

物権的請求権の相手方(一)

——自然力による妨害をめぐるドイツの議論を中心に——

堀田親臣

一 はじめに

二 ドイツ法の状況

1 BGB一〇〇四条に基づく請求権とその要件

2 判例の動向(①具体的事例(以上、本号))

三 若干の検討

四 今後の課題

一 はじめに

周知の通り、わが国の民法には、いわゆる物権的請求権を直接に定める明文規定が存するわけではない。しかし、現在の判例・通説によると、わが国の民法の解釈論としても、所有権等の物権の侵害に対し物権的請求権が認められるということには異論はないと思われる。

ところで、このようなわが国の物権的請求権の要件及び効果に関しては、わが国の判例及び学説が、これまでその内容を広範囲にわたって明らかにしてきたところである。ここで、特に、学説においては、わが国で物権的請求権を考える際の比較法の対象として、物権的請求権を明文規定をもって定めるドイツ法の状況が引き合いに出されること

が多いということに注意する必要がある^①。というのも、とりわけ、わが国の物権的請求権の要件について述べられることは、多くの場合、ドイツの物権的請求権の要件論の影響を色濃く受けていると思われるからである^②。

このような状況に鑑み、私も、これまで、わが国の物権的請求権の役割りを考えるにあたり、ドイツ法を比較法の対象としてきた^③。そして、その研究の中で、既に指摘されていたことではあるが、ドイツと日本では、自然力による土地所有権の妨害の取り扱いにつき、異なるところがあることを改めて確認した次第である^④。そこで、本稿の問題意識との関係上、前述のことに関する日独法の相違について、その概略を確認しておくことにしたい。

まず、わが国の解釈論の状況からみると、このことに関して、物権的請求権の要件との関係で重要であるのは、請求の相手方の故意・過失といった帰責性要件の要否である。わが国の判例・通説は、この要件に関し、ドイツにおけるのと同様、「請求の相手方の故意・過失」を要件とは解していない^⑤。つまり、判例・通説によると、物権的請求権の要件としては、問題となっていない物権の内容に客観的に反する状態が存するか否かが問われるにすぎず、請求の相手方の故意・過失によって当該状態が生じたか否かは重要ではないのである。そして、このことに関連して、特に学説では、請求の相手方と目される者の存在を前提として、当該妨害が自然力(不可抗力)を原因として生じているような場合にも、物権的請求権が生じると解されている^⑥。

これに対し、ドイツの要件論をみると、ドイツでも、物権的請求権の根拠規定からして、請求の相手方の故意・過失は要件とされておらず、判例・通説もその通りに解している^⑦。しかし、ここで、ドイツの判例・通説によると、例えばドイツ民法(以下、BGBと略す)一〇〇四条の意味における所有権侵害という要件に関し、それがもつばら自然力を原因とする場合には、BGB一〇〇四条の要件は充たされないと解されている(詳細は後述する)。

以上で述べたことから明らかなように、日本とドイツでは、自然力による侵害(妨害)の取り扱いにつき、要件論

での相違が存するのである。

さらに、この要件論の相違に関連して、効果論の面でも日本とドイツでは相違が認められる。ここでは、まず、ドイツ法からみると、ここでは、物權的請求權の内容につき、それが基本的に請求の相手方の（積極的）行為を内容とするということにはば異論はない。

これに対し、わが国の状況であるが、周知の通り、物權的請求權の内容に関しては、特に自然力等の不可抗力による物權侵害の取り扱いを中心に、物權的請求權を行為請求權と解するか忍容請求權と解するかということにつき、費用負担の問題も含めた議論が行われている。

以上のような状況に鑑み、本稿の問題意識との関係で注意を要するのは、次のことである。つまり、それは、わが国の物權的請求權の解釈論においては、そもそも要件充足との関係では物權侵害の原因如何を問わないとするにもかかわらず、その効果が論じられる段階になると、要件としては重要視されなかつた物權侵害の原因がここで初めて考慮すべき重要な要素として問題とされているといえるのではないかということである。このことは、さらに言い換えるならば、次のような日独法の相違に行き着くように思われる。つまり、それは、自然力等による物權侵害の取り扱いつき、ドイツでは、それを物權的請求權の要件充足の問題として位置づけるのに対し、わが国では、それを物權的請求權の内容、つまり効果の問題として位置づけるという相違である。結局のところ、ドイツでは、物權的請求權は原則行為請求權であるとの理解を前提に、請求の相手方の故意・過失が要件とされなくとも、そのような効果を導くために物權的請求權の要件として何が要求されるのかということが、自然力による物權侵害との関係でも問われているといえ、他方日本ではそのような捉え方はされていないということになる。

ここで、前述のような日独法の相違を踏まえ、改めてわが国の物權的請求權論を考えると、わが国でも物權侵

害の原因如何を要件論との関係で問うてみる必要があるのではないかと思われる。というのも、ある法律効果を導くために、どのような要件が必要かという視点も重要であると考えるからである。このような視点は、特に、物権的請求権を行為請求権と解する場合に重要となる。何故なら、自然力を原因とする物権侵害が存する場合、ある者が請求の相手方と認められれば、その者は、故意・過失とは異なる根拠で、侵害除去等の行為義務を課される結果となり、結局のところ、そうであるならば、請求の相手方は誰かという認定基準の中に、行為義務についての帰責の根拠が含まれるということになってくると考えられるからである。

そこで、以下では、まず、前述したドイツの法状況につき、自然力を原因とする妨害と請求の相手方に関する判例・学説の詳細な状況を改めて確認することにした。本稿では、その作業を通じ、ドイツの物権的請求権の要件としての侵害 (*die Beeinträchtigung*) 及び請求の相手方 (*妨害者*・*der Störer*) の捉え方が現在のドイツにおいてどのようなものであるのかということ明らかにすることを第一の目的とする。そして、それを踏まえ、第二に、本稿では、わが国で物権的請求権が自然力を原因とする物権侵害に対しどのような有用性を有するのかということを検討することにした。特に、わが国では、物権的請求権が請求の相手方の故意・過失を要件としないことに関連して、同請求権が地震等の自然災害を原因とする物権侵害の際にも一つの私法上の救済手段として位置づけられることがある。¹⁰⁾ 本稿では、そのような救済手段としての物権的請求権の有用性とその限界についても言及することにした。

なお、最後に、本稿の考察の対象であるが、本稿では、ドイツで自然力を原因とする妨害の取り扱いにつき議論の蓄積のある BGB 一〇〇四条の請求権に限定して、以下考察を進めることにする。したがって、本稿の考察の対象は、基本的に、土地所有権に基づく物権的妨害排除請求権及び妨害予防請求権に限定することを予めお断りしておきたい。

〈注〉

(1) 例えば、所有権に基づく物権的請求権について、ドイツ民法 (BGB) には、次のような規定が置かれている。まず、九八五条では所有物返還請求権が、そして、一〇〇四条ではわが国でいうところの妨害排除請求権及び妨害予防請求権に対応する請求権が、各々所有者に認められている。また、一〇〇五条によって所有者に認められる引取認容請求権も物権的請求権の一つに位置づけられ (etwa vgl. Staudinger (=) von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht § 985-1011, 13. Bearb., 1993) / Gursky, Vorbem zu § 985-1007 Rn. 1)。なお、BGB 一〇〇五条の請求権については、ここでは、ひとまず、山田晟「物権的請求権としての「引取請求権」について」法学協会編「法学協会百周年記念論集第三卷」(有斐閣・一九八三年) 一頁以下、小川保弘「所有物妨害除去請求権について」ドイツにおける請求権内容解釈論の考察」小川保弘「物権法研究」(法律文化社・一九八五年、初出: 法学三七卷三・四合併号(一九七四年)) 三頁以下を参照。

(2) 例えば、わが国の物権的返還請求権については、多くの場合、他人(無権原者)が物権の目的物を占有することにより当該物権が侵害されているときに(その反面で、物権者は目的物の占有を失っている)、現にその物を占有する者に対し認められるものと説明されている。特に、ここで注意を要するのは、返還請求権の相手方として、物の「占有者(Besitzer)」を想定していることである。BGB 民法九八五条は、BGB 一〇〇四条及び一〇〇五条と共に、所有権に基づく物権的請求権制度を支えるものであり、特に九八五条が請求の相手方として占有者を予定していることは、BGB 一〇〇五条と深いかかわりを有するものである。しかし、わが国では、学説の一部を除いて、BGB 一〇〇五条に対応するような請求権を認めないことから、ドイツと同様、所有物返還請求権の相手方を占有者とする場合には、ドイツでは生じていないような問題が生じてくることになると思われる(つまり、物権的請求権の内容(費用負担)をめぐるわが国の問題である)。なお、物権的請求権の内容の問題との関連で、わが国の所有物返還請求権の要件として、相手方の占有(取得)という要件を外す可能性を示唆するものに、奥田昌道「物権的請求権について」法学教室一九八号(一九九七年) 七頁以下があるので、是非参照いただきたい。

(3) ここでは、さしあたり、拙稿「物権的請求権の再検討」私法六五号(二〇〇三年) 一九五頁以下参照。

(4) 拙稿「物権的請求権の再検討」(一) 広島法学二二卷二号(一九九八年) 一六一頁以下(特に判例の動向について一九三頁以下)、「物権的請求権の再検討」(二・完) 二二卷三号(一九九九年) 六一頁以下(特に学説の動向について六五頁以下、日独法の解釈論の相違について一〇五頁) 参照。また、拙稿に先行する研究業績については、紙幅の関係上、前掲・広島法学二二卷二号二〇三頁注

(63) 及び舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法(6) 物権(1)』(有斐閣・一九九七年)一七二頁以下〔好美清光〕を参照いただきたい。

(5) 比較的早い時期に請求の相手方の「故意・過失」の有無を問わないと明確に述べる判決に、大審院昭和二年一月十九日判決(民集一六卷一八八頁)があり、その後も、請求の相手方の「故意・過失」を問わないとするのが判例の立場であるとされている。学説については、例えば、代表的なものとして、我妻栄＝有泉亨補訂『新訂物権法』(岩波書店・一九八三年)一六三頁、一六六頁、舟橋＝徳本編・前掲書(前注(4))一〇四頁〔好美〕等参照。

(6) なお、判例が、不可抗力を原因とする侵害事例において、どのような立場をとるかということとは明らかでない(態度を保留。例えば、前掲・大審院昭和二年判決(前注(5))参照。その後の裁判例においても、下級審判決を中心に、不可抗力の場合の取り扱いにつき留保するものがいくつも見受けられる)。これに対し、学説の大多数は、自然力や不可抗力を原因とするような場合についても、物権的請求権が生じると解している(むしろ、物権的請求権が生じないとするものはほとんどない)。

(7) BGB 九八五条及び一〇〇四条とも、その請求の相手方(占有者又は妨害者)の故意・過失を要件とするような文言とはなっていない。なお、ドイツでは、特に不法行為法上の損害賠償請求権との関係から、BGB 一〇〇四条に基づく請求権につき、請求の相手方の故意・過失が要件とされるか否かが問題とされる。例えば、同条の請求権につき、それが要件とされないことを明示する比較的最近の連邦通常裁判所の判決として、連邦通常裁判所(第三民事部)一九九〇年三月八日判決(BGHZ 110, 313 = NJW 1990, 2058)を挙げることができる。また、BGB の注釈書等においても、同条の請求権との関係で、連邦通常裁判所の判例を引き合ひに出している、それが要件とは解されていないことが明示されている(例えば、RGRK (= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrg. von Mitgliedern des BGH, Bd. 3 Teil. 1 (§§ 854-1011), 12. Aufl., 1979) / Pikart, § 1004 Rn. 38 und 54; AnwKomm (= Dauner-Lieb / Heidel / Ring, AnwaltKommentar BGB, Band 3: Sachenrecht (hrsg. von Ring / Grziwotz / Keukenschrijver), 2004) / Keukenschrijver, § 1004 Rn. 82; MünchKomm (= Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Sachenrecht, 4. Aufl., 2004) / Medicus, § 1004 Rn. 58 等参照)。

(8) これについて述べるわが国の文献は比較的多いが、ここでは、ひとまず、小川・前掲論文(前注(1))三頁以下、田中康博「物権的請求権における「責任要件」について」六甲台論集三四卷四号(一九八八年)一三三頁以下、鷹巢信孝「所有権に基づく妨害排除請求権」佐賀大学経済論集二二卷三号(一九八八年)一〇五頁以下(鷹巢信孝『所有権と占有権』(成文堂・二〇〇三年)五七頁

以下に所収)、田中康博「所有権に基づく物権的請求権の請求権内容について」京都学園法学創刊号(一九九〇年)五三頁以下等を参照のこと。

(9) この問題に関するわが国の議論状況について整理する文献は非常に多い。しかし、本稿では、特に不可抗力事例を用いて問題状況をわかりやすくまとめたものとして、近江幸治「物権法〔第3版〕」(成文堂・二〇〇六年)三〇頁以下を、また、請求内容に関するわが国の判例・学説の詳細な整理・分析の成果として、舟橋II徳本編・前掲書(前注(4))一六〇頁以下(「好美」)を挙げるにとどめさせていただく。

(10) なお、学説には、自然災害のような天災による被害について、民事的処理によるべきではないという趣旨の指摘をするものもいくつか見受けられることに注意する必要がある(例えば、広中俊雄「物権法〔第二版増補〕」(青林書院・一九八九年)二六六頁以下、水辺芳郎「物権的請求権と費用の負担」加藤一郎編「民法の争点I総則・物権・親族・相続」(有斐閣・一九八五年)九六頁以下、山野目章夫「初歩からはじめる物権法〔第四版〕」(日本評論社・二〇〇五年)九三頁等参照)。

二 ドイツ法の状況

それでは、以下、BGB一〇〇四条の侵害除去請求権(Beseitigungsanspruch)及び不作為請求権(Unterlassungsanspruch)について、自然力による土地所有権の妨害の取り扱いに関する判例・学説の動向をみていくことにする。なお、以下では、まずBGB一〇〇四条の請求権とその要件の概略を確認した上で、判例の動向を考察し、その後に、この問題に関する学説の動向をみることにしたい。

1 BGB一〇〇四条に基づく請求権とその要件

【BGB一〇〇四条・除去請求権及び不作為請求権(仮訳)】

①所有者は、その所有権が占有の侵奪又は抑留とは異なる方法で侵害されるときには、妨害者にその侵害の除去を請求することができる。引き続き侵害が懸念されるときには、所有者は、不作為を訴求することができる。

②所有者が忍容義務を負うときには、前項の請求をすることはできない。

所有権に基づく物権的請求権のうち、いわゆるわが国でいうところの妨害排除請求権及び妨害予防請求権について定めるのが、BGB一〇〇四条である。同条に基づく請求権の要件としては、所有権の侵害及び請求の相手方となるべき妨害者の存在が重要となる。

ここで、自然力を原因とする妨害の取り扱いを除いて、これら二つの要件に関し、一般的に述べられていることを確認することにする。

まず、BGB一〇〇四条の意味における所有権侵害については、その文言からも明らかなように、「占有の侵奪又は抑留とは異なる方法」での「所有権の内容（BGB九〇三条）に反するあらゆる状態」であると解されている。¹¹なお、判例・通説によると、BGB一〇〇四条二項の解釈と関連して、当該侵害が違法であるということも要件であると解されている。¹²

次に、妨害者という要件、また所有権侵害という要件にも関連するが、BGB一〇〇四条の文言からも明らかなように、前述したとおり、妨害者の故意・過失は要件ではない。ただし、ここで、その詳細については後述するが、ドイツの判例・通説によると、請求の相手方が「妨害者として」問題となっている侵害について「責任を負う」ということが要件とされると解されていることには注意が必要である。

〈注〉

(11) 例え、Palandt (= Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., 2007) / Bassenge, § 1004 Rn. 6 参照。また、最近の連邦通常裁判所の判決としては、連邦通常裁判所 (第五民事部) 二〇〇〇年九月二二日判決 (NJW-RR 2001, 232)、同二〇〇五年十二月四日判決 (NJW 2005, 1366)、同二〇〇六年十一月一日判決 (NJW 2007, 432) 等を挙げることが出来る。

(12) 例え、Palandt / Bassenge, § 1004 Rn. 12; MünchKomm / Medicus, § 1004 Rn. 59 等参照。また、この詳細については、拙稿・広島法學二巻三号 (前注 (4)) 七六頁以下の他、違法性を要件とすることに批判的な Jaernig (= BGB, 11. Aufl., 2004) / Jaernig, § 1004 Rn. 21 等も参照のこと。

2 判例の動向

(1) 具体的事例⁽¹³⁾

〔1〕連邦通常裁判所 (第五民事部) 一九八四年三月二日判決 (BGHZ 90, 255 = NJW 1984, 2207)

【事案の概要】

原告 X は、大きな庭のある土地の所有者である。X は、その所有地及びそれに隣接する賃借地で農業を営んでいた。X 所有地の上方にある斜面に、被告 Y が賃借している大きな耕作地が存在し、Y は、そこで、一九八〇年にはトウモロコシを、そして、一九八一年には春小麦を栽培した。一九八〇年の夏に、Y は、トウモロコシ畑に除草剤をまいた。およそ二週間後、土地の勾配のために、除草剤に含まれていた (化学) 物質の混入した雨水が、X の耕作地に達することとなった。一九八一年の秋には、Y の耕作地から流れ出た雨水によって、X の賃借地で幅四五センチ、深さ一メートルの溝が生じ、X の賃借地から約八トンの農土が洗い流された。X は、Y の耕作地から流されて堆積することとなった除草剤の作用によって生じた収獲の損失について、二〇二五 DM の損害賠償を請求した。さらに、X は、Y に

対し、Y の耕作地から X が農業利用している土地に水が地表面を流出してくること、及び X の土地での損害の発生を阻止するために適切な措置を講じるよう請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、X の不作為請求権について次のように判示した（損害賠償請求については省略）。

「…不作為請求権は、次の場合にのみ存する。つまり、Y が、泥の堆積による X の将来的な侵害について、妨害者として責任を負う場合である。しかし、ライヒ裁判所及び連邦通常裁判所の判例によると、作用の発生している土地の所有権又は占有という単なる事情では、そのために十分ではない。むしろ、侵害は、少なくとも、間接的に、所有者又は占有者の意思に還元されるものでなければならぬ（RGZ 134, 231 [233f.] RGZ 149, 205 [210f.] BGHZ 19, 126 [129f.] = NJW 1956, 382 BGHZ 28, 110 [111f.]）。このことから、自然現象によって引き起こされた妨害の発生している土地の所有者には、次の場合にのみ、この侵害の責任を負わせることができる。つまり、その所有者が、自らの行為…（RG, Sauffa 60 Nr. 55）もしくは土地の性状を人為的に変更したこと（BGHZ 49, 340 [346] = NJW 1968, 1281）さらに BGH, NJW 1980, 2580）により、その侵害を可能ならしめた場合、又は、その侵害が、義務に違反した不作為によって初めて引き起こされた場合（RGZ 134, 231 [234f.] RGZ 149, 205 [210]）である。X は、次のことを十分説得的に申し述べてない。つまり、Y が、通常の農業的利用の範囲を超えて、その賃借している土地の状態に、泥の流出を促進する前述したような干渉をしたということである。Y が毎年ではなく通常の輪作という方法で農地をトウモロコシで耕作したという事実だけでは、連邦通常裁判所の法廷判決が基礎を置いているような経済的利用の変更を意味しない（BGHZ 49, 340 [346] = NJW 1968, 1281）。農地の際に不可欠な耕作方法、ならびに、様々な農作物の種まき及び収穫と必然的に結びつく地表面の変化は、その土地の自然の特性である。このことから、前述のことに起因する隣

接土地への外部効果は、防御請求權を理由付けない。その申し立てによると不規則になされた一九八〇年の二度の耕作をXが引き合いに出す限りでは、そのことによつて、一九八三年の控訴審の口頭弁論時点においてなお、土壤浸食の危険が測定可能なほど如何に上昇したのかということ¹⁴が、詳細に説明されていない。したがつて、所与の事情の下では、Yは土壤流出の不作为の義務を負わない。」

〔2〕連邦通常裁判所（第六民事部）一九八五年二月二日判決（NJW 1985, 1773）

【事案の概要】

当事者は、土地の隣人である。被告Yの所有地は、（耕作されていない）樹木と灌木の生い茂つた岩の多い傾斜地である。その傾斜地のすそに、原告Xの所有地があり、同地には境界線から五〜一〇メートル離れたところに家屋が立っていた。一九八一年一〇月二七日、雷雨の結果、Yの土地からX所有地に、多くの岩石がはがれ落ちてきた。その際、X所有地の垣根が崩壊した。そこで、Xは、Yに対し、岩石の除去のための費用及び損害賠償として約九三五一DMの支払いを請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、土地の所有者（*ii*）ではY（の状態責任（*Zustandshaftung*）との関係で、次のように判示した（損害賠償請求については省略）。

「…Xに損害を与えた落石は、もつぱら自然力的作用によつて引き起こされた。落石は、Yの傾斜地の人間の手（*Menschenhand*）によつて行われた変更にも、その経済的利用にも還元することはできない。このような事例では、ライヒ裁判所及び連邦通常裁判所は、これまでの判例においてBGB一〇〇四条による当該隣人のネガトリアの除去

請求権を否定してきた。というのは、侵害がある土地から発生しているという事情だけでは、その土地の所有者をなお妨害者とすることはないからである。つまり、侵害が少なくとも間接的に土地所有者の意思に還元することができるときに初めて、その者は妨害者とされるのである (RGZ 134, 231 [234]r. RGZ 149, 205 [210]r. BGHZ 19, 126 [129] = NJW 1956, 382. BGHZ 28, 110 [111] = NJW 1958, 1580r. 前掲 [1] 判決)。」

〔3〕連邦通常裁判所 (第三民事部) 一九九一年四月一八日判決 (BGHZ 114, 183 = NJW 1991, 2770)

【事案の概要】

原告 X は、土地家屋の所有者である。被告 Y は、X 所有地よりも高いところにある隣地所有者である。X の主張によると、次のような事実が存したとされる。つまり、Y がその所有地を牧草地としてではなく、トウモロコシの栽培のために利用するようになって以降、Y 所有地の土壌がほとんど雨水を吸収しなくなり、その結果、ひどい降雨の際には、Y 所有地から X 所有地に滝のように水が流れ込んで来るようになった。そのおかげで、X の前権利者によって境界線に沿って設置された壁は倒壊しそうになっている。Y の父親の同意を得て X の前権利者によって隣地に作られた排水溝は、そうこうしている間に砂で埋まったしまったというようなのである。そこで、X は、Y に対し、Y 所有地の地表面を流れ落ちてくる水が X の土地を侵害しないようにするために必要な措置を講じるよう請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、X の BGB 法一〇〇四条の請求権について、次のように判示した。

「控訴審裁判所の想定に反して、本件では、BGB 一〇〇四条…の要件は存しない。

上告は、適切に、次のことを指摘する。つまり、防御すべき侵害がもつばら自然方に還元されるときには、BGB

一〇〇四条の要件は充たされないことである。防御請求権は、次のことを要件とする。つまり、Yが、妨害者として、その侵害について責任を負うことである。連邦通常裁判所の判例によると、作用の発生している土地の所有権という事情だけでは、このために十分ではない。むしろ、侵害は、少なくとも間接的に、所有者の意思に還元されなければならない(前掲「1・2」判決)。このことから、自然現象によって引き起こされた妨害の発生している土地の所有者は、次の場合にのみ、この侵害の責任を負う。つまり、その者が自らの行為によってその侵害を可能ならしめたか、又は、その侵害が義務に違反した不作为によって初めて引き起こされた場合である(前掲「2」判決)。

つまり、ここでは、それは存しない。∴(以下、中略)

∴Yが牧草地からトウモロコシの耕作地への利用に移行したという事実だけでは、Y所有地の状態へのYの干渉(つまり、それは、許容されない変更を意味し、かつYをBGB一〇〇四条の意味での妨害者と思わせるような干渉)を意味しない。農地の際に不可欠な耕作方法、ならびに、輪作と必然的に結びつく地表面の変化は、土地の自然の特性に属するものである。つまり、このことに起因する隣接土地への外部効果は、BGB一〇〇四条による防御請求権を理由付けはしない(前掲「1」判決)。

〔4〕連邦通常裁判所(第五民事部)一九九二年一月二〇日判決(BGHZ 120, 239 = NJW 1993, 925)

【事案の概要】

原告X及びその妻は、I市の土地の共有者である。Xらの共有地に隣接する土地は、被告Yの所有地である。一九八六年に、Yは、所轄官庁の許可を得て、その所有地に池を造った。その後、Xは、Y所有地の池に生息するカエルの鳴き声によって、一年のうちの何ヶ月もの間、睡眠を妨害されるようになり、それを避けるため、その期間は、市

内のアパートに移り住まざるを得なくなつたと主張した。そこで、Xは、Yに対し、池の干拓、及び、Xらが市内のアパートに移り住むことよつて生じた損害の賠償を請求した。また、Xは、予備的に、雄のカエルの除去、さらにはカエルの鳴き声による侵害を除去するために適当な措置を講じるようYに求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、Xの BGB 一〇〇四条一項二文による不作為請求権を否定した控訴審裁判所の判断には法的誤りがあるとし、Xの不作為請求権が認められる可能性があるとの判断をまず下した。ただし、本件では、Xの請求の対象となつてゐるカエルが、連邦自然保護法 (BNatSchG) の保護の対象となる野生生物であつたこと等から、Xの請求権が認められるかどうかについては、同法との関係にも配慮する必要があるがあつた。そこで、同裁判所は、Xの請求のうち、カエル（もしくは特に騒々しい個体のみ）の除去、及び、他の生活空間にカエルを移住させることにかかわる請求については、連邦自然保護法二〇条f一項一号が「特別に保護されている種の野生生物の追跡、捕獲、死傷、又は、その自然の發展形態、営巣・抱卵・生息地及び安住地の：毀損もしくは破壊」を禁止していることとの関係上、同法に違反するとの判断を下した。しかし、その一方で、自然保護法上も禁止されない騒音を防止するための有望な措置を求めることについては、それが認められる可能性があることを示唆する判断を下した。

ここで、この騒音防止措置に向けられる請求に関して、本件では、連邦自然保護法との関係上、所轄官庁による許可がYに付与されるかどうか問題とされた。また、Xの金銭の支払いに向けられる請求権との関係で、特に BGB 九〇六条二項の類推による補償請求権が認められることの前提として、Xに BGB 一〇〇四条の防御請求権が認められるかどうかということも問題となる。これに加え、Y自身が自らの妨害者資格を否定する主張をしたことから、裁判所は、本来的にYが妨害者として責任を負うかどうかにつき（これ以外の判示については省略）、次のように判示

した。

「：Yは、不当に、その妨害者資格に疑いを抱いている。確かに、防御されるべき侵害がもつぱら自然力に還元されるときに、BGB一〇〇四条の要件が充たされないとすることは正しい。作用がある特定の土地から発生しているという事情が、その土地の所有者を妨害者とするのではない。むしろ、侵害が少なくとも間接的にその所有者の意思に還元されるということが不可欠である（前掲「1・2・3」判決）。しかし、本件はそのような事例である。Yの自由意思に起因する施設及び庭池の維持管理によつて、Yは、カエルが定住し得、かつ今やそれに対応する騒音侵害を呼び起こす条件をもたらした。このような事実状況は、土地所有者によつて植えられた樹木が隣接する土地の排水管に侵入しそれを逼塞させたときと何ら異なる判断を下させるものではない（BGHZ 106, 142 [144] = NJW 1989, 1032）。自然保護法が騒音の除去のための有望な措置を禁止するという理由から、一般的に妨害者資格が消滅するかどうかということは、ここでは未解決のままの問題であり得る。いずれにせよ、Yが成功する見込みをもつて連邦自然保護法三一条による例外的許可の申請をなすことができる、つまり一般的禁止を解かせうる限りで、Yは妨害者である。つまり、そのような事例においては、騒音侵害がYの意思にも依存するということは確定している（BGHZ 29, 314 [317] = NJW 1959, 936 BGHZ 41, 393 [397] = NJW 1964, 1794。）」

【5】連邦通常裁判所（第五民事部）一九九三年四月二三日判決（BGHZ 122, 283 = NJW 1993, 1855）

【事案の概要】

原告Xと被告Yは、隣接する土地の所有者である。一九九〇年二月に、暴風を伴った非常に強い嵐が、その地域を通過した。この嵐は、Y所有地に植わっていた二本のトウヒを倒し、その樹木は、X所有地のガレージの屋根及び家

屋の一部に被害を与えた。そこで、Xは、Y（及びその夫）に対し、損害の除去に必要な費用として約二一〇一八DMの支払いを求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、XのYに対する相隣法上の補償請求権との関係で、XのBGB一〇〇四条に基づく請求権につき、次のように判示した。

「…Xには、BGB九〇六条二項二文の類推適用において、Yに対する（無過失の）相隣法上の補償請求権は認められない。

…相隣法上の補償請求権は、侵害の除去もしくは不作為に向けられるBGB一〇〇四条一項による主位的な防御請求権に代わるものである（BGHZ 85, 375 [384] = NJW 1983, 872。前掲 [1] 判決。BGHZ 111, 158 [162ff.] = NJW 1990, 1910）。つまり、その補償請求権は、YがXのような防御請求権の相手方とされることを要件とする。しかし、本件では、そのような請求権は存しない。

BGB一〇〇四条一項の防御請求権は、Yが妨害者として責任を負うということを要件とする。そのためには、連邦通常裁判所の判例によると、作用の発生している土地の所有者としての単なる地位では十分ではない（BGHZ 28, 110 [11ff.] = NJW 1958, 1580）。むしろ、侵害は、少なくとも間接的に、所有者の意思に還元されるのでなければならぬ（前掲 [1・2・3・4] 判決）。自然現象によって引き起こされた侵害について、所有者は、少なくとも次の場合に、その責任を負わされることがある。つまり、彼が自らの行為によってその侵害を可能ならしめたか、又は、その侵害が義務に違反した不作為によって初めてもたらされた場合である（前掲 [1] 判決）。しかし、その場合に、所有者が作出したか、もしくはは義務を負う状態が隣接土地にとって具体的な妨害源を形成するということが、侵

害について責任を負うことのさらなる要件である。

通常、抵抗力のある樹木を単に植栽し生育することは、なおそのような危険な状況を理由付けはしない。その場合にも、自然災害に際して損害が除外できないということには、控訴審裁判所が適切に述べているように、何の変わりもない。何故なら、このような全く異例な外部に現れた現象は、確かに想像は可能であっても、通常予期し得ないからである。つまり、それが生じる前に、隣接土地にとって重大な危険は、自然力の通常的作用に対し十分に抵抗力のあるその土地に植えられた樹木から発生していないのである。それ故に、BGB一〇〇四条一項の範囲における責任は、隣接土地所有者によって維持管理されている樹木が病気又は老化の結果この抵抗力を失ったときに初めて生じるのである。∴ (以下、中略)

控訴審裁判所の認定によると、小さい方の病気にかかっていたトウヒが倒れることによって、Xには取り立てて言うほどの追加的な不利益は生じていない。しかし、大きい方の樹木は、その安定性の点で侵害されてはならず、そして、それ故に、一九九〇年二月二六日の嵐が始まるまでは、隣人にとって、BGB一〇〇四条一項一文の意味での侵害と同置されるような重大な危険を意味しなかった。

そのことは、異常な強さの嵐の間に、初めて樹幹が折れ、トウヒが隣接土地に倒れるというように変化した。しかし、このときには、もはや、控訴審裁判所が当然に述べるように、Yは、その危険な状態を除去することができる状況にはなかった。今では、これらの理由から、隣接土地の侵害について、Yに妨害者としての責任を負わせることはできない。」

[6] 連邦通常裁判所 (第五民事部) 一九九五年七月七日判決 (NJW 1995, 2633)

【事案の概要】

原告 X は、土地の所有者であり、その所有地には松が植えられていた。被告 Y は、X 所有地に隣接する土地の所有者であり、Y 所有地にはカラ松があった。Y 所有地のカラ松はワタアブラムシに見舞われ、その後、Y 所有地のカラ松から X 所有地の松に、ワタアブラムシが伝播した。そこで、X は、Y に対し、このワタアブラムシの侵入を阻止するよう請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、X の BGB 一〇〇四条の請求権を否定した原審判決を支持し、次のように判示した。

「：侵害がもつばら自然力に還元されるときに、BGB 一〇〇四条の要件が充たされないということは、連邦通常裁判所のこれまでの判例に合致する。防御請求権は、Y が妨害者として責任を負うことを要件とする。作用の発生している土地の所有権という単なる事情では、そのために十分ではない。むしろ、侵害は、少なくとも間接的に、所有者の意思に還元されなければならない (BGHZ 28, 110 [11] = NJW 1958, 1580' 前掲 [1・3・4・5] 判決)。自然現象によって引き起こされた妨害は、次の場合にのみ、土地の所有者に責任を負わせることができる。つまり、その者がその妨害を自らの行為によって可能ならしめたか、又は、その侵害が義務に違反した不作為によって引き起こされた場合である (前掲 [1・3・5] 判決)。このことは、学説における全く支配的な見解にも合致する。

法律上詳細に定められておらず、かつ最も争いのある妨害者概念の問題を原因として、特に土地の状態からの自然の作用の領域で、次のような問題が生じている。つまり、それは、概念的に一般的に妥当するのではなく、事例毎に評価を加えながら考察することによってのみ解決される常に困難な境界付けという問題である。所有者がその自らの行為によって自然の作用を可能ならしめたかどうかという問題について、純粹に自然科学的な因果性の概念がその基

準とされるときには、土地の所有者は、非常に広範囲にわたって、次のような作用の責任をも負わされることになる。つまり、それは、一般的な危険を意味し、かつ、利用紛争に関する相隣法の規定（BGB九〇三条以下）の趣旨・目的に従っても、もはや責任を負わされ得ることのない作用である。…（以下、中略）…、ここで争いの対象となつている侵害は、評価を加えて考察する際には、もはや間接的にも、土地所有者の意思に還元することはできない。…（以下、省略）…

「このことから、Yの妨害者資格は、次の場合にのみ問題となる。つまり、義務に違反した不作為が、Yにその責めを負わせ得る場合である。上告は、噴霧剤によるワタアブラムシの駆除の可能性を指摘しているにすぎない。しかし、さしあたり、次のことが問題である。つまり、それは、Yに保障関係（Garantenstellung）があるかどうか、したがってYが法律上の行為義務を負わされているかどうかと同一ことである（BGHZ 28, 110 [11] = NJW 1958, 1580）。しかし、控訴審裁判所は、適切に、害虫駆除というYの義務を生じさせ得る根拠を認めなかった。このことは、個々の事例において、成文法上の規定が害虫への対策を義務づけているときには、異なることがあり得る。しかし、本件は、そのような事例ではない。」

〔7〕連邦通常裁判所（第五民事部）一九九六年一月一九日判決（NJW-RR 1996, 659）

【事案の概要】

原告Xは、ライン川に沿って走っている道路の向こう側ですぐに上り勾配となつている傾斜地の所有者である。Xの土地は、一九七〇年の初めまで、硬砂岩を得るための採石場として用いられてきた。Xは、その土地を一九八八年に、訴外Aから取得した（なお、Aは、最後まで採石場を操業していたB有限会社の経営者（故人）の妻である）。

被告 Y の土地は、X の土地の上方に位置する急勾配の傾斜地である。

本件において、X は、次のように主張した。つまり、「X 所有地にとって、差し迫った落石の危険が Y 所有地から発生している。この危険は、自然現象に還元しうるものではなく、むしろ、Y 自身によって行われ、Y が同意し、又はいずれにせよ Y がそれを阻止しなかった硬砂岩の採石に還元しうるものである」というようである。そこで、X は、Y に対し、その所有地から岩石が X 所有地に崩れ落ちないようにするための適切な措置を講じるよう請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、X の B G B 一〇〇四条に基づく請求権について、次のように判示した。

「確かに、正当に、控訴審裁判所は、B G B 一〇〇四条一項による X の防御請求権を肯定した。Y の土地から発生している落石の危険がその全く主たる原因を X の土地から Y の土地に広げられた採掘措置（硬砂岩の壁）に有するということ、明らかに認められる。そのことによって、そこには、露出した急勾配の壁（つまり、そこから、X の土地に斜面地を転がり落ちてくる岩石がはがれ落ちている）が生じた。控訴審裁判所が適切に述べているように、Y は、次の限りにおいて、状態妨害者として責任を負う。つまり、Y が、その物の状態について、所有者として責任を負う限りにおいてである（BGH, NJW 1989, 2541 [2542]）。傾斜地の自然の性状から導かれ、かつ、もっぱら自然力の作用によって引き起こされた落石の危険（X は原則的にそれを防御することはできない）の問題ではなく、傾斜地の経済的利用との関係において、人の手によって行われた傾斜地の変更の結果の問題である（前掲「2」判決）。

Y に対するネガトリア的請求権は、上告理由に反して、次のこと（つまり、Y が、その主張によると、これまで自らその所有地で硬砂岩の採掘をしたことはなく、その採掘を許容も黙認もしたことはなく、むしろ、B 会社もしくは第三者が Y の了解等を得ないで勝手に危険な傾斜地を作出したということ）でも否定されない。∴（以下、中略）∴

岩石の採掘が隣接する土地にとって危険をはらんだものであり、そして、そのことから、Xの不利益となる許容されない大きな物体によるイミッシオンが生じるときには、Yは、そのイミッシオンを阻止しなければならぬ。何故なら、この状態の維持は、今では、控訴審裁判所も強調するように、Yの意思に還元されるからである(BGH, NJW, 1966, 1360 [361] RGZ 149, 205 [211])。その限りでは、(その権利の前主が隣接する土地にとって妨害している状態にした)土地所有権における権利の承継の事例との相違は存しない。この状態についても、権利の承継人は、無制限に、(その承継人がこれにいかほど自ら寄与したのかということ、そして、彼がこの妨害している状態を知っていたかどうかを問題とすることなく)責任を負う(BGH, NJW, 1968, 1327)。」

【8】連邦通常裁判所(第五民事部)二〇〇一年二月一六日判決(NJW-RR 2001, 1208)

【事案の概要】

原告Xは、ワイン製造業者で、ブドウ畑でブドウの木を栽培していた。被告Yも、同じくワイン製造業者で、Xのブドウ畑に隣接するブドウ畑でブドウの木を栽培していた。一九九五年に、X・Yの両畑のブドウの木で、うどん粉病が大規模に発生した。この年、Yはそのブドウ畑を耕作せず、むしろ許容される最高収穫量を増やすために他の農地を利用していたので、Yの土地では妨げられることなくキノコが広がることとなった。Xは、前述のことが、Xが樹木の保護手段をしつかりと講じたにもかかわらず阻止することのできなかつた風によるキノコ被害の拡大をもたらした、そのことによって、収穫量と品質の損失を被ったと主張した。そこで、Xは、Yに対し、この損失による損害賠償として、七〇三八〇DM余りの支払いを請求した。

【判旨】

本判決において、連邦通常裁判所は、X の損害賠償請求権に關し、Y の責任を BGB 八二三条二項の保護法律違反との關係で論じる際に、Y が本件において BGB 一〇〇四条の妨害者として責任を負うかどうかにつき、次のように判示した。

「∴責任が BGB 一〇〇四条と関連した BGB 八二三条二項に結びつけられるときには、Y が BGB 一〇〇四条一項の意味における妨害者であるということが要件となる。それは、ここで再び、所有権侵害が少なくとも間接的に Y の意思に還元されること (BGHZ 142, 66 [69] = NJW 1999, 2896)、つまり不作為の際には行為義務が存するときのみ想定されうるということを前提とする。したがって、その限りにおいても、Y に相應の保全義務 (Verkehrssicherungspflicht) が課されるかどうかということが問題となる (前掲 [6] 判決)。」

「もっぱら自然力に還元される侵害がある土地から発生しているときに、BGB 一〇〇四条の要件は充たされないということは、本法廷の判例に合致する (前掲 [1・3・6] 判決)。同時に、そのことは、そのような事例においては、その利用者に特殊な保全義務を課することができるということを排除する。確かに、控訴審裁判所は、土地のブドウ栽培のための農業的利用及びそれに伴う単作が、うどん粉病と同様、植物への加害の広がりを助長したということとを認定した。このことから、キノコ被害は、まさしく、偶発的で人の作用にそれほど依存しない自然現象であるということにはならない。同様に、このことがすでに異なる評価を正当化するかどうかということも、疑わしいように思われる。何故なら、ブドウ畑を営んでいた者は、他の土地への有害な外部効果の発生する危険源を一方的に作出していたのではなく、その者は、利用の共同作用において初めて全ての利用者の關係する危険源をもたらす一般的に行われる農業的利用に参加していたにすぎないからである。

いずれにせよ、保全義務を認めることは、通常の農業的利用の範囲における畑地と草地の耕作が、これによって不

利益となる隣接土地への作用が発生する場合であっても、BGB一〇〇四条による防御請求権を生じさせないということに矛盾する(前掲「1・3」判決)。隣人は、そのような外部効果を甘受しなければならず、そして、この外部効果の起因する土地の所有者に保護措置を講じるよう請求することはできない。」

「本事例においては、Yの行為の仕方は、なお、通常の農業的利用の範囲内に存する。耕地を一時的に耕作しないということは、一般的には、農業外の利用を意味しない。むしろ、それは、農業的基準に照らすと、理性的な経営者としての判断の結果であり得、そして、その場合には、耕作の有害な外部効果から第三者を保護する特殊な義務を根拠づけられない一つの耕作方法に属する。それがこの事例である。Yは、一九九五年に、…その地表面を耕作しなかった。そのような措置も、…可能でなければならない。」

[9] 連邦通常裁判所(第五民事部)二〇〇三年三月二日判決(NJW 2003, 1732)

【事案の概要】

原告Xの土地には、家屋が建てられており、庭園風の作りがなされていた。被告Yの森林風の土地には、Yの父(前所有者)が、一九七四年より前に、特にポプラの木をX所有地との境界線付近に植えていた。古いポプラの木がそこに倒壊することになる小川の近くには湿地帯がある。一九八五年八月と一九九九年八月の間に、二本の樹木(その中に一本のポプラの木を含む)が、Yの土地からX所有地に倒壊した。Yは、Xがさらにもう一本の木の倒壊が差し迫っていると指摘したので、その木を切り倒した。一九九九年一月三日の暴風の際に、再び、二本のポプラの木が、Yの土地からX所有地に倒壊した。その二本の木の倒壊は、堀と金属製の離れに被害を与えた(その他の被害については争われている)。Xは、Yの土地のポプラの木はその老化のために一九九九年一月よりも前に切り

倒されなければならぬものであったと主張した。Y は、一九九七年に、説得力をもって、次のことを指摘されていた。つまり、特にポプラの木が倒壊し、そして、X の土地にある建物だけでなく、人にも損害を与える可能性があるということである。また、Y は、X によって、繰り返し、ポプラの木を適当な時期に切り倒すよう要請されていた。さらに、X は、Y がポプラの木に関する保全義務に違反していたと考えている。これに対し、Y は、ポプラの木が倒壊する可能性があるということを認識することはできなかったと主張した。以上のような状況下で、X は、Y に対し、約二一八七三DMの支払いを求めて訴えを提起した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、BGB九〇六条二項の類推により控訴審裁判所がXに相邻法上の補償請求権を認めたことに関連して、その判断が不当であったとすることとの関係で、XのYに対するBGB一〇〇四条の請求権について次のように判示した。⁽¹⁶⁾

「…不当に、控訴審裁判所は、BGB九〇六条二項の類推により、相邻法上の補償請求権を肯定した。というのも、Xの申し立てに従うならば、この請求権は、次の理由により認められないからである。つまり、Xは、BGB一〇〇四条一項による除去請求権を主張し得たであろうからである。…(以下、中略)

控訴審裁判所の見解、つまりXがYに対しポプラの除去に向けられる請求権をBGB一〇〇四条一項に基づき行使することは一九九九年一月三日以前には可能ではなかったということは、事実審における原告の申し立てを妨げるものである。Xは、訴状においても、また控訴答弁書においても、次のことを申し述べていた。つまり、Yの土地にあるポプラは、すでに、一九九九年一月より何年も前に、その老化のために倒壊する危険があったということである。ポプラは切り倒されなければならなかった。というのは、Yの土地に立っているような老化したポプラは、遅

くとも三〇年も経てば、伐採されなければならないからである。Xは、すでに一九九七年中に、Yにこのことへの注意を喚起し、そして、一九九九年二月よりも前に、繰り返しポプラを切り倒すように要請してもいた。したがって、Xにとつての危険は、一九九九年二月三日の暴風の際に初めて明らかになったのではなく、すでに、損害の発生した事象より前の長い間、Y所有地のポプラから発生するX土地への危険に対し措置をとるに十分な機会が存したといえるのである。確かに、本法廷は、別の事件で、次のような判断を下した。つまり、抵抗力のある樹木の植栽と生育は、通常、侵害の責任を負うことにとつて必然的・具体的な（その隣接土地にとつての）危険状況をなお理由付けるものではないという判断である（前掲「5」判決）。

しかし、ここではすでに、事態は、訴えで申し立てられた通りではない。むしろ、倒壊したポプラは、その老化を原因として、もはや安定しておらず、そして、それ故に、自然力の通常的作用に対しても、もはや十分な抵抗力を有していなかったのである。したがって、Xは、Yに対し、BGB一〇〇四条一項による手段に訴えることができるのである。」

〔10〕連邦通常裁判所（第五民事部）二〇〇三年五月二〇日判決（BGHZ 155, 99 = NJW 2003, 2377）

【事案の概要】

一九九二年五月一九日に、E市のL通りの下に敷設されていた主水道管が破裂した。その水道管は、被告Y株式会社が維持管理する水道供給網の一部である。流出した水は、原告Xの夫の土地を水浸しにし、そして、その土地、建物及び建物の中に設置されている機械に重大な損害を与えた。Xの夫は、Xに、織物加工事業を営むために、土地、建物及び機械を賃貸していた。この出来事によって、Xが営んでいた事業は重大な侵害を受けた。X、その夫及びさ

らなる被害者に生じた損害の補償のために、Y は、(旧) 責任保険法 (HaftPfG) 一〇条の最高額の定めの範囲で、賠償給付をした。X は、その自らの権利及び夫から譲り受けた権利に基づいて、次のことを求めた。つまり、Y が一九九二年五月一九日の出来事から生じた全てのさらなる損害賠償の義務を負うことの確認、及び、Y が X に対し約四六三七八〇 DM を支払うことである。

【判旨】

連邦通常裁判所は、本判決において、Y が X に対し BGB 九〇六条二項の類推による相隣法上の補償請求権の原則に従い責任を負うとし、そのこととの関係で、前述のような私法上の補償請求権が公法上の類似的請求権と異なる点があることを説示するに際して、Y が BGB 一〇〇四条一項、八六二条一項の意味での妨害者として責任を負うか否かにつき次のように判示した。¹⁷⁾

「∴ 相隣関係私法の責任体系は BGB 一〇〇四条一項、八六二条一項の意味における妨害者資格を考慮に入れる。本法院のこれまでの判例によると、この妨害者資格は、もっぱら、作用の発生している土地の所有権もしくは占有から導かれるのではなく、そして、直接の干渉も要件としない。むしろ、隣接土地の侵害が少なくとも間接的に所有者又は占有者の意思に還元されるというだけで十分であり、しかし不可欠でもある。本件がその事例であるかどうかということは、概念的に認定されるものではなく、事例毎に評価を加えながら考察することにおいてのみ認定されうるものである (BGHZ 142, 66 [69] = NJW 1999, 2896 前掲 [6] 判決)。土地の所有者又は利用者にある出来事についての責任を課すその時々具体的な根拠が存するかどうかということが重要である (BGHZ 142, 66 [69f.] = NJW 1999, 2896)。

本法院は、隣接する家屋のシャワー室での水道管の破裂の結果としての水の浸入事件において、このことを BGB

八三六条から導いた (BGH, WM 1985, 1041)。というのは、破裂は、同規定の意味における土地と結合した土地の工作物の『一部の剥離』とみなすことができるからである。そのことは、道路に敷設された水道管の際にも異なるところはない。管の破裂とそれによって引き起こされた浸水は、回避しうるものであり、そして、誰にも支配できない自然現象の結果ではない (前掲「5・6」判決)。経営者は、彼の土地から発生する隣接土地の浸水又は火事の波及を阻止するという状態についてのみ配慮しなければならない。その限りでは、降雨水事件との相違も存しない (前掲「1」判決)。

[11] 連邦通常裁判所 (第五民事部) 二〇〇三年一月一四日判決 (BGHZ 157, 33 = NJW 2004, 1037)

【事案の概要】

被告Yの土地には、原告Xが所有する土地との境界線付近に、訴え提起時には約一四メートルの高さになっていた二本の松の木が植わっていた。この松の木の枝は、X所有地に越境して張り出しており、そのためX所有地に松の葉や松ぼっくりが落下していた。このため、Xには、その家屋の屋根及び庭池が汚れることから、その掃除をする必要が生じ、また、松の葉が大量に落下することから、庭池にふたをする必要も生じた。そこで、Xは、Yに対し、訴え提起の五年前の高さに松の木を切りそれを毎年続けること、及び、越境してくる松の木の枝を将来的に毎年除去することを求めて訴えを提起し、そして、さらに清掃費用として年ごとの補償金 (約二〇四ユーロ) の支払いも請求した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、Xの主張する清掃費用の補償請求に関連して、本判決でもBGB九〇六条二項による相隣法上

の補償請求権との関係で、Y が松の葉及び松ぼっくりの落下につき責任を負う否かにつき次のように判示した。⁽¹⁸⁾

「：同様に、暗黙のうちに、原審は、次のことから出発する。つまり、Y が、松の葉及び松ぼっくりの落下につき責任を負うということである。そのことも、法的根拠から異議を唱えることはできず、そして、上告によって受け入れられている。確かに、その作用は、自然現象に起因する。しかし、自然現象によって引き起こされている妨害も、所有者に責任を負わせ得ることがある。つまり、本法廷は、隣人の排水管への樹木の根の侵入事件において、所有者に責任があるとの判断をした。というのは、その所有者が、当該樹木を植えたか (BGHZ 97, 231 = NJW 1986, 2640/BGHZ 106, 142 = NJW 1989, 1032/BGHZ 135, 235 = NJW 1997, 2234/BGH, NJW 1991, 2826)、あるいは維持管理していた (BGH, NJW, 1995, 395 [396]) からである。カエル騒音事件では、本法廷は、次のことを考慮に入れた。つまり、所有者が、その意思に基づく施設、及び、庭池を維持管理することによって、そこでカエルが定着しうる条件をもたらしたということである (前掲「4」判決)。これらに対し、ワタアブラムシ判決 (前掲「6」判決) では、本法廷は、所有者の妨害者資格を否定した。というのは、その所有者は、その妨害を、自らの行為によって可能ならしめてもおらず、また義務に違反した不作為によってもたらしていないからであり、その作用は偶発的で追加的な自然現象によって引き起こされたからである。

この区別は、文献において、批判にさらされている。この区別が正当であるかどうか、また、どの程度に正当化されるかということは、この関係では決めなくてもよい。何故なら、本法廷は、ワタアブラムシ判決の基礎にある次のような思考 (つまり、自然力の作用の際には、妨害は義務に違反した不作為に際してのみ問題になるという思考) をうどん粉病事件 (前掲「8」判決) において先に進めたからである。本法廷は、そこで、次のことを考慮に入れた。つまり、妨害の発生している土地の利用方法から、保全義務 (Sicherungspflicht)、つまり起こりうる侵害を阻止する

義務が生じるかどうかということである（前掲「1」判決）。そのことは、批判の発端を考慮するものである。その限りにおいて、自然のイミッシオンについても、技術的欠陥を原因とするイミッシオンについて妥当なものと何ら変わるところはない（前掲「10」判決）。

そのような義務が存するかどうかということは、その時々、個々の事例の事情を手がかりとして吟味されるべきことである。ここでは、特に、公法及び私法上の相隣法の紛争解決の規律ならびに隣接する土地の利用方法及び妨害の予防的制御可能性が基準となる。その際には、本法廷がうどん粉病事件において述べたように、自然のイミッシオンに際しては、特に次のことが重要となる。つまり、妨害している土地の利用が、通常の耕作の範囲内を維持するかどうかということである。この出発点から、次の問題も返答される。つまり、木の葉の落下又は飛来が、BGB一〇〇四条の意味における防御可能な侵害を意味するかどうかという問題である。ここでは、…次のことは意味がない。つまり、イミッシオンの発生する樹木、灌木又は草木が、自然の方法で根付いたのか、又は土地の所有者によって植えられたのかどうかということである。つまり、次のことのみが重要となりうる。すなわち、自然なイミッシオンを伴った植生が、通常の方法での土地の耕作、及び相隣法にとつて決定的な役割を果たす相互配慮の要請に適うかどうかということである。ここでは、これは否定することができる。その際、次のことは、未解決のままでもよい。つまり、すでに、もつぱら、住宅地域における造林としての松の植栽及び維持管理が、隣人の利益への必要な配慮に際し、通常の方法での耕作に適うかどうかということである。いずれにせよ、松は、境界からの距離に関するラントの関連規定に違反して維持管理されている。Xが、期間の経過のために、もはやその除去及び許容される高さに切り戻すことを請求することができないということが、次のような結果になることはない。つまり、その植生が今では通常の方法での耕作に適うということである。しかし、その場合、Yは、松から発生している自然のイミッシオンについて責

任を負うことにもなる。」

〔12〕連邦通常裁判所（第五民事部）二〇〇三年一月二八日判決（NJW 2004, 603）

【事案の概要】

原告 X は、土地の所有者であり、その所有地には三枚のコンクリートタイルからなる進入路があった。X は、二〇〇一年に、その道を掘り返し、小さな敷石で固めた道に変え、このために約一七九ユーロを支払った。ところで、X の主張によると、X がこのように道の舗装を変更したのは、次のことに理由があるとされている。つまり、被告 Y の所有する土地には、X との土地の境界線から約一メートル離れたところに桜の木があった。その桜の木の根は、X の所有地に侵入して根を張っており、そして、この三年の間に X の所有地の従前の道のコンクリートタイルの一つを三センチほど持ち上げたということである。この結果、X は、舗装の変更をしたのだと主張して、それにかかった費用、約一七九ユーロの支払いを Y に求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、Y の過失が認められないことから、X の損害賠償請求権についてはそれを否定する一方で、X による舗装変更行為に関連して、X の自力救済権（BGB 九一〇条）と BGB 一〇〇四条一項一文の除去請求権との関係、そして、X 自らが侵害を除去したことによって生じた費用の返還請求について、次のように判示した。

「…適切に、控訴審裁判所は、次のことから出発する。つまり、所有者は、その隣人に対し、BGB 一〇〇四条一項一文により、隣接土地から自らの土地に侵入している樹木の根の除去を請求することができるということである。BGB 九一〇条一項一文による所有者の自力救済権は、そのような除去請求権を排除しない。両者は、優劣関係なく、

並存するものである。本法廷は、文献における否定的な論調にもかかわらず、この見解を確認する。：（以下、中略）

法的根拠のない理由付けによって、控訴審裁判所は、Xが不当利得返還請求権を有しないとす。〔本法廷のこれまでの判例では〕XにBGB一〇〇四条一項一文によりYに対する樹木の根によって引き起こされた道路の侵害の除去請求権が認められるときには、Xがその（除去）作業を実施させることによって、Yは彼に課されていた義務から開放されることとなり、そして、それ故に、BGB八一二条一項一文の意味における『その他の方法で』利益を得ることになる。そのため法的根拠は存しない。また、XがYのための事務を管理したということについての特別の根拠も存しない。

Xの申し立てによると、Xは、BGB一〇〇四条一項一文により、その所有権侵害の除去を請求することができた。通里から家の出入り口に通じる道は、すでにその当時、Xの所有に属していた。この所有権は、桜の木の根の侵入及びそれと結びついたコンクリートタイルの上昇によって侵害されていた。Yは、BGB一〇〇四条の意味における妨害者であった。確かに、根の侵入は、自然の出来事に起因する。しかし、自然現象によって引き起こされた妨害も、所有者に責任を負わせることができる。これまで、本法廷は、隣接土地への樹木の根の侵入事件において、所有者が責任を負うという判断をしてきた。というのは、所有者が、その樹木を植えたか（BGHZ 97, 231 = NJW 1986, 2640 BGHZ 106, 142 = NJW 1989, 1032 BGHZ 135, 235 = NJW 1997, 2234 BGH, NJW 1991, 2826）又は維持管理していたからである（BGH, NJW 1995, 395）。

最近、本法廷は、自然力の作用の際に、次のことを考慮に入れた。つまり、妨害が義務に違反した不作為に起因するかどうか、つまり妨害の発生している土地の利用方法から、保全義務（Sicherungspflicht）、すなわち隣接土地の起

こりうる侵害を阻止する義務が生じるかどうかということである（前掲「6・8」判決）。本法廷は、この判例をさらに進めて、まさに簡潔に次のことを強調した。つまり、特に、妨害している土地の利用が通常の方法での耕作の範囲内に維持されているかどうかということが重要であるということである（BGH, NZM 2004, 115）。このことからすると、その根が隣接土地に侵入している樹木の根の所有者の妨害者資格は、問題なく肯定することができる。何故なら、BGB 九〇三条に含まれている：基本思想によると、その所有者は、樹木の根がその土地の境界を越えて伸びないことについての配慮をしなければならないからである。」

〔13〕連邦通常裁判所（第五民事部）二〇〇三年二月二日判決（NJW 2004, 1035）

【事案の概要】

原告 X は土地家屋の所有者である。被告 Y は、X 所有地に隣接する土地のかつての所有者であり、その後、同土地を Y₂ が所有することとなった。Y 所有地は X 所有地よりも高いところがあり、Y 所有地には、X 所有地との境界線から七五センチメートル離れたところに赤松が植えられていた。一方、X 所有地にはガレージがあり、そのガレージの壁面の一つは Y 所有地との境界に面しており、また、境界線に沿う形で進入路があった。このガレージの壁及び進入路の擁壁には亀裂が走っていたが、X のみるところでは、この亀裂の原因は、Y 所有地に存する赤松の根の仕業であるとのことであった。そこで、X は、Y らに対し、主目的には樹木の除去を、そして、予備的に樹木とその根による損害を回避するための措置を講じるよう請求した。また、X は、それらと並んで、Y らが損害賠償義務を負うことの確認等も求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、XのY₂に対するBGB一〇〇四条の請求権について次のように判示した(損害賠償請求については省略)。

「:本件自体において、控訴審裁判所は、正当に、XのY₂に対する防御請求権を肯定する。確かに、この請求権は、BGB一〇〇四条一項一文からではなく、BGB一〇〇四条一項二文の不作为請求権としてのみ生じる。これに加えて、次のような控訴審裁判所の見解を支持することはできない。つまり、本事例では、防御請求権によって、松の除去を請求することはできないという見解である。¹⁹⁾

本事例では、Xの所有権の侵害は、生じた物的侵害のために、それを疑う余地はない。法的誤りのない:原審の認定によると、松の根の作業は、X所有地のガレージの壁にその圧力による損害をもたらした。確かに、すでに壁に生じている損害は、(BGB一〇〇四条一項一文による除去請求権にとって必要な)作用の現存性を理由付けはしない。ここでは、むしろ、Xの土地所有権への妨害している干渉からの結果(つまり、それはもっぱら損害賠償の方法でその除去が請求される)が問題となる(BGH, NJW 1996, 845 [846])。それに応じて、主張されている防御請求権は、所有権侵害の原因(ここでの認定によると、それは根を通じて伝わった樹木の幹への風圧に認めることができる)にも向けられている。その限りにおいて、次のことは、Xにとって問題となる。つまり、壁への追加の損害という形態において、Xの所有権のさらなる将来的な妨害を防止するということである。このために、法律は、BGB一〇〇四条一項二文による不作为請求権を与えている。これに対して、Xは、Y₂の土地から侵入している樹木の根の除去を求めない(BGHZ 135, 235 [238] = NJW 1997, 2234⁴ 前掲 [12] 判決)。控訴審裁判所は、結果として正しく、松の根が境界を越えてXの土地で生育したかどうかの認定をしなかった。

BGB一〇〇四条一項二文による不作为請求権の要件は充たされる。特に、すでに行われた違法な干渉に鑑みると、

事実上の推定が、必須の反復の危険の存在にとつて、有利な資料を提供する (BGH, NJW 1986, 2503 [2505])。

不作為請求権は、妨害者としての Y_2 に向けられる。その限りで、次のことは重大ではない。つまり、 Y_2 自らが樹木を植えたのではなく、すでに X の所有権のさらなる侵害を懸念させる樹木の植生を伴った状態で Y_2 が土地を取得したということである。もっぱら自然の出来事に起因する妨害も (ここでのガレージの壁に対する根の圧力のように)、その土地の所有者に責任を負わせることができる。つまり、例えば、土地の所有者は、次のことに配慮しなければならぬ。すなわち、樹木の根がその境界を越えて伸び、そして、隣接土地の利用を侵害するということである。それは BGB 九一〇条から明らかとなる (前掲 [12] 判決)。これに対して、根が隣接土地に侵入せず、しかし、樹木のもこの作用を原因とした追加的な自然現象としての風の影響下で、根が隣接土地に害をもたらす圧力を及ぼすときには、本法廷の最近の判例によると、次のことが重要となる。つまり、妨害している土地の所有者が保全義務を負うかどうかということである (前掲 [11・12] 判決)。

このことは、個々の事例の事情に従つて判断されるべきである。その際には、特に、次のことが重要である。つまり、妨害している土地の利用が通常の方法での耕作の範囲内に維持されているかどうかということである。このことを出発点とすると、 Y_2 の妨害者資格は、もっぱらすでに次の理由から肯定することができる。つまり、 Y_2 が、争いの対象となつている樹木の根を、境界からの距離に関するラント法の関連規定に違反して維持管理しているという理由からである (前掲 [11] 判決)。

〔14〕連邦通常裁判所 (第五民事部) 二〇〇四年九月一七日判決 (BGHZ 160, 232 = NJW 2004, 3701)

【事案の概要】

被告Yの土地には、景觀の構成部分として保護されている樹木があった。この樹木を切り倒すことは、原則的に禁止されていた。Yは、建築許可の中で、樹木の植わっている部分の一部を掘り返すことを許容された。その作業の完了後、自然保護に関する所轄の官庁は、Yの景觀建築家に、次の危険を指摘した。つまり、残された樹木は、前述の掘り返し作業によって、その防風の機能及び安定性を失ってしまったという危険である。当該官庁は、一九九九年三月二四日の巡察の結果として、七本のオークの木がその除去に対し何の異議も唱えることができないほど弱っていることが明らかであるということを記録した。Yは、これらの樹木のために伐採許可（用いられたのは一九九九年四月二七日）を得た。一九九九年六月二日に、それらとは別の二本の樹木が、雷雨の際に、Y所有地に隣接する原告Xの所有する土地に倒壊した。なお、これらの樹木については、官庁による巡察の際に、その生命力に対する疑義は全く示されていなかった。二本の樹木の倒壊によって、X所有地では、ガレージ及び庭の施設に被害が生じた。そこで、Xは、Yに対し、この被害による補償金等の支払いを求めたが、Yは次の理由から（つまり、Yは、その損害について責任を負わない。というのは、Yは、自然保護を通じて、有害な樹木の除去を妨げられているからである）、Xの請求を拒絶した。

【判旨】

連邦通常裁判所は、Xの請求の内でもその相隣法上の補償請求権との関係で、XのYに対するBGB一〇〇四条の請求権につき、まず次のように判示した。

「…控訴審裁判所は、その他の点でも、補償請求権の実体法上の要件を誤解してはいない。BGB九〇六条二項二文の類推による相隣法上の補償請求権は、連邦通常裁判所のこれまでの判例によると、次の場合に与えられる。つまり、補償なしに甘受されるべき侵害の要求可能な程度を越える他人の土地への作用が、私的経済的利用の範囲内で、

ある土地から発生する場合（その限りで、その他人は、（事実上もしくは法律上の）特別の理由から、その作用を B G B 一〇〇四条一項により禁止することを妨げられる）である。その請求権は、B G B 九〇六条二項二文自体と同様、微粒子による作用に制限されず、むしろ大きな物体によるイミッシオン（つまり、ここでの両樹木の崩壊の結果としてのイミッシオン）をも包括する（前掲「10」判決）。

控訴審裁判所によってなされた認定に基づくと、侵害されている土地の（その当時の）所有者には、次のことに向けられる防御請求権が認められる。つまり、許可された掘削措置を保護される樹木の安定性を危険にしない程度にまで制限することに向けられ防御請求権である。所有者が依拠することのできる B G B 一〇〇四条一項二文による不作為請求権は、その法律の文言を越えて、ここでのような初めての侵害の危険が問題となる際にも与えられる（BGHZ 2, 394 = NJW 1951, 843）。Y は、被害の最終的な原因が自然現象、つまり雷雨であったとしても、妨害者である。間接的で、しかし妨害と相当な関係にある（BGHZ 144, 200 [203] = NJW 2000, 8901）原因は、Y の行為、つまり残った樹木の安定性にとって害のない程度を越えた森林の開墾である（前掲「11・12・13」判決）。

このように判示した上で、しかし、裁判所は、X がその土地の所有権を取得したのが Y による開墾作業が行われた後であったことから、X の前述のような防御請求権についてはそれが認められないと判示した。しかし、その一方で、裁判所は、X の補償請求権及びその前提となる防御請求権について、開墾作業の終了後、保護され、今ではその安定性を奪われた両樹木から発生する侵害がそれらの根拠になりうるとし、そして、本件樹木が本来的には連邦自然保護法（BNatSchG）の保護の対象となっていることにも関連して、X の請求権について次のように判示した。

「…庭池の施設に対応する根源的妨害、つまり開墾による防風機能の除去は、自然保護、つまりここでは景観の構成部分の保護という目的の範囲外に存する。確かに、ここでの妨害は、X によって防止することはできない。しかし、

それは、損害を引き起こす樹木による妨害において継続する。Yは、その行為によって、後に現実化する危険状況をもたらした(前掲「1」判決)。そのことから、金銭による補償を行うという義務が導かれる。」

〔15〕連邦通常裁判所(第五民事部)二〇〇四年一〇月八日判決(AUR 2005, 410)

【事案の概要】

二〇〇二年二月二六日に、被告Yの土地に植わっていた約一五〜一八メートルの高さのクルミの木が強風の際し倒壊し、その一部が、隣接する原告X所有地に落下した。X所有地では、植物等に被害が生じた。Xの主張によると、その樹木は八〇年以上の樹齢で、かつ病気にかかっていたとのことである。つまり、その樹木は、遅くとも二〇〇〇年以降は、以下のようなYも認識し得た病気にかかっている様々な兆候(例えば、弱々しい葉、枯れた枝、しなびた葉の芽、干からびた樹皮、部分的にはがれ落ちている樹皮の下の茶色に乾燥した部位及び果実の量と大きさの減少)を示していたようである。そこで、Xは、Yに対し、約一二三ユーロの支払いを求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、Xの不法行為法上の損害賠償請求権及び相隣法上の補償請求権を共に否定した控訴審裁判所の判断を不当とし、そして、Xの補償請求権との関係で、BGB一〇〇四条の請求権に関し、次のように判示した(損害賠償請求については省略)。

「…控訴審裁判所がBGB九〇六条二項二文の類推による過失を要件としない相隣法上の補償請求権を否定したことに誤りがある。…(以下、中略)

…控訴審裁判所が相隣法上の補償請求権を否定した根拠は存しなかった。控訴審裁判所は、Yを妨害者とみなすこ

とのできる要件を誤解した。

特に、本法廷のこれまでの判例によると（前掲「9」判決）、BGB九〇六条二項二文の類推による相隣法上の補償請求権は、次の場合に与えられる。つまり、補償なしに甘受されるべき侵害の要求可能な程度を越える他人の土地への作用が、私的経済的利用の範囲内で、ある土地から発生する場合（その限りで、その他人は、特別の理由から、この作用をBGB一〇〇四条一項により適宜禁止することを妨げられる）である。これによると、ここでは、一つの請求権が、事実上の忍容強制の結果適宜に阻止することのできなかつた違法な侵害という観点の下で、考慮に入れられる。そのような強制は、事情によつては、次のことから明らかとなり得る。つまり、被害当事者が、予防されるべき危険を適宜に認識しておらずかつ認識することもできなかつたということである。本件はまさにそうである。樹木の倒壊の前に、XがYに対し有効にBGB一〇〇四条一項による不作為請求権及び除去請求権を行使することは可能ではなかつた。何故なら、樹木から発生するまさに差し迫つたX所有地の所有権侵害[：]は、Xにとつて認識可能ではなかつたからである。

事実審におけるXの次のような申し立ては、おおよそ前述のことと対立するものではない。つまり、Xは、Yに対し、Yが認識可能な病気の前兆があつたにもかかわらず無為のままであつたということから、その社会往來保全義務の有責な違反について責任追及するという申し立てである。そのことから、次の結論を引き出すことはできない。つまり、X自身が樹木の病気の兆候及び安定性の欠如を認識しており、その結果、XはYに対しBGB一〇〇四条一項に訴えることが可能で、したがつて、事実上の忍容強制の下になかつたという結論である。それは、相隣法上の補償請求権の排除をもたらす（前掲「9」判決）。[：]（以下、中略）

[：]控訴審判決は破棄されなければならない。本件は、新たな審理及び判断のために、控訴審裁判所に差し戻される

べきである。控訴審裁判所は、…不法行為法上の請求権について新たに判断しなければならない。控訴審裁判所が改めてこの請求権を否定するときには、同裁判所は、相隣法上の補償請求権についても判断しなければならない。その際には、控訴審裁判所は、次のような本法廷の最近の判例を考慮しなければならぬ。つまり、その所有地でもっぱらその老化的結果隣接土地に倒壊する可能性のある樹木を維持管理する所有者は、BGB一〇〇四條一項の意味における妨害者であり（前掲「9」判決）、そして、その所有者には、妨害の発生している土地の利用方法から「保全義務」、すなわち起こりうる侵害を阻止する義務が生じるときには、自然現象によって引き起こされた妨害の責任を負わせることができるとする判例である。このことにとつては、特に次のことが重要である。つまり、妨害している土地の利用が通常の方法での耕作の範囲内に維持されているかどうかということである（前掲「11」判決）。この観点の下で、…樹木の倒壊についてのYの責任が生じうる。」

〔16〕連邦通常裁判所（第五民事部）二〇〇五年一月一三日決定（NZM 2005, 318）

【事案の概要】

原告X及び被告Yは、一九九八年三月以降、隣接する土地の所有者である。Yの土地には、境界線から四〇センチメートル離れたところに、Xの所有地への進入路に沿って、一三本の菩提樹（おおよそ七〇年から一〇〇年以上前に植えられた）があった。XとYの前所有者Aとの間には、Aが菩提樹を五年ごとに切る等の合意がなされていた。なお、菩提樹が最後に切られたのは、一九八七年又は一九九〇年である。それ以来、多くの樹木は土地の境界を越えて大きくなり、そして、X所有地へ幹が侵入し、その葉はXの進入路に落下、特に湿気がある際には、そこでスリップする危険も生じていた。また、雨の際には、垂れ下がっている菩提樹の枝から水滴が滴り打ち、そして、冬にはそこ

で凍結することもあった。さらに、Y 所有地には、ブナの木（その枝が同じく境界線を越えて生長）もあった。菩提樹及びブナの木は、一九四八年九月一七日の樹木保護令（BaumschutzVO）の規定に従って、その存続が保護されていた。

以上のような状況下で、X は、Y に対し、第一次的には、樹木に由来する侵害を除去し、その後の侵害を阻止するための適切な措置を講じるよう請求した。また、X は、予備的に、Y に樹木を切りそろえさせることも求めた。

【判旨】

連邦通常裁判所は、X の B G B 一〇〇四条に基づき請求権について、次のように判示した。

「…控訴審裁判所は、法的に誤って、X の B G B 一〇〇四条一項による防御請求権を否定した。つまり、控訴審裁判所は、不当に、同条二項による X の忍容義務を想定した。

Y は、菩提樹とブナの木が土地の境界線を越えて伸長し得、そして前述の侵害を導くということを容認していたことからして、B G B 一〇〇四条一項の意味における妨害者である。何故なら、B G B 九一〇条一項、二項によると、所有者は、樹木の突出した枝が隣人を侵害しないように配慮しなければならないからである。

Y の妨害者資格は、次の理由から認められることはない。つまり、Y が、樹木保護令の規定によって、X により求められている措置を講じることを法的に妨げられるという理由からである。」

〈注〉

- (13) 以下、本稿では、連邦通常裁判所の裁判例の中でも、近時の連邦通常裁判所の判決及び文献においてよく引用される比較的新しいものを中心に取り上げることとした。これら以外にも、多くの裁判例があることは承知しているが、紙幅の関係等の都合により、本稿ではそれら全てを紹介することはできなかった。

(14) なお、本判決では、雨水の流出によって化学除草剤がXの所有地に流入することによる侵害（妨害）の点では、原審判決が破棄、差し戻されている。

(15) なお、本判決では、控訴審裁判所が、Yの土地がその自然の状態のままであったならば生じていたであろう落石を防御請求權の対象から除外しようとする判断を下したことについて、「本法院は、控訴審裁判所に従うことはできない」とした。そして、それに続けて、Yの除去義務の範囲との関係で、本法院は、次のように判示した。つまり、「かつての採掘措置（浸食を阻止する森林を除去し、そして、安全を確保することなく危険をはらんだ傾斜地を作出した）にあたってこの自然の状態が除去されたことが、今日現に存する落石の危険の原因である。今やそこから発生している侵害をYは除去しなければならない。」と。

(16) ところで、BGB九〇六条二項（の類推）による相隣地上の補償請求權については、連邦通常裁判所のこれまでの判例によると、次のような場合に認められると解されている。つまり、ある土地から、私的経済的利用の範囲において、補償なしに甘受すべき侵害の要求可能な程度を越える他人の土地への作用が生じているとして、この作用を受けている所有者が、特別の理由から、BGB一〇〇四条一項等により、その作用を適宜に阻止することができないという場合である。以上のことから、相隣地上の補償請求權が認められる前提として、BGB一〇〇四条の請求權が認められるかどうか問題とされるのである。なお、本稿で取り上げた裁判例の中には、本判決の他にも、同様の判断枠組みでBGB一〇〇四条の請求權について言及するものがあるので、前述のことに留意願いたい。

(17) なお、本件では、Yが道路土地の所有者ではなく、利用者であったことから、本文のような判断がなされる前提として、次のような判断がなされている。まず、相隣地上の補償請求權の相手方について、本判決は、それが、侵害している土地の所有者だけでなく、侵害している利用方法について責任を負う利用者に対する関係でも認められるとする。そして、このことから、本件において、Yが利用者として請求の相手方となるかについては、「道路土地の利用がYに委ねられており、その限りでYが配管の敷設と維持を目的としており、そして、もっぱらYがこの可能性を用いるかどうかということについて判断しなければならなかった」ということが重要であるとする。なお、その理由について、本判決は、「その作用の発生している施設を維持する者も妨害者になる」からであるとす。

(18) なお、本判決では、松の木を一定の高さに切ることに向けられる請求權、及び、越境してくる松の枝の除去請求權については、両者を共に否定した控訴審裁判所の判断が支持されている（前者については、相隣地上の特則との関係で、また、後者については、越

(19) 境してくる松の枝によっては土地の利用が侵害されているとはいえず、XはBGB一〇〇四条一項の忍容義務を負うということから、各々の請求権が否定されている)。
なお、本判決では、本件での状況下では、Xの不作为請求権に基づくY₂の義務の履行との関係で、Yによる赤松の除去という積極的行為も請求できると解されている。