論説のなかで⁽¹³⁵⁾、先住優越性基準(Prioritätskriterium)はBGB 906条に体现された実体的決定準則に一般的には劣後し、先住優越性(Priorität)という論拠は極端事例においてのみ側面支援的に考慮に入れられるにとどまるとするが、先住優越性論拠(Prioritätsargument)を上記のように相隣上の配慮命令に位置づけることで、その考慮が例外にとどまることが明確になるとするのである。

しかし、ロート以外にも、ビショフスも、さきにみたように、同判決を批判して、相隣上の共同体関係の思想を通じて利用先住優越性(Nutzungspriorität)から高められた受忍義務を導くことはできないとする⁽¹³⁶⁾し、ヴェンツェルも、ある論文のなかで、相隣上の共同体関係による受忍義務という位置づけには、BGB 906条1項が相隣上の共同体関係につき終局的な規制を内容とすることを理由に反対する⁽¹³⁷⁾。

これに対して、先住優越性を加害地利用の場所的慣行性要件に位置づける学説は少なくない。ロートによる鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決に対する評釈⁽¹³⁸⁾について、さきに、この評釈は、先住優越性(Priorität)を、場所的慣行性を基礎づけ得るものとして、加害地利用の場所的慣行性要件のなかに位置づけるようであると整理したところである⁽¹³⁹⁾。シュタウディンガーの民法コンメンタール(2002年版)のBGB 906条についての注釈(執筆者はロー

トである。)⁽¹⁴⁰⁾も、先住優越性 (Priorität) を場所的慣行性のなかで考慮することは体系的に正しい位置であると明言する⁽¹⁴¹⁾し、ゾエゲルの民法コンメンタール (第 13 版) の BGB 906 条についての注釈⁽¹⁴²⁾も、先住優越性 (Priorität) は場所的慣行性を確定するなかで考慮に入れるのが理論的にすぐれているとする⁽¹⁴³⁾⁽¹⁴⁴⁾。プリュティンクによる物権法の概説書 (第 33 版)⁽¹⁴⁵⁾も、より古い利用方法に一般的に優先権が認められるということはないが、先住優越性 (Priorität) は場所的慣行性問題で併せ考慮されるとするし、フォーゲルも、鍛冶ハンマー事件での前掲 (注 (58)) 連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決についての評釈のなかで⁽¹⁴⁶⁾、判決は先住優越性原則 (Prioritätsprinzip) を場所的慣行性概念の解釈問題に位置づける趣旨であろうと推測する⁽¹⁴⁷⁾。

もともと、鍛冶ハンマー事件での前掲 (注 (58)) 連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決自身は、免責の可否の判断に際し、新参者に既存のミッション源の認識または重過失によるその不認識があったかどうかを明確に問うているので、判決の述べるどころ (主観的要素をも併せ考慮する。) を場所的慣行性要件のなかだけに位置づけることは難しいようにも思われる。

なお、先住優越性が考慮されるといっても、これによって場所的慣行性が無限定に基礎づけられるものでないことは、さきにみたロートによる鍛冶ハンマー事件での前掲 (注 (58)) 連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決に対する評釈も指摘するところであった⁽¹⁴⁸⁾。ビショフスも、『イミッション私法における利用先住優越性 (Nutzungspriorität)』と題する著書のなかで⁽¹⁴⁹⁾、場所的慣行性は時的要素を内在させるものではあるが、このことは、あくまでその時々々の現時点での近隣状況を問題とするということではなく、イミッションを発する者が自分による利用方法の時的な優位を援用する可能性を認めるものではないのであって、時的要素は、ある特定の事業が地域全体を特徴づけている事案で意味をもつにすぎないとし、クレーンも、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで⁽¹⁵⁰⁾、侵害の本質性要

件や加害地利用の場所的慣行性要件の判定に際し、より早くからの利用を、その年数に基づいてだけで、より重視することは許されないとする。先住優越性が加害地利用の場所的慣行性要件のもとで考慮されるといっても、このように限定的な考慮でしかあり得ないことは衆目の一致するところである。

加害地利用の場所的慣行性要件のなかに位置づける（または、位置づけるようである）これら多数の学説に対して、少数ながらも、侵害の本質性要件のなかに位置づける学説もみられる。ヴェンツェルは、ある論文のなかで⁽¹⁵¹⁾、妨害を及ぼす土地の時的な利用先住優越性（die zeitliche Nutzungspriorität）（より早くから存在することによる、よりまさった権利（besseres Recht kraft früheren Bestehens））の観点と、妨害を受けている土地が状況に規定された事前負担を負っているという観点⁽¹⁵²⁾とは区別されなければならないとしたうえで、この後者の観点の法的位置づけ、すなわち、この観点が意義を有するのが本質性においてか、場所的慣行性においてか⁽¹⁵³⁾、あるいは、相隣上の共同体関係から導かれる特別の受忍義務においてかは不明で、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決はこのことについて十分に説明していないが、これは、既存のイミッション源を認識しながら、または、重過失によりこれを認識せずに、その近隣に住み着く者に対しては、許容される基準値を超えないイミッションは、一般的には本質的でないと扱われるというふうに、本質性の検討に位置づけられるべきであるとする。すなわち、ヴェンツェルは、学説の多くは、場所的慣行性の検討に位置づける⁽¹⁵⁴⁾が、状況に規定された事前負担が侵害を受ける土地についてであるのに対し、場所的慣行性は妨害を及ぼす土地についてであって、妨害を及ぼす土地の利用が場所的慣行的でないときにも事前負担原則はかかってこなければならないので、場所的慣行性の検討に位置づけることは正しくないとする。ユリスの実務民法コンメンタール（第 4 版）⁽¹⁵⁵⁾やフィーヴェックやヴェルナーによる物権法の概説書（第 3 版）⁽¹⁵⁶⁾も、鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判

所 2001 年 7 月 6 日判決について、侵害の本質性要件のもとで先住優越性思想 (Prioritätsgedanken) を考慮に入れたものとみ、これを支持するようである。

もっとも、侵害の本質性要件に位置づけるこうした立場は、あまり支持を得ていない。鍛冶ハンマー事件での前掲（注(58)）連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決について、ロートによる評釈⁽¹⁵⁷⁾ は、鍛冶工場の騒音は、30 年以上前から操業していたことによって非本質的なものとなるわけではなく、判決が先住優越性 (Priorität) の問題を侵害の本質性問題と混同しなかったことは支持され、この点で、前掲（注(51)）連邦通常裁判所 2001 年 6 月 21 日判決の述べるところは不明瞭であったとするし、シュタウディンガーの民法コンメンタール (2002 年版) の BGB 906 条についての注釈 (執筆者はロートである。)⁽¹⁵⁸⁾ も、先住優越性 (Priorität) は、すでに本質性のところで考慮するのではなく、場所的慣行性の問題のところにも位置づけるべきであるとする。

先住優越性を侵害の本質性要件に位置づけることに、このように明確に反対するロートではあるが、しかし、そのロートにしても、性格や保護適性が相異なる地区がぶつかっていることを理由に被害地の事前負担を考慮することは体系適合的で (その理由として、ロートは、本質性については、所与の場所的状況から切り離された平均人が基準となるのではなく、当該土地 (その具体的性状に着目されたものとしての。) の平均的利用者が基準となることをいう。)、古くからの操業により鍛冶工場の騒音が非本質的なものとなるわけではないことと、被害地の事前負担を考慮することとの間に矛盾はないとする⁽¹⁵⁹⁾。先住優越性の観点と被害地の事前負担の観点とが区別されるべきことは、上記のようにヴェンツェルによっても指摘されるが、先住優越性が被害地の事前負担やさらには共同責任とは相異なる考え方であることをより明確に説明しようと試みるのがクレーンである。すなわち、クレーンは、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで⁽¹⁶⁰⁾、先住優越性思想 (Prioritätsgedanke) を、隣人紛争の一方当事者

が、他方当事者よりもより早くに利用を始めた、または、土地に住み着いたという事実のみに基づいて、BGB 906 条 1 項 1 文の侵害の本質性、BGB 906 条 2 項の場所的慣行性、または、BGB 906 条 2 項 2 文の期待可能性の各概念の解釈において、優遇されることと理解したうえで、状況に規定された事前負担は土地の場所的状況のみを指向し、利用開始時の時的順番にかかわらないので、より早くに利用が始まった土地についても、状況に規定された事前負担をいうことができ、実際、前掲(注(43))連邦通常裁判所 1993 年 2 月 5 日判決の事案がそうであったし、また、共同責任は、時的先住優越性 (die zeitliche Priorität) だけでは基礎づけられず、状況に規定された事前負担と同様、先住者についても、隣地での衝突的利用の予見可能性があれば共同責任をいうことができるとする。

7 責任軽減的処理の可能性

これまでみてきたように、ドイツでは、金銭による補償請求の場面は別として、イミッシオンからの私法上の保護において先住優越性を認めない、いわば先住優越性否定法理とでもいうべき考え方が、ライヒ裁判所時代以来、裁判例上、確立され、学説でもこれが通説と目されていた。もっとも、その一方で、近年では、この法理に対抗する論理をいう裁判例があらわれ、また、学説でも、先住優越性否定法理は必ずしも一致しては支持されなくなっている。もっとも、そこで論じられてきたのは、先住後住関係から先住加害者をその責任からすべて免れしめることの、すなわち免責の是非であった。責任を完全に免れさせずとも、先住後住関係からその責任を一部軽減するという責任軽減的処理がいわれることはなかったのであろうか。

テニスコートポプラ根っこ事件での前掲(注(53))連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決は、**3** にみたように、ポプラの木の根っこが隣地に入り込んでテニスコートに反りなどを生ぜしめたという事案で、BGB 1004 条 1 項に基づく根っこの除去とテニスコートの原状回復の請

求に対し、損害賠償での過失相殺を規定する BGB 254 条の適用可能性を肯定した。判例は、古くから、妨害を受けた所有者が、侵害をみずから除去したあとに、これにかかった費用の払戻しを求めた事案で、BGB 254 条の適用可能性を肯定してきた⁽¹⁶¹⁾ ところであるが、判決は、本件でのように侵害の除去そのものが求められた場合についても、同様に解することができるとしたのである⁽¹⁶²⁾。

侵害の除去そのものが求められる場合についても BGB 254 条の適用可能性を肯定する理由として、判決は、侵害を受けた所有者が侵害をみずから除去したあとに費用償還を求めるときはその一部分しか認められないのに、除去そのものを求めれば全部が認められるというのは納得がいかないことをいうとともに、除去請求権が範囲的に損害賠償請求権に近似することをいう。すなわち、判決によれば、BGB 1004 条に基づき侵害の除去を求める原告の請求権は、根っここの除去だけでなくテニスコートの原状回復をも内容とするとされ⁽¹⁶³⁾、除去請求権をこのように拡張的に解釈する⁽¹⁶⁴⁾ ときは、除去請求権は範囲的に損害賠償請求権に近似するので、BGB 254 条を類推適用する必要がある、法技術的な問題解決は、損害を分配すべき必要性に劣後するというのである。

もっとも、金銭の支払いではなく侵害の除去そのものを内容とする請求権に BGB 254 条を類推適用しようとする、侵害の除去そのものを内容とする請求権をどのように削減するか、その方法が問題となる。原審も原告に共同責任があることを認めていたが、原審は、原告は被告に対し生じた費用の半額を払い戻さなければならないとの補足を付して原告の請求を認容していた。判決は、原告による費用分担を確認することで除去請求権を制限する原審のこの方法を支持する。判決は、除去費用が最終的にどのぐらいかかるかはなお不明だし、一部分のみの除去や両当事者共同しての除去を判決で命じることも実際的でないなどとして、他により良い方法がみられないというのである。

テニスコートポプラ根っこ事件での前掲（注(53)）連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決は、このように、侵害の除去そのものが求められる

ときにも、BGB 254 条を類推適用することで責任軽減的処理を行うことの可能性を肯定する⁽¹⁶⁵⁾が、学説では、BGB 1004 条による差止請求権に BGB 254 条の類推適用を認める判例のこうした立場に対して、これを支持する見解もみられるものの、批判も強い。本判決に対する評釈にかぎってみても、メディクス⁽¹⁶⁶⁾、ロート⁽¹⁶⁷⁾など⁽¹⁶⁸⁾がこれに反対し、たとえばロートによれば、BGB 1004 条は、BGB 903 条による財貨帰属秩序に符合する状態を作り出すもので、BGB 1004 条による請求権は分割不可能なので、BGB 254 条は適用できないとされる。判決がしたように、除去請求権を貫徹させ、妨害を受けている者にその費用を分担させることも、上記の任務に同様に反しており、妨害を受けている所有者に違法な私的取用を行う結果となると批判される。

もっとも、判決を批判するこのような立場では、BGB 254 条の適用否定は、本件でテニスコートの原状回復費用も含めて約 37 万マルクに及ぶ巨費を被告がまるまる負担しなければならないことを意味するわけではない。たとえばロートは、本件で BGB 1004 条により請求できるのは、入り込んだ根っこを取り除きテニスコートの地面を地ならしすることだけで、テニスコートの原状回復までは BGB 1004 条 1 項 1 文によっては求めることはできず、この部分については、BGB 823 条 1 項による過失責任としての不法行為責任が問題にはなるが、これも本件では被告に過責がないので、認められないというのである。

判決は、除去の範囲を広く解したため、BGB 1004 条 1 項による除去請求権が過失の有無を問わない損害賠償請求権と化してしまい、判決自身、これを行き過ぎと感じて、責任制限のため BGB 254 条の類推適用を認めざるを得なかったという経過がある⁽¹⁶⁹⁾。除去の範囲を反対説のいうように限定的に解していれば、BGB 254 条の類推適用にはいたらなかったやもしれないのである⁽¹⁷⁰⁾。このようにみえると、責任軽減的処理の可否の問題について、本判決が有する意義はあまり大きくないともいえよう。

それでは、BGB 906 条 2 項 2 文による金銭による補償請求（本稿はじめにでみた《3》の場合）の場面ではどうであろうか。金銭債権なので

責任軽減的処理が可能なのだろうか。先住後住関係が問題とされたものではないが、参考になる裁判例をいくつか紹介しておこう。

連邦通常裁判所 1967 年 12 月 22 日判決⁽¹⁷¹⁾は、連邦道路沿いの住民が道路騒音から免れるため自宅を建て増して寝室を道路反対側に移した費用の補償を国に対し求めた事案についてのものである⁽¹⁷²⁾。原告の家屋は数十年來のものだが、道路との先住後住関係は不明である。原告の家屋の形状は特殊で、原告は、山すそが迫っていて敷地が狭く、裏側に窓を、したがって居室を設けることができなくて、道路側に面した部屋で就寝せざるをえなかったと主張していた。原審は、このことは原告の領域に属することであるとして、出費の半額をあらかじめカットし、残る半額についてのみ補償の是非を検討し、結論としてはあまり額が大きくないことを理由に補償を否定する⁽¹⁷³⁾。判決は、このような処理は通常の損害賠償請求権であれば、原則的に完全賠償が認められ、共働原因があるときは (BGB 254 条) そこからカットをするというふうに許されるが、BGB 906 条 2 項 2 文の補償請求では、補償が認められるか、認められるとしてその金額いかんという問題につき、最初からすべての事情が衡量され、したがって、この衡量は単一的にのみなされ、原審がしたように、段階的にはなされ得ないという。すなわち、出費された金額について、受忍すべき限度が超えられているかどうかを問うべきで (原告は 1 万 DM を支出していたので、受忍の期待可能性問題において基準となるのはこの 1 万 DM であってその半額の 5000 DM ではないと判決はいう。)、もしこの問いが肯定されるのならば補償請求はその請求原因につき正当と認められるべきであり、その額はすべての事情の考慮のもとに決せられるというのである。

判決は、原告の家屋の特別の形状が被害を共働惹起したという事情が、実際に額の算定に際して斟酌されるのかどうかは明言していない (判決は、額についてはすべての事情が考慮されて決せられるというのみである。)⁽¹⁷⁴⁾ が、被害地所有者による共働惹起という事情が額の算定において斟酌され、責任軽減的処理がされることは、近年の裁判例の明言する

ところである。

連邦通常裁判所 1987 年 9 月 18 日判決⁽¹⁷⁵⁾ は、斜面に建てられた戸建て住宅が地滑りにより居住不能となった事案についてのものである。被告市町村が業者に行わせた排水路建設で 4～5 m の深さを掘削したことが斜面の安定度を低めるのに寄与していた。判決は、住宅の所有者からの損害賠償請求は、BGB 906 条 2 項 2 文の類推適用による無過失の補償請求権として認められる可能性があるとして、原判決（請求を棄却していた。）を破棄し事件を原審に差し戻す。それに際して、判決は、原告の土地が損害を受けやすい状態であったことや、また、新築工事で土地が揺れたことが地滑りに寄与したことで請求権が軽減される可能性があるとする。なかでも、判決は、新築工事で土地が揺れて原告が地滑りに寄与したことに有責性がなくても BGB 254 条 1 項が補償請求権に類推適用され、原告は、BGB 906 条 2 項 2 文の類推適用により衡平な補償を受けるだけで、その点では、最初からすべての事情が衡量される⁽¹⁷⁶⁾ ので、被告が原告に対し無過失の賠償責任を負い、原告自身の損害への寄与が顧慮されないというのは、正当でないというのである。

また、連邦通常裁判所 1992 年 6 月 25 日判決⁽¹⁷⁷⁾ は、宅地の市道との境界上に、約 100 年前に設けられた壁があって、市道の車道と壁との間の緑地帯の樹木の根っこが壁の継ぎ目に入り込んだため、壁が倒壊した事案についてのものである。宅地の所有者が新しく壁を設けるのにかかった費用の賠償を被告市に求めたのに対し、判決は、BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求権を肯定し、しかし、原審による額の算定に問題があるとして、原判決（請求を一部認容していた。）を破棄し事件を原審に差し戻すが、それに際して、大要、以下のようである。

壁がすでに 1956 年に傾いていたことが、請求権を完全には排除しないものの、減じる可能性がある⁽¹⁷⁸⁾。相隣法上の補償請求権の算定に際しては、被害地が瑕疵ある状態にあり、そうでなければ損害が生じなかったであろう、あるいは、実際に生じた範囲では生じなかったであろうということも考慮しなければならない⁽¹⁷⁹⁾。土地所有者に認められ

る法的地位は、損害を受けやすい性状の土地では、そうでない土地よりもより弱くなり、したがって、作用を受ける土地が損害を受けやすい状態であったことは、賠償請求権を減じる⁽¹⁸⁰⁾。

学説も、BGB 254 条に明示的に言及するかどうかは別として、責任軽減的処理の可能性をいう。たとえば、ゾエゲルの民法コンメンタール(第 13 版)⁽¹⁸¹⁾ は、BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求権の額については、個別事案のすべての事情が、所有者の共働過責、共働惹起も含めて考慮されて決せられるとし⁽¹⁸²⁾、パーラントの民法コンメンタール(第 68 版)⁽¹⁸³⁾ も、BGB 254 条は、補償請求権者による共働惹起に有責任がなくても適用可能である⁽¹⁸⁴⁾、ユリスの実務民法コンメンタール(第 4 版)⁽¹⁸⁵⁾ も、受忍の期待可能性の衡量において、客観的な惹起度に関し BGB 254 条が類推適用されるとする。

むすびに代えて

本稿を閉じるにあたって、まず最初に、ドイツにおける裁判例の動向を大きく振り返っておこう。ドイツ法では、生活妨害からの私法的救済として差止めが請求される場面と、加害地利用の場所的慣行性により差止請求が認められないので、金銭による補償が請求される場面とをまず区別する必要がある。後者の BGB 906 条 2 項 2 文に基づく金銭による補償請求の場面では、かねてから、先住後住関係が基本的に考慮され、後住の被害地所有者からの補償請求は認められにくい傾向にあった(5)。

これに対して、差止請求そのものの可否が問題とされる前者の場面では、すでに戦前のライヒ裁判所の時代から、先住優越性否定の法理が確立されていて、これが戦後、連邦通常裁判所にも継承される(1)。しかし、その一方で、先住優越性否定法理に対抗しうべき論理となる考え方が登場してきて、その一つが、青少年キャンプ場事件での前掲(注(43))連邦通常裁判所 1993 年 2 月 5 日判決に代表される被害地の事前負担をいう考え方であり(2)、もう一つが、テニスコートポプラ根っこ事件での前掲(注(53))連邦通常裁判所 1997 年 4 月 18 日判決に代表される、

みずからの土地への侵害をわかっていながらあえて (sehenden Auges) 誘発したという被害地所有者の主観的事情から、過失相殺規定を援用してその請求権の制限を導く考え方である(3)。これら二つの考え方を集大成したともいえるのが、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決であった(4)。

もっとも、事前負担法理にしても過失相殺規定の援用にしても、先住優越性否定法理を全否定するものではなく、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決も、差止請求の場面で先住優越性否定法理がなお妥当することを前提としつつ、これに制約を加えるものでしかなかった。

こうして、判例は、差止請求の場面でも先住優越性を限定的にはあれ考慮する結論を示すにいたったのであるが、判例のこうした展開を学説はどう評価したか。先住優越性否定法理に疑問を呈する動きは、すでに古くから一部にみられていたところ、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決があらわれて、学説の多くが、判例が差止請求の場面で先住優越性を考慮したことを——少なくとも結論的には——支持するにいたる。

しかし、先住優越性を考慮するにしても、差止請求の可否を判断する枠組みのなかで理論的にどこに位置づけるべきかは、——加害地利用の場所的慣行性への位置づけをいう見解が多数であるものの——、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決の判示が一義的でないこともあって、なお帰一しない。それから、学説も、先住優越性を考慮するといっても、先住後住関係だけで差止請求の可否を決する趣旨でないことは判例と同様である。また、先住優越性を考慮すること自体への反対も、学説ではなお根強い(6)。

ところで、ドイツで先住優越性がいわれるとき、論ぜられるのは、先住後住関係から先住加害者をその責任からすべて免れしめるところの免責の是非がその中心であった。これに対して、責任を完全に免れさせずとも、先住後住関係から先住加害者の責任を一部軽減するという責任軽

減的処理については、それほど精力的には論じられていない⁽¹⁸⁶⁾ものの、差止請求として、(侵害をみずから除去したあとの費用償還でなく)侵害の除去そのものが求められた事案で、責任軽減的処理の可能性を明言する裁判例もみられる一方で、差止請求権の法的性質を理由とする学説からの批判も強かった。なお、BGB 906 条 2 項 2 文に基づく金銭による補償請求の場面では、判例・学説とも責任軽減的処理を是認するようである(7)。

ちなみに、先住優越性は、これまでみてきたように、加害者がこれを援用してその責任を否定ないし軽減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るが、被害地所有者が先住であるときにそのことが被害地所有者の請求に有利に働くかというかたちで問題とされることもある。ここで簡単に紹介しておこう。

すでに戦前のライヒ裁判所でも、被害地所有者が先住であった事案で、前掲(注(25))ライヒ裁判所 1937 年 3 月 10 日判決は、いわゆる先住優越性(Prävention)を考慮してしまうと、あらゆる進展が阻害されるであろうとしていた⁽¹⁸⁷⁾。戦後、前掲(注(39))連邦行政裁判所 1989 年 1 月 19 日判決のように、スポーツ施設からの騒音を理由とする近隣住民からの差止請求を一部認容するに際し、先住優越性の語は用いないが、そのスポーツ施設の特殊事情の一つとして、その設置が居住地区ができて長らくたってからであったことをいうものがみられる一方で、前掲(注(43))連邦通常裁判所 1993 年 2 月 5 日判決のように、被害地所有者が先住であった事案で、同様に先住優越性の語は用いないが、外部地域(Außenbereich)の端に位置する土地の所有者は、自分の近隣でイミッシェンを生ぜしめる利用がされないとか、純粋な居住利用がされるとは期待することはできず、性格や保護適性が相異なる地区がぶつかる領域では、土地利用にはある特殊な相互的配慮義務がともなっているという原則は本件でも妥当するとし、その理由として、そのように解さないと、性格や保護適性が相異なる地区間の境の領域の土地所有者に、すべてが現在あるがままであり続けることを求める請求権を認める結果となる

が、そのような請求権は認められないというものもみられる⁽¹⁸⁸⁾。このように、先住の被害地所有者による先住優越性の援用が許されるかどうかというかたちで、先住優越性が論じられることもあったが、そこでは、先住の加害地所有者によって援用される場面ほどには、先住優越性問題は、精力的には扱われていないようである⁽¹⁸⁹⁾。

以上のようにドイツでの判例・学説の動向を整理できたとして、最後に若干感想めいたことを述べて、むすびに代えたい。まず第一に、先住優越性否定法理にはやはり硬直性が否めないことである。すでに戦前のライヒ裁判所時代から判例・学説上、先住優越性否定法理には揺らぎのきざしがみられていた⁽¹⁹⁰⁾が、戦後、連邦通常裁判所の時代を迎え、学説に先住優越性否定法理に疑問を呈する立場がさらに目につくようになるなかで、判例も鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決で転回をみせるにいたったのである。

第二に、とはいえ、先住優越性否定法理が全否定されなかったことは、積極的に評価されるべきである。テニスコートポプラ根っこ事件での前掲(注(53))連邦通常裁判所1997年4月18日判決にしても、鍛冶ハンマー事件での前掲(注(58))連邦通常裁判所2001年7月6日判決にしても、先住優越性否定法理の妥当を前提としつつも、被害地所有者がわかっていながらあえて(sehenden Auges)侵害を誘発したという事案での事情から、差止請求権が制限されるべきことをいうにすぎなかった。先住優越性の考慮を是認する学説も、先住後住関係だけで差止請求の可否を決する趣旨ではなかったし、先住優越性の否定を主張する学説もおみられた。先住後住関係を安易に考慮しがちな素朴な感覚を戒めるものといえよう。レーテルは、「相隣私法における先住優越性(Priorität)の思想」と題する論説のなかで⁽¹⁹¹⁾、先住優越性(Priorität)の原則は、法諺から法原則への梯子を登ることができなかった、先住優越性思想(Prioritätsgedanke)は、もっともらしくあればあるだけ、その分原始的でもあると評する⁽¹⁹²⁾。

第三に、先住優越性の否定という基本線が維持されつつも、後住の被

害地所有者からの差止請求への制約を生ぜしめる、わかっていながらあえて (sehenden Auges) という主観的事情は、わが国で大阪国際空港公害訴訟の最高裁昭和 56 年 12 月 16 日判決が危険への接近の理論による免責のための要件として示した、航空機騒音の存在の認識とこれによる被害の容認に文言上、相当しよう。もっとも、わが国では、実際に被害の容認があったとして免責を肯定した裁判例はほとんどみられない⁽¹⁹³⁾ ところ、ドイツでの状況はこれとはやや対照的である。被害の容認がドイツでは容易に事実認定されているというつもりは毛頭ないが、危険への接近の理論がもはや責任軽減法理としてしか妥当せず、免責法理としてのそれがすでに過去のものとなっている日本法とは異なって、先住後住関係による責任軽減が相対的に免責ほどには重みをもって扱われていないドイツでは、被害の容認による免責の是非が実際問題としてなお争点なのであろう。わが国であれば、もし同様の事案が起きたとしても(なお、わが国であれば、不法行為を理由とする損害賠償請求というかたちで問題となるであろう。)、責任の全否定という結論にはならなかったのではあるまいか。

第四に、上に指摘したことの繰り返しになるが、責任軽減的処理が、わが国におけると異なり、相対的に免責的処理ほどには重みをもって扱われていないことが目をひく。不法行為を理由とする損害賠償でなく、差止請求として論じられることからする難しさがドイツ法にはあるわけだが、たしかに、責任軽減的処理を基本的に用いず、責任の全肯定か全否定かという悉無律的判断を追求するドイツ法のあり様には、柔軟性を欠き事案解決に妥当性を保てないかの印象を禁じ得ない。しかし、わが国で、先住加害者の責任を全否定はしないが、責任を軽減することで後住被害者にも一定の負担を課する傾向が一時期、裁判例において定着しつつあった⁽¹⁹⁴⁾ とき、なにゆえ後住者に損失の一部であれ負担を求めることが正当化されるのか必ずしも十分に詰められていなかった⁽¹⁹⁵⁾ ことを想うと、先住優越性を承認しないという基本線をギリギリまで維持しようとするドイツ法の態度には、われわれとしてもなお学ぶところが

あるとはいえまいか。

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 卷 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に——」札幌学院法学 25 卷 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) イミッシオン (Immission) とは、BGB 906 条によれば、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的作用 (Einwirkungen) をいう。
- (5) Jörg Neuner, Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP Bd.203 (2003), S.48.
- (6) Volker Bischofs, Die Nutzungspriorität im privaten Immissionschutzrecht, 2006, S.41.
- (7) このことについては、拙著「ドイツ・イミッシオン法における『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——」札幌学院法学 25 卷 2 号 (平成 21 年) 2 頁を参照。
- (8) 拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 1~59 頁。
- (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』『山崎正男・五十嵐清・藪重夫古稀記念 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) 原文は以下のとおりである。

§ 906 Zuführung unwägbarer Stoffe

(1) 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. 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.)

(2) Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche 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 ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

(3) Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

(11) BGB 1004 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.)

(12) 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。

(13) 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 (注(12)), § 906 Rn.57 und 105、Erman/Lorenz (注(12)), § 906 Rn.6、Herbert Roth, Zur Bedeutung des § 906 BGB für deliktische Schadensersatzansprüche - BGH, NJW-RR 2001, 1208, JuS 2001, 1161-1162、沢井裕『公害の私法的研究』(昭和44年) 5～7頁、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミシオン法の展開 (一)」東京都立大学法学会雑誌 26 卷 2 号 (石村善助教授退職記念号) (昭和60年) 580頁、大塚直「生活妨害の差止に關

する基礎的考察 (六) — 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 104 卷 9 号 (昭和 62 年) 84 頁注 290、中村哲也「イミッシオ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 卷 6 号 (広中俊雄教授退官記念号) (平成 2 年) 116 頁を参照。

- (14) 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.)」。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つての危険、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) イミッシオンをいう (同法 3 条 1 号)。同法についての邦語文献として、さしあたり、中山充「今世紀におけるドイツ・イミッシオン法の発展 (三・完) — ドイツ・イミッシオン法の形成・発展および機能 その二 —」民商法雑誌 74 卷 6 号 (昭和 51 年) 59~60 頁、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミッシオン法の展開 (二・完)」東京立大学法学会雑誌 27 卷 1 号 (昭和 61 年) 380~386 頁を参照。成田頼明「連邦インミッション防止法とこれに基づく大気汚染・騒音の規制 (西ドイツの環境法制 II)」季刊環境研究 18 号 (昭和 52 年) 74~92 頁、熊本信夫・萩野聡「西ドイツの環境法」加藤一郎編『外国の公害法 下 — 公害法の研究 IV —』(昭和 53 年) 419~450 頁、藤村和夫「連邦イミッシオン防止法 (特集 世界各国の環境関連法制に係る邦訳調査 2 ドイツ 2)」季刊環境研究 108 号 (平成 10 年) 30~53 頁を参照。

- (15) 連邦イミッシオン保護法 14 条は、以下のとおり規定する。

私法上の差止請求権の排除 (Ausschluß von privatrechtlichen Abwehransprüchen)

ある土地による近隣の土地への不利益な作用を差し止めるべき私法上の、特別な権原に基づかない請求権に基づいては、その認可を争うことができない施設の操業の停止を求めることはできず、不利益を及ぼす作用を排除する防護措置を求めることができるだけである。この防護措置が技術水準によりとり得ないか経済的に是認できない場合は、損害賠償のみを求めることができる。(Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die

Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen. Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadenersatz verlangt werden.)

同条については、さしあたり、Fritz Baur, Sachenrecht, fortgeführt von Jürgen F. Baur und Rolf Stürner, 18.Aufl. 2009, § 25 Rn.30-33, S.327-330、Staudinger/Roth(注(12)), § 906 Rn.20-26、Erman/Lorenz(注(12)), § 906 Rn.64 (bearbeitet von Arndt Lorenz)、Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 14 BImSchG (bearbeitet von Jürgen Kohler)、Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 7.Aufl. 2007, § 14、Harm Peter Westermann, BGB-Sachenrecht, 11.Aufl. 2005, Rn.100-102, S.52-53、Wolfgang Brehm und Christian Berger, Sachenrecht, 2.Aufl. 2006, § 6 Rn.21-24, S.94-95、Klaus Vieweg und Almuth Werner, Sachenrecht, 3.Aufl. 2007, § 9 Rn.30, S.288、Hanns Prütting, Sachenrecht, begründet von Friedrich Lent, fortgeführt von Karl Heinz Schwab, 33.Aufl. 2008, Rn.337, S.126、中山・前掲(注(14)) 民商法雑誌 74 卷 6 号 43~44 頁、神戸・前掲(注(14)) 東京都立大学法学会雑誌 27 卷 1 号 383~384 頁、大塚・前掲(注(13)) 法学協会雑誌 104 卷 9 号 42、62 頁、山下竜一「ドイツにおける許可の私法関係形成効(二) — わが国の公定力との関係を中心に —」大阪府立大学経済研究 42 卷 3 号 (平成 9 年) 156~152 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) — ドイツ相隣法の考察 —」早稲田法学 74 卷 4 号 (平成 11 年) 298 頁、303 頁注 12、13 を参照。

- (16) その内容は完全な損害賠償 (voller Schadenersatz) で (さしあたり、Staudinger/Roth (注(12)), § 906 Rn.77、Jarass, BImSchG (注(15)), § 14 Rn.27.)、条文上も Schadenersatz という語が用いられる。これに対して、BGB 906 条 2 項 2 文による補償は、条文上、einen angemessenen Ausgleich in Geld という語が用いられ、その内容については、議論があるものの、一般には、完全な損害賠償ではなく、衡平に基づく補償 (Billigkeitsentschädigung) であるなどといわれる (さしあたり、Staudinger/Roth (注(12)), § 906 Rn.73, 262 und 263.)。このことについての邦語文献として、沢井・前掲(注(13)) 『公害の私法的研究』51 頁注 4、54 頁、神戸・前掲(注(14)) 東京都立大学法学雑誌 27 卷 1 号 359~361 頁を参照。
- (17) Alternativ-Kommentar zum BGB, 1983, § 906 Rn.35 (bearbeitet von Gerd Winter)、Baur/Stürner, Sachenrecht (注(15)), § 25 Rn.42, S.334、Prütting, Sachenrecht (注(15)), Rn.340, S.128-129、Vieweg/Werner,

Sachenrecht (注(15)), § 9 Rn.34, S.293 に掲載されている表を参考にした。
(18) なお、BGB 906 条にいうイミッションは、本文でさきに紹介したような同条に例示される不可量物 (計量し得ないもの) と称されてきたものによることが必要と解されているので、たとえば採石場から飛来する石など計量可能な固体には同条の受忍義務は生ぜず、BGB 1004 条による差止請求が可能である。逆に、隣地での醜悪な光景や売春宿の営業などで人の道徳的ないし美的感覚が侵害される観念的イミッションや、通風や日当たり、眺望などが奪われるという消極的イミッションについては、議論があるが、そもそも BGB 1004 条により差止請求することはできないと伝統的には解されている。以上のことについての邦語文献として、さしあたり、沢井・前掲(注(13))『公害の私法的研究』12~13、60~62 頁、中山充「今世紀におけるドイツ・イミッション法の発展 (一) — 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) 47~52 頁、神戸・前掲 (注(13)) 東京都立大学法学会雑誌 26 巻 2 号 580~582 頁、大塚・前掲 (注(13)) 法学協会雑誌 104 巻 9 号 16~18 頁、秋山・前掲 (注(15)) 早稲田法学 74 巻 4 号 292 頁を参照。

(19) 連邦イミッション保護法 14 条 2 文の規定する、不利益を及ぼす作用を排除する防護措置が技術水準によりとり得る経済的に是認できるかどうかという要件にかかわっては、その経済的な是認可能性の判定が当該施設経営者の状況に即して個別的・主観的であるべきか、それともそうではなくて一般的・客観的であるべきかについて議論があり (Gerhard Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht Bd. 1 Teil I, Loseblattausgabe, 85. Lieferung 1999, § 14 BImSchG Rn.98 (bearbeitet von Gerald Spindler), Michael Kotulla, Bundes-Immissionsschutzgesetz, Loseblattausgabe, 4. Lieferung 2004, § 14 Rn.42 (bearbeitet von Anette Guckelberger), Robert von Landmann und Gustav Rohmer, Umweltrecht Bd. I, Loseblattausgabe, 45. Lieferung 2005, § 14 BImSchG Rn.60 (bearbeitet von Eckard Rehlinger), Staudinger/Kohler (注(15)), § 14 BImSchG Rn.21-22, Carl Hermann Ule (fortgeführt von Hans-Werner Laubinger), Bundes-Immissionsschutzgesetz, Loseblattausgabe, 149. Lieferung 2006, § 14 Rn.D 18 (bearbeitet von Ulrich Storost), Jarass, BImSchG (注(15)), § 14 Rn.15.), 後者の立場が有力である。これを一般的・客観的に解する後者の立場からは、連邦イミッション保護法 14 条 2 文にいう上記の要件と、BGB 906 条 2 項 1 文の規定する、本質的な侵害を回避できる措置がこの種の土地利用者に経済的に期待可能かどうかという要件との間に本質的な差異はないと指摘される (Staudinger/Kohler (注(15)), § 14 BImSchG Rn.40, AK-BGB/Winter (注(17)), § 906 Rn.32, 64 und 65. Feldhaus/Spindler, BImSchR, § 14 BImSchG Rn.98, Kotulla/

Guckelberger, BImSchG, § 14 Rn.42、Ule/Laubinger/Storost, BImSchG, § 14 Rn.D 18 Fn.82 をも参照。) が、個別的・主観的に解する前者の立場からは、両要件は相異なるものとして理解されることになる (RGR-Kommentar zum BGB, 12.Aufl. 1979, § 906 Rn.60 (bearbeitet von Georg Augustin))。ちなみに、立法者は両要件を同一内容のものとして理解するようである (Bundestags-Drucksache 10/3556, S.18. Kotulla/Guckelberger, BImSchG, § 14 Rn.42、Landmann/Rohmer/Rehbinder, Umweltrecht Bd.1, § 14 BImSchG Rn.60 をも参照。)

なお、両規定の要件の充足関係について、Jan Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn.792-793, S.320-321 に若干詳細な説明がある。これによれば、BGB 906 条 2 項 1 文にいう、この種の土地利用者に経済的に期待可能な措置を考え得るときは、そうした措置は、連邦イミッション保護法 14 条 2 文の意味で、技術水準によりとり得て経済的に是認できるので、本文の表の《c-2》の場合は本表の《c'》のなかで防護措置請求権のみが認められ、損害賠償請求権は認められない。本表の《c'》のなかの損害賠償請求権が問題となるのは本表の《c-1》の場合のみである。ただし、逆は必ずしも真ならずで、イミッションを発する者からみれば、防護措置が、連邦イミッション保護法 14 条 2 文の意味で、技術水準によりとり得て経済的に是認できるときでも、防護措置が、BGB 906 条 2 項 1 文の意味で、この種の土地利用者に経済的に期待可能でないときは、本表の《b》の場合となり、連邦イミッション保護法 14 条はかかってこない。

(20) 同条については、拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 44~45 頁注(57)を参照。

(21) RG Urteil vom 12.12.1900, Gruchot Bd.45 (1901) Nr.91, S.1013-1016 = JW 1901, 19 (Nr.30) = SeuffArch Bd.56 (1901) Nr.104, S.181-183 = Brassert, Zeitschrift für Bergrecht Bd.42 (1901), S.332-335.

(22) これらのことについては、拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 1~59 頁を参照。

(23) BGHZ 15, 146-151 = LM Nr.2 zu § 906 BGB (LS) mit Anm. von Pritsch = NJW 1955, 19-20.

(24) 判決は、営業法 26 条により過責証明の不要な損害賠償請求権を認める。

(25) 判決はこのことをいうに際し、ライヒ裁判所 1906 年 11 月 24 日判決 (RGZ 64, 363-366)、ライヒ裁判所 1937 年 3 月 10 日判決 (RGZ 154, 161-167 = JW 1937, 1237-1239 (Nr.8) mit Anm. von Wolfgang Büttner) およびライヒ裁判所 1940 年 1 月 4 日判決 (RGZ 162, 349-360) を援用する。これらの判決については、拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 20~21 頁、22~23 頁、27~29 頁をそれぞれ参照。

- (26) JZ 1969, 635-637=LM Nr.32 zu § 906 BGB=MDR 1969, 744=WM 1969, 1042-1046.
- (27) 判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲（注(23)）連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決を援用する。
- (28) 判決はこれに続けて、被害地は、原告の入居時にはじめて居住目的に供されたのではなく、したがって、土地の利用の変更があったのではなく、利用者の変更があっただけで、それゆえ、被告が先住優越性の観点を援用することは一層不可能であるとも指摘する。
- (29) BGHZ 60, 235-243=JZ 1973, 558-560 mit Anm. von Fritz Baur=LM Nr.124-127 zu § 1004 BGB (LS) mit Anm. von Mattern=MDR 1973, 395-396=NJW 1973, 703-705.
- (30) 判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲（注(26)）1969 年 6 月 6 日判決の参照を指示する。
- (31) AgrarR 1972, 259-260 mit Anm. von Berthold Peinemann und Heinz Vetter.
- (32) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(25)）ライヒ裁判所 1940 年 1 月 4 日判決および前掲（注(23)）連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決を援用する。
- (33) BGHZ 67, 252-254=NJW 1977, 146=WM 1977, 87-88.
- (34) 連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決のこのことについての判示は、後注(86)を参照。

連邦通常裁判所 1976 年 10 月 22 日判決は、被告の豚肥育場からの悪臭を理由に近隣の住宅団地内の土地所有者が営業の停止を求めた事案についてのものである。判決は、被告の土地利用の場所的慣行性を否定して請求を認容していた原判決を支持するが、それに際して、原審による場所的慣行性の否定に法的な誤りはなく、先住優越性の語は用いないものの、被告が豚肥育場をすでに 1952 年に設けていたのに対し、原告が土地に住宅を建てたのは 1968 年になってからであったという事情は重要でないとする。

- (35) 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と同様の方向性を示す考え方として、行政事件を扱う行政裁判所の裁判例にあらわれた、妨害者の潜在性 (Latenz) をいう考え方がある。下級審の裁判例であるが、この考え方をいうものとして特に有名なミュンスター上級行政裁判所 1956 年 10 月 16 日決定 (OVGE Bd.11 (1958), S.250-252=DVB1 1957, 867=RdL 1958, 25-26) を紹介しておこう。これは、原告の養豚場が、近隣住民からの苦情により、市長から、過度の悪臭、ハエ・ネズミ等による健康上の危険を理由にその経営を続けることの禁止を受けた事案についてのものである。原告は何十年来、農業を営んでいて、以前はその規模もずっと大きかった

が、次第に建物がごく近隣にまで建つようになってきたという経過があった。被告郡長官が不服申立てをしりぞけたので、原告は訴えを提起したが、決定は、大要、以下のように述べて、これをしりぞける。

養豚場がすでに何十年來存在する農業に源を発するからといって、違った判断にはならない。あらゆる養豚場は、一定の危険を内包していて、ただ、周囲が純粹に農業的性格を示し、事業が秩序適合的に (ordnungsmäßig) 営まれているかぎりには、その危険は甘受されなければならない。しかし、この潜在的に存在する危険は、建物建築が増え都市化が進めば現実化し、かくして、事業がその設立時、秩序適合的に (ordnungsmäßig) 営まれ今も秩序適合的に (ordnungsmäßig) 営まれていたとしても、警察上違法となる。

行政事件裁判例においてあらわれた、先住加害者を潜在的妨害者 (ein latenter Störer) とみるこの考え方は、しかし、近年では用いられなくなってきたともいわれる (さしあたり、Horst Sendler, Abschied vom „latenten“ Störer, WiVerw 1977, 94-113, Walter Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern), begründet von Christian Meisner und Heinrich Stern, bis 5.Aufl. fortgeführt von Fritz Hodes, 6.Aufl. 1982, Besonderer Teil § 39 IV 1, S.800 を参照。) し、また、その検討は、イミッションからの私法上の保護における先住優越性の肯否を扱おうとする本稿の枠を超えるものがあるので、本稿ではこれ以上、立ち入らず、その検討は他日を期したい。

(36) ビショフスは、『イミッション私法における利用先住優越性 (Nutzungspriorität)』と題する著書のなかで、このことから、本判決は個別事案のための判断余地を開いたと評する (Bischofs (注(6)), S.83)。なお、すでにライヒ裁判所時代にも、その終わり頃には、先住優越性を部分的ながら肯定するかの口吻を示す裁判例がみられていた。拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 27～29 頁を参照。

(37) 前掲 (注(21)) ライヒ裁判所 1900 年 12 月 12 日判決やライヒ裁判所 1904 年 7 月 6 日判決 (JW 1904, 487-488 (Nr.12)) など。後者の判決については、拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 19 頁を参照。

(38) なお、ライヒ裁判所時代、(当時、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について、これが否定に解されていた (拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 9～11 頁を参照。) のは、連邦通常裁判所にもそのまま引き継がれていて、前掲 (注(26)) 連邦通常裁判所 1969 年 6 月 6 日判決は、(さきには紹介しなかったが) 原告は窓を閉めたり、遮音性ある二重窓の被告の費用負担での取付けを受忍することで騒音作用の軽減に貢献する必要はないことを認める。ライヒ裁判所によれば、住民が窓を開けた

ままにすることについて、夜間については必ずしもその自由が常に認められていたわけではなかったが、判決は、ライヒ裁判所のこのような態度を批判するある学説（Bernhöft, Anm. zu RG, Urteil vom 19. 11. 1931, JW 1932, 401. 拙稿・前掲（注（7））札幌学院法学 25 卷 2 号 42 頁注（41）を参照。）を支持して、所有者は自分の所有物を、自分が適切と思うように使用することが許され、むしろ妨害者が隣人のそのような使用を侵害する場所的に慣行的でない騒音を停止すべきであるとするのである。

同趣旨の判示は、他にも連邦通常裁判所 1983 年 11 月 11 日判決（DVBl 1984, 472-473 mit Anm. von Karl August Bettermann=NJW 1984, 1242-1243）や連邦通常裁判所 1990 年 3 月 23 日判決（BGHZ 111, 63-75=DWW 1990, 167-170 mit Anm. von Frank-Georg Pfeifer=JR 1991, 146-149 mit Anm. von H. Roth=JZ 1991, 91-94 mit Anm. von Johann W. Gerlach=MDR 1990, 706-707=NJW 1990, 2465-2468）にもみることができる。下級審の裁判例も含めての詳細な紹介として、Georg Gaisbauer, Muß sich der Nachbar vor rechtswidrigem Lärm schützen?, ZMR 1997, 63-64 を参照。

連邦通常裁判所 1983 年 11 月 11 日判決は、共同住宅前にバス停があるため騒音や排ガス、乗客の行為によりイミッションを受けているとして、その共同住宅の敷地の所有者（共同住宅の賃貸人でもある。）がバス会社に対し、バス停の廃止、予備的にバス停の移転などを求めた事案で、原告の土地の前のバス停がなくなるようにダイヤを改正するよう被告に命じる。それに際して、判決は、原告の家屋は一重窓で、今日の建築技術の水準からは普通である二重窓を欠いていて、交通騒音に対しとくに脆弱であるとする被告の主張をしりぞけて、原告は、自分の所有物を、所有権の範囲内で原則的に、自分が適切と考えるように使用することが許されるので、被告が生ぜしめる許されない騒音を二重窓の取付けによって防止する義務はないとする（判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲（注（26））連邦通常裁判所 1969 年 6 月 6 日判決の参照を指示する。）。

連邦通常裁判所 1990 年 3 月 23 日判決は、民族祭からの騒音を理由に、会場に隣接する宅地を所有し家族とともに居住していた者が会場の土地の賃借人である市町村に対し、その土地上で夜間に一定の音量を超える行事を行わないよう求めた事案で、請求を一部認容する。それに際して、判決は、騒音イミッションの侵害を受ける土地所有者は、自分の所有物を、自分が適切と思うように使用することが許され、違法な騒音の迷惑を防止したりその程度を減ずるために、自分の側で保護措置をとる必要はない（判決はここで、前掲（注（26））連邦通常裁判所 1969 年 6 月 6 日判決および前掲連邦通常裁判所 1983 年 11 月 11 日判決の参照を指示する。）などとして、原告は、祭りのあいだ、自分の住宅の窓を開けたままにしたり、さらにシャッターを降ろしたりする義務はない

とする。

(39) BVerwGE 81, 197-212=JZ 1989, 951-955 mit Anm. von Franz-Joseph Peine=NJW 1989, 1291-1294.

(40) 市町村による建築計画（地区詳細計画）（Bebauungsplan）では、原告の土地は純居住地区と、スポーツ施設の土地は外部地域（Außengebiet）とそれぞれ指定されていた。判決は、原審が、純居住地区用のより低い指標値ではなく、一般居住地区用の指標値によったうえで、騒音による著しい迷惑を認定し、そこでは、外部地域（Außenbereich）の端に位置する土地の所有者は、自分の近隣でイミッションを生ぜしめる利用がされないとか、純粋な居住利用がされることは期待することはできないが、自分の近隣で、居住利用とはもはや相容れない利用はされない信頼することが許されるとしていたのを支持する。

(41) BVerwGE 50, 49-60.

(42) 判決はここで、連邦行政裁判所 1971 年 4 月 16 日判決（BauR 1971, 246-248=DÖV 1971, 637-638=DVB1 1971, 756-757. ただし該当箇所はこれらの掲載誌には掲載されていない。該当箇所も載った判決文は <http://www.bundesverwaltungsgericht.de> から裁判所に請求できる。）を援用する。これは、機械工場を営む者が工場の拡張を欲して被告（ラントか連邦かと思われるが、不明。）に作業場の建築が許されるかどうか事前に照会したところ、被告が作業場は一般居住地区では妨害を及ぼすので許されないとこれを拒んだので、義務づけ訴訟を提起した事案についてのものである。原審は訴えをしりぞけたが、判決は、原審は、原告による建築計画を 1960 年 6 月 23 日の連邦建設法（Bundesbaugesetz, BGBl I, S.341ff.）34 条により許されないとするが、これまでにされてきた事実認定からはまだ確定的にはそうであるとはいえないとして、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、原審が既存の住宅建築を考慮したのは正しいが、既存の住宅建築が営業用建築の近隣にあることが考慮に入れられるべきで、利用方法が様々な境界領域に土地が所在することで、一種の平均値の形成が必要となり、ある利用方法から別の利用方法へと移り変わる領域では、両地区いずれとも、一定程度は減ぜられた他方地区の傾向を受け入れなければならないとする。

なお、上掲の連邦建設法 34 条は、現行の 2004 年 9 月 23 日の「建設法」（Baugesetzbuch, BGBl. I, S.2414 ff.）34 条と同様、すでに建築物が連たんして並んでいる場所において建築計画が許されるための要件を規定していた。

ちなみに、建設法 34 条 1 項 1 文は、市町村による建築計画（地区詳細計画）（Bebauungsplan）はないが建築が許される内部地域（Innenbereich）（すでに建築物が連たんして並んでいる場所）では、建築を行う計画が許可されるためには、それが近隣の特徴にあっていなければならないことを規定する。この近隣の特徴に対して個々の施設が刻印的な影響を及ぼすかという問題があり、こ

のことについて、連邦行政裁判所 1990 年 2 月 15 日判決（BVerwGE 84, 322-335）は、大工を営む者が、騒音を理由に近隣から苦情を訴えられて、営業監督局から操業を制限する命令を受けていたところ、作業場を拡張し、それまで開口であったのを騒音防止の引き戸を張り出させることで閉じる工事をするためなどの建築仮回答を申請したが、しりぞけられたので、建築許可を求めて訴えた事案において、原告の事業がその直接の近隣に影響を及ぼしているだけでなく、地区全体の性格を変じているかどうかが重要で、これに対して、時的先住優越性（die zeitliche Priorität）や地区の建築の歴史的経過がこの刻印的な影響に対してどのような意義をもつかの問題は本件では問題にならず、少なくとも——本件はそうであるが——建築の展開が終了しているときは、建築がどのような時的順番で展開してきたかは、現実存在する状態に対して意味をもたないとしている。原審は、基準となる周囲が原告の現時点の事業によって刻印されているとして、原告の請求を認容していたが、判決は、原審による事実認定に基づいては、そういえるかなお不明であるとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

(43) BGHZ 121, 248-256=JuS 1993, 775 mit Anm. von Karsten Schmidt=JR 1994, 61-64 mit Anm. von Herbert Roth=JZ 1993, 1112-1114 mit Anm. von Günter Hager=NJW 1993, 1656-1658.

(44) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(39)）連邦行政裁判所 1989 年 1 月 19 日判決を援用する。

(45) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(41)）連邦行政裁判所 1975 年 12 月 12 日判決を援用する。

(46) 判決はここで、前掲（注(38)）連邦通常裁判所 1990 年 3 月 23 日判決および連邦通常裁判所 1992 年 11 月 20 日判決（BGHZ 120, 239-261=EWiR § 906 BGB 1/93, 775 (LS) mit Anm. von Emil Schwippert=LM Nr.22 zu § 823 (Dd) mit Anm. von Eckard Reh binder=NJW 1993, 925-930）の参照を指示する。いずれの判決も、騒音のイミッションによる侵害の本質性を認定するに際し、行政法規による基準値の超過を拠り所とする。

(47) 判決はここで、裁判例として、前掲（注(41)）連邦行政裁判所 1975 年 12 月 12 日判決および連邦行政裁判所 1982 年 12 月 10 日判決（NJW 1983, 2460-2461=ZfBR 1983, 95-97）の参照を指示する。

連邦行政裁判所 1982 年 12 月 10 日判決は、豚や牛の肥育を行っている農家が、近隣で戸建て住宅の建築が計画されたので、事業拡大の妨げとなることを恐れて、建築計画に異議を申し立てたが、郡が建築を許可する仮回答をし、郡の法務委員会も異議をしりぞけたため訴えを提起した事案についてのものである。原告の土地は建築が原則禁止される外部地域（Außenbereich）にあったのに対し、戸建て住宅の建築が計画された土地は、市町村による建築計画（地

区詳細計画）（Bebauungsplan）はないが建築が許される内部地域（Innenbereich）（すでに建築物が連たんして並んでいる場所）にあり、原審は、この戸建て住宅を建築する計画は、連邦建設法 34 条 1 項の意味で近隣の特徴にあっていて、また、同項は隣人保護機能をもたないので、原告には差止請求権は認められないとして、請求を棄却していた。判決は、市町村による建築計画（地区詳細計画）（Bebauungsplan）のない内部地域（Innenbereich）で建築を行う計画は、配慮の必要性に反しないときのみ許すことができ、イミッションを発する外部地域（Außenbereich）での計画に近接する内部地域（Innenbereich）での計画を許可するに際しても、配慮の必要性を顧慮しなければならないのに原審はこのことに立ち入っていないなどとして、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、本件では、立法者が農業経営には外部地域（Außenbereich）を割り当てたという事情が原告側に、内部地域（Innenbereich）では一般に建築が可能とされているという事情が本件で住宅の建築を計画している者の側にあるが、この建築地にはすでにイミッションの事前負担があり、計画者がこの既存のイミッションにみずからの身をさらす意思であるということも考慮されるべきで、内部地域（Innenbereich）とイミッションを発する外部地域（Außenbereich）内の事業体の事業地との境界では、住宅建築には制限された保護しか認められず、この境界領域での保護適性は平均値の形成という意味で減ぜられることがあるとした（判決はこのことをいうに際し、前掲（注（41））連邦行政裁判所 1975 年 12 月 12 日判決の参照を指示する。）うえて、この建築地への建築が利害衝突を軽減するかたちで可能かどうか、可能であるときはどのように可能かが問題になるとする。

(48) LM Nr.92 zu § 906 BGB mit Anm. von Eckard Reh binder = NJW 1995, 132-135.

(49) 判決はこれらのことをいうに際し、前掲（注（43））連邦通常裁判所 1993 年 2 月 5 日判決、前掲（注（39））連邦行政裁判所 1989 年 1 月 19 日判決、連邦通常裁判所 1993 年 3 月 25 日判決（BGHZ 122, 76-85 = NJW 1993, 1700-1703）、連邦通常裁判所 1986 年 2 月 6 日判決（BGHZ 97, 114-126 = NJW 1986, 1980-1982）、連邦通常裁判所 1979 年 12 月 13 日判決（NJW 1980, 770-771）およびバイエルン上級行政裁判所 1992 年 11 月 9 日決定（BayVBl 1993, 688-690）を援用する。これら裁判例のうち 3～5 番目の連邦通常裁判所判決は、いずれも取用侵害を理由とする公法上の補償請求についてのもので、このことについてはのちの 5 をも参照。

連邦通常裁判所 1993 年 3 月 25 日判決は、軍用空港の騒音で土地の価値が低下したとしてその所有者が国に対し補償を求めた事案で、請求原因を正当と認めるに際して、航空騒音における取用法上の受忍の期待可能性の限界を定めるについては、地区の種類や騒音の事前負担も重要な意味をもち、外部地域

(Außenbereich)では地区の性格に相応して、一般には、居住地区よりもより高い程度の交通イミッショーンの受忍を期待可能で、もっとも外部地域(Außenbereich)のなかでもそれぞれの実際状況により区別がされるとする。

連邦通常裁判所 1986年2月6日判決は、国のアウトバーンの建設と供用による騒音を理由に沿道の外部地域(Außenbereich)に所在する土地家屋の所有者が国に対して補償を求めた事案で、請求を一部認容するに際して、騒音イミッショーンの受忍の期待可能性は地区の性格に応じて段階づけられるべきで、一般に、居住地区では、たとえば外部地域(Außenbereich)（これは、イミッショーンを発する程度の強い施設をも受け入れることが用途とされている。）におけるよりも居住性に対する要求水準がより高く、もっとも、外部地域(Außenbereich)内でもおのおの実際状況に応じて区別がされるべきであるとする。

連邦通常裁判所 1979年12月13日判決は、被告市の運営する塵芥集積場に群がるカラスやカモメが近隣の農場の小麦の実生をついばみ、収穫減が生じたとして、農場の所有者が補償を求めた事案で、請求を棄却していた原判決を破棄し事件を原審に差し戻すに際し、受忍の期待可能性問題については、両当事者が利用するのが外部地域(Außenbereich)（これは、とくに、塵芥集積場など発するイミッショーンが強度な施設を用途とする。）の土地であるという事情が意味をもち、原告にとってはその所有する土地の状況に相応して、特定の地区事前負担があり、原告の畑地が外部地域(Außenbereich)に存することは、地区の性格に相応して、補償なき受忍が期待可能な限界がどこかについて影響を及ぼすとする。

バイエルン上級行政裁判所 1992年11月9日決定は、ウィンタースポーツに数十年来利用されてきた場所の外部地域(Außenbereich)に所在する土地家屋でへや貸しとスナックを営んできた者が、スキー場の人工雪噴射機用の建造物の建築許可に対して、騒音や水質汚染などを理由に異議を申し立てた事案で、おおむねこれをしりぞけるが、それに際して、騒音につき、外部地域(Außenbereich)に住む者には自分の周りが更なる建築がされないままであることを請求できる権利はなく、その者は、場合によっては、負担をかける施設がやってくることを予期しなければならず、そのかぎり状況による負担を負っているため、外部地域(Außenbereich)には、居住地区向けのより低い限界値ではなく、混合地区向けの騒音限界値が適用されるとする。

(50) BGHZ 140, 1-11=JuS 1999, 610 (LS) mit Anm. von Karsten Schmidt=JZ 1998, 468-471 mit Anm. von Jens Petersen=NJW 1999, 356-359.

(51) EWiR § 631 BGB a.F. 1/02, S.61 (LS) mit Anm. von Hans Christian Schwenker=IBR 2001, 497 (LS) mit Anm. von Axel Maser=IBR 2001, 511

(LS) mit Anm. von Axel Maser=NJW 2001, 3054-3056.

(52) 原審は請求を棄却していたが、判決は、原告による建築計画が許されるものであったかどうか(したがって、原告による建築計画を許可するに際し、被告に公務上の義務違反がなかったかどうか)は、隣接の牛肥育事業からの受忍が期待不可能な迷惑や妨害に原告の住宅建築がさらされないかどうかが重要で、原審は、その判断の基礎となり得る州の行政規定を顧慮せずに済ませたことについて十分に説明していないとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。本文で紹介したのは、そのうち、原告による建築計画の許容性について述べられたところの一部分である。

(53) BGHZ 135, 235-244=JABl 1988, 1 (LS) mit Anm. von Laurenz Wieneke=JR 1988, 240-242 mit Anm. von Elke Herrmann=JuS 1997, 1042 (LS) mit Anm. von Karsten Schmidt=JZ 1998, 92-94 mit Anm. von Herbert Roth=LM Nr.13 zu § 254 (Bb) BGB mit Anm. von Manfred Wolf=MDR 1997, 825-826 mit Anm. von Barbara Stickelbock=NJW 1997, 2234-2236.

(54) 判決はこれらのことをいうに際し、たとえばとして前掲(注(29))連邦通常裁判所 1973年2月23日判決を援用する。

(55) このことについては、前注(18)を参照。なお、このことから、ビショフスは、『イミッション私法における利用先住優越性(Nutzungspriorität)』と題する著書のなかで、本判決は、BGB 906条による私法上のイミッション保護法において先住優越性が認められるかどうかの問題につき大きな意義をもたないとする(Bischofs(注(6)), S. 87)が、次項4でみる連邦通常裁判所 2001年7月6日判決は、本判決を明示的に援用する。

(56) なお、先住優越性否定法理をいうに際し判決がたとえばとして援用する(前注(54)を参照。)、前掲(注(29))連邦通常裁判所 1973年2月23日判決は、原則的という留保なしに先住優越性否定法理をいつていたが、本判決は原則的にとの留保を付する。

(57) 前掲(注(29))連邦通常裁判所 1973年2月23日判決を参照。古くには、先住優越性が認められないことをはじめて定式化した前掲(注(21))ライヒ裁判所 1900年12月12日判決もこのことを明言していた。拙稿・前掲(注(7))札幌学院法学 25巻2号4頁を参照。

(58) BGHZ 148, 261-270=BGH Report 2001, 775-777 mit Anm. von Arndt Lorenz=EWiR § 906 BGB 2/01, S.1043 (LS) mit Anm. von A. Olrik Vogel=IBR 2001, 646 (LS) mit Anm. von Christian Scherer-Leydecker=JuS 2001, 1227 (LS) mit Anm. von Karsten Schmidt=JZ 2002, 243-245 mit Anm. von Herbert Roth=NJW 2001, 3119-3121=LM Nr.105 zu § 906 BGB mit Anm. von Joachim Münch.

- (59) 原審は、上記のように、基準値の超過がないにもかかわらず、本質的な侵害を認定していたが、判決は、このことの当否を決せず、かりに侵害が本質的であったとしても、先住後住関係から被害の受忍義務があるとするのである。
- (60) 判決はこのことをいうに際し、のちに後注(65)でみる連邦通常裁判所1972年11月10日判決を援用する。BGB 906条2項2文による二次的な法的保護とは、本稿ははじめにでみた《3》金銭による補償請求を指している。その場面で先住優越性を考慮することの是非をめぐる問題については項を改めてこのあと5でみる。
- (61) 判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲(注(23))連邦通常裁判所1954年10月29日判決、前掲(注(26))連邦通常裁判所1969年6月6日判決および前掲(注(33))連邦通常裁判所1976年10月22日判決を援用する。
- (62) 判決はこのことをいうに際し、前掲(注(29))連邦通常裁判所1973年2月23日判決を援用する。
- (63) 判決はこのことをいうに際し、とりわけとして、連邦通常裁判所1977年4月29日判決(BGHZ 68, 350-356=LM Nr.143 zu § 1004 BGB (LS) mit Anm. von Linden=NJW 1977, 1447-1448)、連邦通常裁判所1983年10月21日判決(BGHZ 88, 344-353=LM Nr.161 zu § 1004 BGB (LS) mit Anm. von Hagen=NJW 1984, 729-731)、連邦通常裁判所1991年2月22日判決(BGHZ 113, 384-392=LM Nr.125 zu § 242 (D) BGB=NJW 1991, 1671-1673) および連邦通常裁判所1995年7月7日判決(JZ 1995, 1024=NJW 1995, 2633-2635=LM Nr.220 zu § 1004 BGB)の参照を指示する。
- (64) Christian Meisner, Nachbarrecht in Bayern, fortgeführt von Joseph Ring, Wolfgang Ring und Peter Götz, 7.Aufl. 1986, § 13 Rn.74, S.224.
- (65) BGHZ 59, 378-386=LM Nr.41 zu § 906 BGB=NJW 1973, 326-328.
- (66) MDR 1977, 32-33=WM 1976, 1064-1067.
- (67) NJW 1977, 894-895.
- (68) Erman/Lorenz (注(12)), § 906 Rn.36, auch Rn.25.
- (69) BGHZ 129, 124-136=JR 1996, 327-332 mit Anm. von Thomas Mann=LM Nr.27 zu Art.14 (Cd) GrundG=MDR 1995, 477-478=NJW 1995, 1823-1827.
- (70) Staudinger/Roth (注(12)), § 906 Rn.260, auch Rn.220.
- (71) 以上のことについては、さしあたり、Staudinger/Roth(注(12)), § 906 Rn.42-46 und 82-101、Erman/Lorenz (注(12)), § 906 Rn.46-61、Münchener Kommentar zum BGB, 5.Aufl. 2009, § 906 Rn.126-135, bearbeitet von Franz Jürgen Säcker、Westermann, BGB-Sachenrecht (注(15)), Rn.98-99, S.52、Brehm/Berger, Sachenrecht (注(15)), § 6 Rn.25, S.95-96、Manfred Wolf, Sachenrecht, 23.Aufl. 2007, Rn.361, S.164-165、Vieweg/Werner, Sachen-

recht (注(15)), § 9 Rn.30, S.289、沢井・前掲 (注(13)) 『公害の私法的研究』45～46頁、中山・前掲 (注(14)) 民商法雑誌 74 巻 6 号 44～46頁、神戸・前掲 (注(14)) 東京都立大学法学雑誌 27 巻 1 号 362～364 頁、大塚・前掲 (注(13)) 法学協会雑誌 104 巻 9 号 33～34、62～63 頁を参照。なお、取用侵害を理由とする補償請求権は侵害が適法なものであるとき (本稿はじめにの表の《b》の場合) に、取用類似侵害を理由とする補償請求権は侵害が違法なものであるとき (本稿はじめにの表の《c-1》および《c-2》の場合) にそれぞれ認められるものである。このことについては、AK-BGB/Winter (注(17)), § 906 Rn.24、Staudinger/Roth, § 906 Rn.101、Wolf, Sachenrecht, Rn.361, S.165、Fritz Ossenbühl, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.3.1984, JZ 1984, 744、中山・前掲 (注(14)) 民商法雑誌 74 巻 6 号 45 頁を参照。

(72) 原審は、騒音被害はそれほどひどくなく、原告の土地の場所的慣行的な利用は、BGB 906 条 2 項 2 文により補償なき受忍を隣人に期待できる程度を超えるほどには侵害されていないとして、請求を棄却していた。判決は、侵害の程度云々以前に、原告のどのような法的地位が騒音による影響を受けたのか、原告には土地に別荘を建てることのできる法的請求権があるのかなどを、そもそもみる必要があるとして、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す。

(73) 判決はこのことをいうに際し、前掲 (注(66)) 連邦通常裁判所 1976 年 2 月 12 日判決の参照を指示する。

(74) さらに、この土地は、1960 年 6 月 23 日の連邦建設法 35 条により、開発が規制された外部地域 (Außenbereich) にあるにもかかわらず、皮剥業は他では営み得ないので、建築が特に認められていたという経過もあった。

(75) 原審は請求を一部認容していたが、判決は、原告には、どの程度まで交通イミッションの補償なき受忍を期待可能かなど、なお不明な点があるとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

(76) 判決はここで、のちに後注(85)でみる連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決の参照を指示する。

(77) 航空機騒音による等価持続騒音レベルが 75 dB (A) を超える地区である (1971 年 3 月 30 日の「航空機騒音防止法」(Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm, BGBl. I, S.282ff.) 2 条 2 項)。

(78) 原告は、両親から 1977 年に取得した土地に第三者から買い取った土地を加えて、その上に 1978 年に建物を建てたのであるが、土地は 1976 年に定められたこの空港の騒音保護地区 1 のなかにあった。原審は、すでに土地取得時に、騒音が取用侵害の強度に達していたとは認められないとして、1978 年以前の更地への取用侵害を理由とする前主の権利に由来する原告の補償請求権をも否定し、請求を棄却していたが、判決は、原審のこの認定には問題があるとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

(79) 判決はこのことをいうに際し、連邦通常裁判所 1952 年 2 月 14 日判決 (BGHZ 5, 144-153=NJW 1962, 586-587)、連邦通常裁判所 1955 年 5 月 2 日判決 (BGHZ 17, 172-176=NJW 1955, 1109-1110) および連邦通常裁判所 1959 年 9 月 18 日判決 (BGHZ 31, 1-4=NJW 1960, 97-98) を援用し、また、連邦通常裁判所 1962 年 3 月 15 日判決 (BGHZ 37, 44-51=NJW 1962, 1439-1441) およびのちに後注 (85) でみる連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決の参照をも指示する。

援用される上の 1950 年代の 3 つの連邦通常裁判所判決は、いずれも特別犠牲による補償に関して本文掲記の趣旨を述べるものではある（なお、いずれの判決もイミッシオン事案ではない。）が、本文掲記の定式をいうのは連邦通常裁判所 1962 年 3 月 15 日判決である。以下に紹介しておこう。

これは、国から、軍の演習場にある森林に貯蔵されていた木材を買い受けたが、まだ運び出さないうちに射撃演習で森林火災が発生し、木材の一部が焼失した事案についてのものである。買主は国に対し損害の補償を求めたが、原審は請求を棄却していた。

補償義務を生ぜしめる特別犠牲が原告に求められたかどうかについて、判決は、高権的な収用侵害が差し迫っているあるいはその可能性があることを知っているだけでは、特別犠牲の認定は排除されないとし、たしかに本文掲記の定式がこれまでいわれてきた（判決はここで、上の 1950 年代の 3 つの連邦通常裁判所判決の参照を指示する。）が、それらの事例では、高権的行為が被害者自身の行為によってはじめて惹き起こされたか、少なくとも、高権的侵害をはじめて惹き起こす秩序違反の状況に、影響を受ける者自身が入り込んだという事態が基礎にあり、本件では、原告が軍演習場上の木材を購入し貯蔵したと射撃訓練との間に関連性がなく、とりわけ原告の木材購入が高権的行為を惹き起こしたわけではなくて、両行為がむしろ完全に独立しているので、事態が原則的に異なるとする。

また、判決は、原告が購入した木材はもともと、損傷または滅失の危険をともなっていて、原告はもともと、そのような危険をともなった、木材に対する所有権ないし期待権を取得したに過ぎず、状況に規定されたこうした危険状況のもとでは、木材の滅失は、こうした危険が実際に現実のものとなったに過ぎず、原告の犠牲を意味しないという考えもあり得るかもしれないが、買主は、通常、軍演習場の特性に通常結びついた不利益（たとえば弾丸の破片で木材が損傷して価値が下がるとか、搬出に時間的経路的な困難が生じるとか）しか引き受けておらず、買い受けた木材が全部失われてしまうことまで認識して引き受けたり計算に入れているとはいえず、このような全損をも含めて認識ある危険引受を認定するには、異常に低廉な価格が約定されるなどして、いわゆる希望売買 (Hoffnungskauf) か、あるいは、あらゆる請求権の行使を排除する両

当事者の意思が推測される必要があるが、本件ではそのような認定の拠り所を欠くとして、結局、原告が、認識して木材の全損の危険を引き受け、自由意思で引き受けたこの危険をみずから一人で負担しなければならないといえ、補償義務を生ぜしめる原告の特別犠牲を否定することはできないとして、原判決を破棄する。

(80) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(65)）連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決および連邦通常裁判所 1980 年 11 月 26 日判決（BGHZ 79, 45-54=LM Nr.65 zu § 906 BGB (LS) mit Anm. von Hagen=NJW 1981, 1369-1372=WM 1981, 267-270）の参照を指示する。

連邦通常裁判所 1980 年 11 月 26 日判決は、被告有限会社の国際空港を利用する航空機による騒音を理由に、近隣に住宅を設けていた土地所有者が防音設備に出費した費用の支払いを求めた事案についてのものである。判決は BGB 906 条 2 項 2 文により請求原因を正当と認めた原判決を支持し、被告の上告を棄却するが、それに際して、交通騒音の（受忍の）期待可能性については、相隣上の利益衝突を招きまたは激しくする行為をどちらの所有者が行ったかもあわせ考慮される（判決はこのことをいうに際し、のちに後注(171)でみる連邦通常裁判所 1967 年 12 月 22 日判決および前掲（注(65)）連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決を援用する。）ところ、この観点のもとでは、被告空港でのジェット機騒音は 1955 年になってはじまり、原告の住宅が 1955 年に設けられた時点ではジェット機の飛来はなく、また、国際航空輸送がこの方向に展開していくことは少なくとも一般には知られていなかったことが重要であるなどとする。

(81) 判決はこのことをいうに際し、裁判例として、前掲（注(66)）連邦通常裁判所 1976 年 2 月 12 日判決、前掲（注(67)）連邦通常裁判所 1977 年 1 月 13 日判決および連邦通常裁判所 1987 年 12 月 10 日判決（NJW 1988, 900-902=VersR 1988, 517-519）の参照を指示する。

連邦通常裁判所 1987 年 12 月 10 日判決は、市道の道路騒音で沿道の学生寮経営者が防音設備を施した費用の賠償を市に求めた事案についてのもので、原審は請求を棄却していた。判決は、本文掲記のことなどを述べつつ、取用侵害を理由とする補償請求権が認められる可能性を指摘して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

(82) なお、判決は、のちに後注(85)でみる連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決との事案の違いも指摘する。このことについては、このあと本文で、連邦通常裁判所 1976 年 2 月 19 日判決をみるときに併せて紹介する。

(83) 同様の趣旨をいう裁判例として、さらに、のちに後注(171)でみる連邦通常裁判所 1967 年 12 月 22 日判決がある。後注(173)を参照。また、下級審の裁判例ではあるが、ミュンヘン上級ラント裁判所 1975 年 2 月 13 日判決

(OLGZ 1975, 334-341) およびシュトゥットガルト裁判所 1985 年 7 月 16 日判決 (NJW 1985, 2340) にも同様の趣旨の判示がみられる。

ミュンヘン上級ラント裁判所 1975 年 2 月 13 日判決は、購入したミュンヘンの分譲マンションの近隣の道路が当時は 2 車線だったのが 6 車線の連邦道路に拡張され、その購入者が道路騒音を理由に国に対し補償を求めた事案についてのものである。判決は請求を棄却するが、それに際して、原告は著しい騒音の迷惑にさらされているが、ミュンヘン都心の多数の住民は場所的慣行的であるとしてこれを受忍しなければならないとしたうえで、原告は、分譲マンション取得時に、この道路が広くて交通量の多い道路に拡張されることを認識していたか認識していなければならなかった(判決はここで、こうした事情の考慮についてとして、のちに後注(171)でみる連邦通常裁判所 1967 年 12 月 22 日判決および前掲(注(65))連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決の参照を指示する。)こと、とりわけ、防音窓の費用額の原告への補償を被告に期待することは経済的に不可能であるのに対し、原告にはみずからこれを負担することが期待可能であることから、侵害が(受忍の)期待可能な程度を超えているという BGB 906 条 2 項 2 文の補償請求権の要件を満たさない(判決はここで、前掲連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決を援用する。)とする。

シュトゥットガルト裁判所 1985 年 7 月 16 日判決は、被告が所有する土地上のシラカバの実生の苗木で自宅の屋根の汚れがひどいとして、隣地の所有者が清掃費用の支払いを求めた事案についてのものである。両当事者の土地は庭のある住宅地域にあり、シラカバが植えられた当時、原告の土地は建築用地でなく緑地の指定で、その後、建築用地としての指定がされ、原告が土地を取得したという経過があった。判決は、実生の苗木や葉が風で飛ばされてくるという作用は、まわりに木がたくさんあるところなので、場所的慣行的であるが、同時に本質的でもあるとしたうえで、上の経過から、とくに重大な作用でないかぎり、BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求の要件である(被害地所有者にとっての受忍の)期待不可能性は認められず、原告はシラカバのことを知っていて土地を取得したので、原告にとっての(受忍の)期待不可能性は高く設定され(判決はこのことをいうに際し、前掲(注(67))連邦通常裁判所 1977 年 1 月 13 日判決を援用する。)、自分の土地が将来、侵害されることは、取得時にすでにそのようなものとして設定されていたとして、請求を棄却する。

(84) 前注(83)に紹介した 3 判決においてもそうである。

(85) LM Nr.48 zu § 906 BGB = NJW 1976, 1204-1205.

(86) 判決は、土地利用の場所的慣行性の判定については、最後の事実審理の時点での現在の事実状態が基準となり、污水处理施設が稼働したあとに原告が土地を取得したことなどは重要でなく、このことは、相隣法上の補償請求権についての定着した判例に合致するとする(判決はここで、前掲(注(26))連邦通

- 常裁判所 1969 年 6 月 6 日判決の参照を指示する。)
- (87) 判決はここで、前掲 (注(79)) 連邦通常裁判所 1952 年 2 月 14 日判決、前掲 (注(79)) 連邦通常裁判所 1955 年 5 月 2 日判決および前掲 (注(79)) 連邦通常裁判所 1959 年 9 月 18 日判決を援用する。
- (88) 判決はここで、前掲 (注(79)) 連邦通常裁判所 1962 年 3 月 15 日判決の参照を指示する。
- (89) 判決はこのことをいうに際し、前掲 (注(65)) 連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決の参照を指示する。
- (90) 判決はこのことをいうに際し、前掲 (注(65)) 連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決の参照を指示する。
- (91) ビショフスは、『イミッション私法における利用先住優越性 (Nutzungspriorität)』と題する著書のなかで、先住優越性の考慮について、BGB 1004 条、906 条による一次的保護では見解がわかれるが、先住優越性が BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求権に影響することでは一致がみられるとし (Bischofs (注(6)), S.96-97)、クレーンも、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで、連邦通常裁判所はすでに鍛冶ハンマー事件での前掲 (注(58)) 2001 年 7 月 6 日判決以前から、BGB 906 条 2 項 2 文にいう侵害の (被害地所有者にとっての受忍の) 期待不可能性において先住優越性思想 (Prioritätsgedanken) を考慮し、これを通説は支持するとする (Lars Klöhn, *Zeitliche Priorität als Argument im Nachbarrecht*, AcP Bd.208 (2008), S.792)。本文で紹介した以外にも、補償請求の場面で先住優越性が考慮されることをいう学説として、Vieweg/Werner, *Sachenrecht* (注(15)), § 9 Rn.40, S.299 Fn.242 がある。MünchKommBGB/Säcker (注(71)), § 906 Rn.139 (先住優越性の語は用いないものの、補償請求権の存否の判断に際し考慮されるべき事項の一つとして、周りがすでにイミッションの負担のあるところに家屋や営業を設けることによる共働過責を挙げる。)、Palandt, *Kommentar zum BGB*, 68. Aufl. 2009, § 906 Rn.26 (bearbeitet von Peter Bassenge) (同様に、先住優越性の語は用いないものの、補償請求権の要件である受忍の期待可能性の限界は、侵害を受ける利用が、既存の作用の認識のもとにはじめてなされるときは、高くなり得るとする。) をも参照。
- (92) Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.807-808, vgl. auch S.813, 816.
- (93) 先住優越性の否定を通説と明言するものとして、さしあたり、Meisner/Ring/Götz, *Nachbarrecht in Bayern* (注(64)), § 13 Rn.47, S.215, Bischofs (注(6)), S.93, Horst Hagen, *Zum Topos der Priorität im privaten Immissionsschutzrecht*, in: *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, 1999, S.168 を参照。
- (94) なお、ライヒ裁判所時代にも、先住優越性の部分的考慮をいう学説が、一

部においてではあるが、すでにみられていた。ライヒ裁判所時代における学説の動向については、拙稿・前掲(注(7))札幌学院法学 25 卷 2 号 23~27 頁を参照。

(95) Harry Westermann, Sachenrecht, ein Lehrbuch, 5.Aufl. 1966, § 63 II 3 c), S.309.

(96) 同書はこのことをいうに際し、前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決を援用する。

(97) 同書はここで、裁判例でのあらわれとして、前掲(注(25))ライヒ裁判所 1940 年 1 月 4 日判決の参照を指示する。この判決は、すでにライヒ裁判所時代において、先住優越性を肯定するかの口吻を示していた。拙稿・前掲(注(7))札幌学院法学 25 卷 2 号 27~29 頁を参照。

(98) なお、1960 年の第 4 版までは、本文に紹介した、先住優越性原則(Prioritätsprinzip)は存在しないが、このことは酷で、少なくとも極端な事例では後住者に受忍義務があるなどとする記述はみられなかった。もっとも、1951 年の初版からすでに(1960 年の第 4 版まで)、先住優越性の語は用いられないものの、場所的慣行性が場所の展開により変容した事例では、裁判官による判決は、技術の進歩と所有者の防御利益との間の正しい中庸を発見すべく相隣上の関係を形成せねばならず(同書はここで、1966 年の第 5 版でも参照が指示される前掲(注(25))ライヒ裁判所 1940 年 1 月 4 日判決の参照を指示する。)、産業は、地域ののちの展開がその経営を例外とすると、制限を甘受しなければならぬかという、私見ではこの問いは否定されるべきで、ある産業の作用領域に住み着く者は、この利用共同体に結合した作用の受忍を決断しているという(Harry Westermann, Sachenrecht, ein Lehrbuch, 1951, § 63 II 3 c), S.286)。この記述が、1966 年の第 5 版で、本文に紹介した記述に置き換えられた(なお、記述のこの変遷については、すでに沢井・前掲(注(13))『公害の私法的研究』27 頁に紹介されている。)

もっとも、本文に紹介した、先住優越性原則(Prioritätsprinzip)は存在しないが、このことは酷で、少なくとも極端な事例では後住者に受忍義務があるなどとする本文に紹介した記述は、— 1988 年の第 6 版にもおおむね引き継がれ、先住優越性原則が存在しないことで酷になる云々の記述は削除されたものの、少なくとも極端な事例では云々の記述は残されていた(Harry Westermann, Sachenrecht, ein Lehrbuch, fortgeführt von Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, Winfried Pinger und Harm Peter Westermann, Bd.2: Immobiliarsachenrecht, 6.Aufl. 1988, § 79 II 3 c), S.19) が — 1998 年の第 7 版では大幅に改訂され、ある空間においてイミッシオンを発する施設がより長く存在していたことで、あっさりとその施設が場所的慣行的であると性格づけられるわけではなく(同書はここで、前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954 年

10月29日判決を援用する。)、したがって、時的な先住優越性 (die zeitliche Priorität) は場所的慣行性に決定力を有しないが、このことは、産業と技術の進展が相隣法上の防御請求権 (当然、ほとんどの場合、現状を拠り所とする。) によって、必要もないのに妨げられてはならないという動きと関連しているという記述に置き換えられ、先住優越性否定法理に対する制約をいう趣旨の記述は消えてしまっている (Harry Westermann, Sachenrecht, ein Lehrbuch, fortgeführt von Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky und Dieter Eickmann, 7.Aufl. 1998, § 62 II 3 b), S.502)。

(99) Staudinger, Kommentar zum BGB, 12.Aufl. 1989, § 906 Rn.191 (bearbeitet von Herbert Roth).

(100) 同書はここで、前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954年10月29日判決、前掲(注(26))連邦通常裁判所 1969年6月6日判決、前掲(注(85))連邦通常裁判所 1976年2月19日判決およびのちに後注(188)でみるニュルンベルク上級ラント裁判所 1971年5月25日判決を援用する。

(101) なお、同書は、侵害の本質性要件に関しては、いまだ、利用の先住優越性 (Nutzungspriorität) は問題にならないという (同書はこのことをいうに際し、前掲(注(26))連邦通常裁判所 1969年6月6日判決を援用する。) のみで (Staudinger/Roth (注(99)), § 906 Rn.164)、その後の版で、事前負担の考慮をいう記述があらわれることになる (Staudinger, Kommentar zum BGB, 1996, § 906 Rn.164 (bearbeitet von Herbert Roth))。

ちなみに、1956年の第11版でのBGB 906条についての注釈は、依然、ライヒ裁判所の裁判例のみを援用ないし参照指示して、(加害地利用の場所的慣行性要件にかかわっても) 先住優越性の否定をいうのみであった (Staudinger, Kommentar zum BGB, 11.Aufl. 1956, § 906 Rn.13, 21 und 33 (bearbeitet von Günther Seufert))。

(102) Christian Meisner, Nachbarrecht in Bayern, fortgeführt von Joseph Ring, 5.Aufl. 1961, § 14 V 2, S.209.

(103) 同書はここで、前掲(注(25))ライヒ裁判所 1906年11月24日判決、前掲(注(25))ライヒ裁判所 1937年3月10日判決、前掲(注(25))ライヒ裁判所 1940年1月4日判決のほか、特別の例外を除きと留保を付して先住優越性否定法理をいつていた前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954年10月29日判決の参照を指示する。

(104) なお、1951年の第4版は、依然、ライヒ裁判所の裁判例のみを参照指示して、先住優越性の否定をいうのみであった (Christian Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, fortgeführt von Joseph Ring, 4.Aufl. 1951, § 14 IV 2, S.202)。

また、本文で紹介した記述は、1972年の第6版にもそのまま引き継がれた

(Christian Meisner, Nachbarrecht in Bayern, fortgeführt von Joseph Ring und Wolfgang Ring, 6.Aufl. 1972, § 14 V 2, S.257) が、1986 年の第 7 版では大幅な加筆があり、これにともない、若干、ニュアンスの変容がみられる。すなわち、先住優越性の思想は、通説によって正当にも拒絶され、より早くからいる者が正しいとの原則を妥当させると、あらゆる進展が阻害されるといい、「正当にも」という文言と、理由付けとが付加されるとともに、例外が認められるのは公共の福祉というより高次な利益が存するときのみで(「のみ」が付加されている一筆者注)、公共の福祉の概念や利益の相対的高次性は注意深く扱われなければならないであろうといい、例外が制限的にしか認められない趣旨が強調されている (Meisner/Ring/Götz, Nachbarrecht in Bayern (注(64)), § 13 Rn.47, S.215)。

(105) Dehner, Bundesnachbarrecht (注(35)), § 16 V 2 a), S.379, vgl. auch § 16 V 1, S.369 und § 39 IV 1, S.800.

(106) 同書はここで、ライヒ裁判所による多数の裁判例を援用するとともに、戦後の裁判例として前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決などを援用する。

(107) 前注(35)を参照。

(108) デーナアによる相隣法の概説書は、1927 年にマイスネアとシュテルンにより刊行された初版 (Christian Meisner und Heinrich Stern, Das in Preußen geltende Nachbarrecht, 1927) が、1955 年の第 2 版から 1970 年の第 5 版までホデスにより改訂され、第 6 版からデーナアが改訂を引き継いだものである。第 5 版では先住優越性 (Priorität (Prävention)) の否定がいわれるのみであった (Christian Meisner und Heinrich Stern, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, fortgeführt von Fritz Hodes, 5.Aufl. 1970, § 16 V 2, S.340) が、第 6 版で、そのあとに、本文で紹介した記述が付加された。

(109) Joachim Münch, Anm. zu diesem Urteil, LM Nr.105 zu § 906 BGB.

(110) ミュンヒは、本判決による実務的帰結として、共同体関係に入ろうとする者は、配慮して調査義務を負い、既存のイミッシオン衝突の様子を入手し、あり得べき作用状況を探知しなければならず、たとえば、様々な時刻に訪ねてみたり(場合によっては周囲も)、売買代金額の適正さを買主みずから確認したりする必要があるとする。

(111) ミュンヒはここで、前掲(注(65))連邦通常裁判所 1972 年 11 月 10 日判決および前掲(注(69))連邦通常裁判所 1995 年 3 月 16 日判決を援用する。

(112) Peter Bitzer, Die Bedeutung der Grenz- und Richtwerte im privaten Immissionsschutzrecht. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 2001 - V ZR 246/00 -, BauR 2002, 1019-1021.

- (113) ビツァはここで、前掲(注(26))連邦通常裁判所 1969年6月6日判決、前掲(注(85))連邦通常裁判所 1976年2月19日判決および前掲(注(53))連邦通常裁判所 1997年4月18日判決を援用する。
- (114) ビツァはここで、前掲(注(43))連邦通常裁判所 1993年2月5日判決を援用する。
- (115) A. Olrik Vogel, Anm. zu diesem Urteil, EWiR § 906 BGB 2/01, 1043-1044.
- (116) フォーゲルは、本判決について、停止請求権において隣地への本質的侵害の判定につき、イミッションを発する土地利用の先住優越性(Priorität)をはじめて発現させたが、過大評価は許されず(被告は操業認可上の騒音保護条件をつねに遵守していたし、騒音イミッションは許容される基準値内にとどまる。)、また、「重過失による不認識」という言葉を用いることで、土地取得者に周囲についての調査義務を課したと評したうえで、本文掲記のように、本判決は結論的に納得できるなどとしつつも、本判決が先住優越性原則(Prioritätsprinzip)をどこに位置づけているのか不明瞭で、推測するにBGB 906条2項1文の「場所的慣行性」概念の解釈問題とする趣旨であろうとする。
- (117) Volkmar Nies, Neue Gesetzgebung und Rechtsprechung im Agrar- und Umweltrecht, Agrar- und Umweltrecht 2003, 2-14.
- (118) Bitzer (注(112)), BauR 2002, 1021を援用するのみである。
- (119) Herbert Roth, Anm. zu diesem Urteil, JZ 2002, 245-247.
- (120) ロートはここで、前掲(注(23))連邦通常裁判所 1954年10月29日判決および前掲(注(33))連邦通常裁判所 1976年10月22日判決を援用する。
- (121) BGB 254条の類推適用の可能性は、すでに前掲(注(53))連邦通常裁判所 1997年4月18日判決が肯定していて、ロートはこれを批判していた。このことについては、のちに7で紹介する。
- (122) Soergel/Baur (注(12)), § 906 Rn.53もこれを支持する。
- (123) なお、かりに公法上の基準値が守られていなかった場合に、妨害者は先住優越性を援用できるかという問題についても、ロートは論じていて、ロートは、その場合には場所的慣行性は否定されざるを得ないが、にもかかわらず、妨害を受ける新参者の差止請求権は、基準値を超える部分のイミッションに限られるとする(Roth(注(119)), JZ 2002, 247)。
- (124) Bischofs (注(6)), S.125-128, vgl. auch S.142-143.
- (125) もっとも、のちにもみるように(後注(135))、レーテルは、「相隣私法における先住優越性(Priorität)の思想」と題する論説のなかで、先住優越性基準(Prioritätskriterium)がBGB 906条に体现された実体的決定準則に一般的には劣後することを認めつつも、先住優越性(Priorität)という論拠が、極端事

例においてのみだが、側面支援的に考慮に入れられる可能性を肯定し、鍛冶ハンマー事件の事案はそのような極端事例であるとする (Anne Röthel, Der Gedanke der Priorität im privaten Nachbarrecht: Prior tempore, potior usū?, Reinhard Hendler, Peter Marburger, Michael Reinhardt und Meinhard Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006 (UTR Bd.90), S.227-228) ので、いわれるところの例外事例として BGB 242 条の適用が許されないかどうかは見方の分かれるところであろう。

(126) このことを指摘する者は少なくない。いずれも本判決に対する評釈のなかで、フォーゲル (Vogel (注(115)), EWiR § 906 BGB 2/01, 1044) (前注(116)を参照。)、ミュンヒ (Münch (注(109)), LM Nr.105 zu § 906 BGB) (前注(110)を参照。)のほか、シェーレア・ライデツカアも、本判決によれば、住宅地取得に際しては、騒音の事前負担を検討しなければならないことになるとする (Christian Scherer-Leydecker, Anm. zu diesem Urteil, IBR 2001, 646)。クレーンも、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで、調査義務が新たに課せられたが、その範囲はなお確定されていないとする (Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.790)。

(127) Arndt Lorenz, Anm. zu diesem Urteil, BGHReport 2001, 777-778.

(128) クレーンも、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで、相隣上の共同体関係および双方向的配慮義務を基礎に置くのであれば、原告が住み着いてきたことが被告にどの程度帰せしめられるべきかもまた問題とされなければならなかったはずであるのに、被告の自己過責について論じられていないと判決を批判する (Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.790)。

(129) Neuner (注(5)), AcP Bd.203, S.67-69 und S.69 Fn.94.

(130) Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.786, 789-791, 801-814, vgl. auch S.812, 816.

(131) なお、テニスコートポプラ根っこ事件での前掲 (注(53)) 連邦通常裁判所 1997年4月18日判決に回帰するとなると、損害賠償での過失相殺を規定する BGB 254条がそもそも BGB 1004条による請求に適用可能かどうかの問題 (本稿では、項を改めてこのあと7でみる。)が生じるが、クレーンはこの問題には立ち入らないとする (Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.813 Fn.189)。

(132) このことを指摘するものとして、Bischofs(注(6)), S.2, Klöhn(注(91)), AcP Bd.208, S.791, Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.216を参照。

(133) Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.217.

(134) Roth (注(119)), JZ 2002, 246.

- (135) Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.227-228.
- (136) Bischofs (注(6)), S.142-143, vgl. auch S.125-128.
- (137) Joachim Wenzel, Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, NJW 2005, 245.
- (138) Roth (注(119)), JZ 2002, 245-247.
- (139) もっとも、さきには紹介しなかったが、この評釈のなかで、ロートは、本件がそうであるように、かりに場所的慣行性が肯定されたとしても妨害者の責任はなお否定されず、先住優越性 (Priorität) は、妨害が経済的に期待可能な措置によって回避できるのに回避されていないとき (本稿はじめにの表の《c-2》の場合一筆者注) にも効力を発揮するとか、妨害者による先住優越性 (Priorität) の援用が必要となるのは、本質的な妨害が場所的慣行的でない (本稿はじめにの表の《c-1》の場合一筆者注) か、または、場所的慣行的であっても経済的に期待可能な措置によって回避可能である (本稿はじめにの表の《c-2》の場合一筆者注) ときに通常、限られ、そうでないときはそもそも、妨害を受けている者に差止請求権が認められないとも指摘するので、先住優越性 (Priorität) を場所的慣行性要件の外に位置づける趣旨にも読めなくもなく、先住優越性と場所的慣行性との関係についてどのような理解にあるのか必ずしも明らかでない。
- (140) Staudinger/Roth (注(12)), § 906 Rn.220.
- (141) Vgl. auch Staudinger/Roth (注(12)), § 906 Rn.184. 後注(158)を参照。
- (142) Soergel/Baur (注(12)), § 906 Rn.53.
- (143) 同書はここで、Roth (注(119)), JZ 2002, 246 および Vogel (注(115)), EWiR 2001, 1043f. を援用する。
- (144) 同書は、別の箇所でも、先住優越性 (Priorität) は場所的慣行性を併せ基礎づけるので、場所的慣行性において、先住優越性 (Priorität) の観点にも一定の範囲で意味が認められるとする (Soergel/Baur (注(12)), § 906 Rn. 133)。
- (145) Prütting (注(15)), Sachenrecht, § 335, S.125, vgl. auch § 333, S.125.
- (146) Vogel (注(115)), EWiR § 906 BGB 2/01, 1044.
- (147) 前注(116)を参照。
- (148) Roth (注(119)), JZ 2002, 246.
- (149) Bischofs (注(6)), S.115-121, vgl. auch S.142.
- (150) Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.812, vgl. auch S.816.
- (151) Wenzel (注(137)), NJW 2005, 245.
- (152) ヴェンツェルはここで、前掲(注(43))連邦通常裁判所 1993年2月5日判決、前掲(注(50))連邦通常裁判所 1998年10月30日および前掲(注(58))

連邦通常裁判所 2001 年 7 月 6 日判決を援用する。

(153) ヴェンツェルはここで、Staudinger/Roth（注(12)），§ 906 Rn.184 を援用する。

(154) ヴェンツェルはここで、Staudinger/Roth（注(12)），§ 906 Rn.184, 220、Erman, Handkommentar zum BGB, 11.Aufl. 2004, § 906 Rn.25-26, bearbeitet von Arndt Lorenzなどを援用する。

(155) juris Praxiskommentar zum BGB, 4.Aufl. 2008, § 906 Rn.94 (bearbeitet von Klaus Vieweg und Thomas Regenfus)。

(156) Vieweg/Werner（注(15)），Sachenrecht, § 9 Rn.40, S.299-300 und S.300 Fn.244。

(157) Roth（注(119)），JZ 2002, 246。

(158) Staudinger/Roth（注(12)），§ 906 Rn.184。

(159) Roth（注(119)），JZ 2002, 246. Vgl. auch Staudinger/Roth（注(12)），§ 906 Rn.184。

(160) Klöhn（注(91)），AcP Bd.208, S.784-786。

(161) 古くにはライヒ裁判所 1929 年 12 月 19 日判決（RGZ 127, 29-35）やライヒ裁判所 1932 年 11 月 17 日判決（RGZ 138, 327-331=JW 1933, 690-692 mit Anm. von Ernst Langenbach）が、最近では連邦通常裁判所 1994 年 10 月 21 日判決（NJW 1995, 395-397=JZ 1995, 410-411 mit Anm. von Stephan Kreissl）などがある。ライヒ裁判所のこれら 2 判決については、拙稿・前掲（注（7））札幌学院法学 25 卷 2 号 53 頁注(102)を参照。

連邦通常裁判所 1994 年 10 月 21 日判決は、被告所有の土地上のフユナラの木の根っこが成長して隣地への下水道の接続管に入り込んで詰まらせたという事案についてのものである。隣地の所有者は、原因調査にかかった費用や市町村から請求された修理費用、将来また詰まりが起きたときのための点検坑の設置費用として計約 14,000 マルクの支払いを被告に求めたが、管の敷設にスリーブずれの瑕疵があり、排水がもれて、根っこの成長がその部分で促進されたという経過があった。判決は、この瑕疵は原告のリスク領域に帰せしめられ、原告が侵害を共働惹起したことは BGB 254 条を類推適用して考慮されるべきで、BGB 254 条は、本件で問題の、所有者が妨害をみずから除去したあとの費用償還請求権にも類推適用できるとし、原審が（請求のうち点検坑設置は侵害除去に必要でないとしてその費用を認めず、それ以外の約 11,000 マルクにつき）原告による共働惹起を 3 分の 1 として約 7500 マルクのみ請求を認めたのを支持する。

(162) かつてライヒ裁判所の裁判例には、所有権に基づく妨害排除請求権では被害地所有者の過責ないし共働過責は問題にならないことを理由に BGB 254 条の適用可能性を否定したものがあった（ライヒ裁判所 1912 年 2 月 24 日判決

(JW 1912, 589-590 (Nr.9)=Recht 1912 Nr.1309-1312) およびライヒ裁判所 1912年6月22日判決(Recht 1912 Nr.2841-2843)。これらの判決については、拙稿・前掲(注(7))札幌学院法学25巻2号11頁を参照。)

(163) 判決は、その理由として、被告は、根っここの除去によって不可避的に生じる所有権侵害をも除去しなければならないことをいう。

(164) このような判例の立場は、このあと本文に後述するように、学説の一部から、妨害源の除去だけに限定されるべきであるとする批判を受けており、そのことは判決自身も認めるが、判例はその立場を変えない。

(165) 判決は、実際にこの事案で責任軽減的処理をするにいたったわけではない。原告にどのような侵害防止措置を要求できるかについて、判決は、所有者には、侵害を回避するため、その責任が妨害者にあるところの措置を多額の費用をかけて行う義務はないので、たとえば遮断壁を設けるなど根っここの進入を阻止する工事をする義務は原告にはなく、考えられるのは、テニスコートを設ける前に、被告に対し差止請求権を行使することであり、そうしていれば、被告はこれに応じて、木を切り倒し根っここの後始末をするなどして、もっと少ない費用で侵害の危険が避けられたであろうとする(もっとも、原告に期待し得る防護措置として、判決がこのように、テニスコートを設ける前の差止請求権の行使をいうことに対しては、学説では、作為的である(Barbara Stickelbrock, Anm. zu diesem Urteil, MDR 1997, 827)とか、実務的には考えにくい(Klaus Englert, Anm. zu diesem Urteil, IBR 1997, 422)、やはり共働過責はテニスコートの建築についてしかいえないのではないか(Elke Herrmann, Anm. zu diesem Urteil, JR 1998, 244 Fn.14)などと批判が強い。)。この点、原審は、ポプラの存在により生ずるリスクに対する防護措置というのみで、その詳細をいわなかったので、判決は、原審は、原告による共働惹起につき、上記のことを出発点として、そもそも原告による共働惹起があるのかどうか、また、これがあるとしてその程度いかにを審理し直すべきであるとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻すのである。したがって、原審では、本文にすでに紹介したように、原告により費用の半額が負担されるべきものとされていたが、本判決で、実際に事案の解決として、責任軽減的処理がされたわけではない。それどころか、判決は、原審での再審理では、原告が侵害を共働惹起したといえるかどうかの因果関係の問題が新たに出てくる一方で、すでに木が存在していたことにかんがみると、原告による用途変更で根っここの原告の所有権侵害の危険が著しく高められたので、原告の寄与度はこれまで認定されていたのよりもより大きく評価される可能性が排除されないので、免責的処理に近づく可能性も否定できないように思われる。

(166) Dieter Medicus, „Haldenbrand“ und „Wurzeln im Tennisplatz“ - Zur Anwendung von § 254 BGB bei § 1004 BGB, in: Festschrift für Horst

Hagen, 1999, S.151-171.

(167) Herbert Roth, Anm. zu diesem Urteil, JZ 1998, 94-96.

(168) 本判決に反対の立場を示す評釈として、その他、Stichelbrock(注(165)), MDR 1997, 826-287.

(169) Medicus(注(166)), FS für Hagen, S.165、Stichelbrock(注(165)), MDR 1997, 825 を参照。

(170) Münchener Kommentar zum BGB, 4.Aufl. 2004, § 1004 Rn.82 (bearbeitet von Dieter Medicus)は、テニスコートの原状回復費用の賠償を要しないと解していれば、BGB 254 条の適用は必要にならなかったであろうとする（この記述は、執筆者が代わった 2009 年の第 5 版にもそのまま引き継がれている（Münchener Kommentar zum BGB, 5.Aufl. 2009, § 1004 Rn.118 (bearbeitet von Christian Baldus)）。Medicus（注(166)）、FS für Hagen, S.161 をも参照。

(171) BGHZ 49, 148-155=JZ 1968, 269-271 mit Anm. von Heinrich Hubmann=LM Nr.26 zu § 906 BGB (LS) mit Anm. von Mattern=NJW 1968, 549-551.

(172) なお、判決によれば、取用類似侵害による公法上の補償請求も考えられないではないが、騒音や類似の侵害の事例で、それが直接、高権による侵害によって生ぜしめられているのではない場合は、請求権は私法的相隣法によるとされた。

(173) すなわち、原審は、騒音作用の場所的慣行性を認め、また、少なくとも、地域中心部の古くからある通過交通をともなう道路の沿線住民は、道路交通騒音の増大による本質的な侵害についても補償を求めることはできず、侵害の受忍を例外的に期待不可能なものとする特別事情についても、原告の主張する諸事情はすべて原告の領域に属することなので、補償請求権を正当化できないとしていた。

なお、判決は、この最後の、侵害の受忍を例外的に期待不可能なものとする特別事情云々についての原審の判断も支持できないという。すなわち、判決は、BGB 906 条 2 項 2 文において、侵害の（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性については、たしかに、基礎にある特殊性が妨害者の領域に属するか影響を受ける者の領域に属するかも意味をもち得るが、これは唯一決定的なものではなく、特別の侵害の原因が影響を受ける者の領域に属していたとしても、特別の侵害が一方で、影響を受ける者の側での特別の事情の創出（本件では家屋の建築と取得）に際してなお予見がまったく不可能であり、かつ、他方で異常な程度に達した場合などは補償請求権が認められないとしなければならないものではないとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻すのである。したがって、この判決でも、イミッションを受けるについての被害地所有者の認

識可能性が、（被害地所有者にとっての受忍の）期待可能性の判定に際し考慮されている。

ちなみに、原審の判断のうち、沿線住民が道路交通騒音の増大による本質的な侵害についても補償を求めることはできないとされた部分については、判決は、通例、最初から、交通の増大や侵害の不可避的な増大が覚悟されなければならず、このような増大は、現代国家の技術の展開と必然的に結びついていて、沿道住民を含めて国民に不利益だけでなく利益をももたらし、この利益と不利益の等価性は簡単には否定できないとして、原審のこの判断を支持する。原告は、この点について、上告のなかで、交通の歴史的な発展をこのように考慮することは、場所的慣行性の問題では現在の状態が基準となり、いずれの土地の利用方法がより古いかを問題とする意味での時間的な展開は重要でないということ（ここでは前掲（注(23)）連邦通常裁判所 1954 年 10 月 29 日判決が援用される。）と矛盾すると主張したが、判決は、歴史的な発展を考慮することは、場所的慣行性についてでさえ、この原則によってまったく排除されるわけではないし、いま問題の（被害地所有者にとっての受忍の）期待不可能性についても、歴史的な発展を考慮することは、以前の状況ではなく現在の状態を基準とすることにつながるとして、この主張をしりぞけている。

(174) なお、原審がとった手法については、本判決に対するある評釈（Bernhard Kleindienst, Geldausgleich für Beeinträchtigungen durch Verkehrslärm?, NJW 1968, 1955 Fn.22）が、原告は自身の領域に属することとして順応義務により半額が控除され、残る半額についても受忍を期待可能な程度を超えていないとして二重の自己負担が課せられることになると批判する。しかし、むしろ原審を支持する、本判決に対する別の評釈（Heinrich Hubmann, Anm. zu diesem Urteil, JZ 1968, 272）は、残る半額の 5000 DM では、原告の家屋の特別の形状が侵害を共働惹起しているという事情以外の観点を衡量するというので、いわゆるように必ずや二重考慮になるわけでもないように思われる。

(175) NJW-RR 1988, 136-138.

(176) 判決はこのことをいうに際し、前掲（注(171)）連邦通常裁判所 1967 年 12 月 22 日判決を援用する。

(177) NJW 1992, 2884-2885.

(178) この事件は、連邦通常裁判所 1990 年 3 月 8 日判決（JA 1991, 165-166 mit Anm. von U. Clausen=LM Nr.193 zu § 1004 BGB=NJW 1990, 3195-3197）が壁の傾き（この時点ではまだ倒壊していなかった。）の原因が明らかでなく、地中の根っこが原因であるならば BGB 906 条 2 項 2 文による補償請求権が成立する可能性があるとして、原判決（請求を棄却していた。）を破棄し事件を原審に差し戻し、その後、壁が倒壊して、原審が請求を一部認容し、被告が上告して、連邦通常裁判所 1992 年 6 月 25 日にいったという経過がある。本文

掲記のことは、すでに連邦通常裁判所 1990 年 3 月 8 日判決が述べていて、BGH 1992 年 6 月 25 日判決は本文掲記のことをいうに際し、連邦通常裁判所 1990 年 3 月 8 日判決を援用する。

(179) 判決はこのことをいうに際し、裁判例として、連邦通常裁判所 1971 年 2 月 22 日判決 (NJW 1971, 750-751 = VersR 1971, 513-515) および前掲 (注(175)) 連邦通常裁判所 1987 年 9 月 18 日判決を援用する。

連邦通常裁判所 1971 年 2 月 22 日判決は、冠水した農地の所有者が、冠水は被告州の管理するダムの管理に問題があったためであるとして、被告に損害賠償を請求した事案についてのものである。判決は請求をしりぞけるが、それに際して、被害地の排水路に問題があり、そうでなければ損害は生じなかったとして、取用類似侵害を理由とする賠償請求権を否定する。

(180) 判決はこのことをいうに際し、連邦通常裁判所 1976 年 2 月 26 日判決 (VersR 1976, 760-762 = WM 1976, 568-571) を援用する。これは、冠水した養樹場の所有者が、冠水は被告市の設置した水路に問題があったためであるとして、被告に損害賠償を請求した事案についてのものである。判決は、請求を棄却していた原判決を破棄し事件を原審に差し戻すが、それに際して、本文掲記のことを述べる (判決はここで、前掲 (注(179)) 1971 年 2 月 22 日判決を援用する。) ものの、被告のとった措置がなかったなら冠水が生じなかったであろうときは、原告の土地が接する街路よりも低かったことだけで、取用類似侵害を理由とする賠償請求権が完全にまたは部分的に否定されることにはならないこと、原告が無償で保護堤を築いてもらうことを拒んだことで、原告の賠償請求権は、BGB 254 条によっても減ぜられ、それどころか排除されることもあり得ることをいう。

(181) Soergel/Baur (注(12)), § 906 Rn.149.

(182) 同書はこのことをいうに際し、前掲 (注(175)) 連邦通常裁判所 1987 年 9 月 18 日判決を援用する。

(183) Palandt/Bassenge (注(91)), § 906 Rn.27.

(184) 同書はこのことをいうに際し、前掲 (注(177)) BGH 1992 年 6 月 25 日判決を援用する。

(185) jurisPK-BGB/Vieweg/Regenfus (注(155)), § 906 Rn.154.

(186) まさしく先住優越性問題を検討対象とする著書や論説でも、責任軽減の処理について、その独自性を意識して取り上げることはされていない。Hagen (注(93)), FS für Medicus, S.167-168、Neuner (注(5)), AcP Bd.203, S.67-69、Bischofs (注(6)), S.86-87、Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.207-229、Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.813 Fn. 189 (前注(131)を参照。)を参照。

(187) 拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 卷 2 号 22~23 頁を参照。

(188) そのほか、連邦通常裁判所 1967 年 5 月 22 日判決 (BGHZ 48, 46-52 = NJW 1967, 1754-1755 mit Anm. von Egon Schneider) も、憲法上の所有権保障は、土地所有権者が、他の土地の利用可能性が新しくできた市町村による建築計画により変更されることに對抗できるという保護を含まないとし、下級審裁判例だが、ニュルンベルク上級ラント裁判所 1971 年 5 月 25 日判決 (RdL 1972, 36-39) も、被害地所有者が家を建てたのが先であったことは関係なく、なぜなら、BGB 906 条においては、より早くから存在することでよりまさった権利を有するとの原則 (Der Grundsatz besseren Rechts wegen früheren Bestehens) は考慮されないからであるとする。

連邦通常裁判所 1967 年 5 月 22 日判決は、ベルリンのヴァン湖のほとりにある土地を 1956 年に取得して戸建ての田舎風家屋を建てていた者が、ベルリン市の 1962 年に施行された新しい建築計画 (地区詳細計画) (Bebauungsplan) により、この土地や隣接地を含めた場所が、船舶格納庫など水上スポーツのための施設等の建築が許されるとされたため、ボートクラブが隣地に二階建ての巨大なボートハウスを建て、騒音で自分の土地の価値が下がったとして、ベルリン市に対し補償を求めた事案についてのものである。判決は、補償義務が取用法上の一般原則により生じるための要件を満たさないとして請求を棄却するが、それに際して、上記のことなどを述べる。

ニュルンベルク上級ラント裁判所 1971 年 5 月 25 日判決は、隣地の約 30 本のマツの木からの葉の飛来が問題となった事案についてのもので、原告は、差止めと予備的に金銭による補償を隣地の所有者に求めたようである (なにを求めたかは正確には不明)。土地は、居住目的に区割りされる前は森林地区であった。判決は、被告が約 30 本のマツの木をそのままにしていたことは場所的慣行的であるなどとして請求を棄却するが、それに際して、上記のことなどを述べる。

(189) クレーンは、「相隣法における論拠としての時間的先住優越性 (zeitliche Priorität)」と題する論説のなかで、被害地所有者が先住であった事案は、ドイツ法でも諸外国でもあまり大きな意義を有していないとする (Klöhn (注(91)), AcP Bd.208, S.777 Fn.2)。ちなみに、わが国では、日照妨害が争われた裁判例で、後住者による日照妨害を主張する先住者が、その請求を基礎づけないし補強するのに先住関係を援用する例がみられるが、そこでは一般的に、先住後住関係に決定的な意味はもたされていなかった (拙稿・前掲 (注(2))) 札幌学院法学 24 巻 2 号 28~29 頁を参照。)

(190) 拙稿・前掲 (注(7)) 札幌学院法学 25 巻 2 号 24~29 頁を参照。

(191) Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.229.

(192) レーテルは、また、先住優越性思想 (Prioritätsgedanke) は、子どもにとつ

てもわかりやすくあればあるだけ、その分、私的イミッション衝突での決定準則としては推奨されないとも評し、このことは、根本的に、近隣の利用構造が維持されることへの土地所有者の期待は保護されないということに基づくとする (Röthel (注(125)), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2006, S.228)。

(193) 拙稿・前掲(注(2))札幌学院法学 25 卷 1 号 10~37 頁を参照。

(194) 拙稿・前掲(注(2))札幌学院法学 25 卷 1 号 20~37 頁を参照。

(195) このこともあって、わが国のその後の裁判例では、責任軽減さえも否定する例がみられるようになってきているといえよう。拙稿・前掲(注(2))札幌学院法学 25 卷 1 号 37~44 頁を参照。

以上

(平成 22 年 1 月 31 日脱稿)